

Projet de loi fédérale sur la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées

Prise de position d'Action de Carême

Remarques générales

Nécessité d'une telle loi et appréciation générale

Le présent projet de loi sur la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées (PPE) est bienvenu. Depuis l'impasse dans laquelle la Suisse se trouvait face aux avoirs Duvalier et l'échec de la restitution des avoirs Mobutu, Action de Carême demande que la législation fédérale permette de restituer l'argent acquis illicitement par les potentats et leurs proches. Il est en effet inadmissible qu'un peuple spolié et ayant subi une dictature ne puisse récupérer et utiliser pour son développement le fruit des rapines de ses dirigeants. Trop souvent des montants presque équivalents à la dette publique des pays concernés ont été retrouvés sous forme d'avoirs de potentats dans les banques de pays occidentaux. Trop souvent la place financière suisse était impliquée. Nous savons d'expérience que de tels cas existent encore et se reproduiront, quelles que soient les mesures préventives prises. C'est pourquoi nous saluons l'existence de ce projet et espérons qu'il soit rapidement approuvé par les Chambres fédérales.

Nous considérons les dispositions relatives à la présomption d'illicéité figurant à l'article 6 du projet comme l'un de ses principaux apports. Même si nous sommes conscients qu'elle doit encore être consolidée, nous soutenons vivement l'introduction d'une telle clause dans la législation suisse.

Cet important élément mis à part, nous estimons toutefois que le projet actuel est trop timide. Il mérite d'être amélioré sur des points essentiels, résumés ici :

- a) le champ d'application de cette loi doit être élargi aux cas où une requête d'entraide judiciaire émanant d'un pays défaillant fait défaut.
- b) la définition de personnes politiquement exposées (PPE) doit être élargie aux hauts représentants d'entreprises privées.
- c) la société civile doit pouvoir actionner une procédure de blocage, de saisie et de restitution des fonds dans les cas où les autorités de l'Etat d'origine de ces fonds n'agissent pas.
- d) Une procédure autonome basée sur cette loi doit pouvoir être actionnée depuis la Suisse lorsque les autorités de l'Etat d'origine des fonds n'agissent pas.
- e) La voie transactionnelle proposée à l'art. 4 du présent projet de loi est inacceptable. Elle revient à négocier avec un voleur les modalités de restitution d'une partie du produit de son larcin.

Nous revenons plus en détail ci-dessous sur ces différents éléments. Les propositions de détails sont formulées dès la page 5.

Intérêts défendus

Le rapport explicatif évoque les dommages potentiels que pourraient subir la place financière suisse si des avoirs illicites découverts en Suisse devaient encore être débloqués en faveur de PPE. Comme organisations actives dans le domaine du développement, nous relevons surtout les dommages causés au développement du pays d'origine et les préjudices causés à la population du dit pays. Nous tenons à ce que les intérêts de cette population soient pris en compte de manière crédible en cas de blocage, de confiscation et de restitution d'avoirs illicites de PPE. Pour ce faire il importe de trouver un mécanisme qui permette à cette population de suppléer à l'Etat défaillant et de défendre ses intérêts. C'est elle qui est la victime ultime des détournements de fonds dont le produit se retrouve sur territoire suisse. Nous sommes conscients des difficultés juridiques que cette revendication pose, mais ne croyons pas que celles-ci soient de nature insurmontable. Dès lors, il nous paraît décisif que la société civile de l'Etat d'origine soit à même de lancer une procédure conduisant au blocage, à la confiscation et à la restitution d'avoirs illicites de PPE et qu'elle bénéficie d'un droit de regard sur le processus de restitution lui-même. D'une part, cette présence de la société civile paraît indispensable s'il s'agit de garantir la crédibilité et la transparence du processus de restitution. D'autre part, une telle implication de la société civile dans le processus de restitution doit être considérée comme un élément fondamental du développement de la bonne gouvernance dans ces pays, que les autorités suisses se sont engagées à promouvoir, par exemple dans les « objectifs de la coopération internationale avec les pays du Sud » élaborés par la DDC.

Etroitesse du champ d'application

La loi intervient « lorsqu'une demande d'entraide judiciaire internationale en matière pénale ne peut aboutir en raison de la situation de défaillance au sein de l'Etat requérant » (art.1). Ce champ d'application est beaucoup trop étroit. Il suppose en effet que l'Etat « défaillant » soit capable de déposer une demande d'entraide judiciaire. Or – les exemples mentionnés dans les annexes au rapport le montrent clairement – ces Etats sont précisément incapables de déposer une telle demande. Leur système judiciaire se révèle inapte à procéder à cette démarche immédiatement après la chute d'un chef d'Etat dictatorial et il le reste souvent pendant une longue période. Il est également possible que l'Etat d'origine ne soit pas défaillant, mais que les PPE concernés par cette loi soient encore au pouvoir ou proche de celui-ci et dès lors à même de bloquer toute velléité de lancer une procédure judiciaire nécessaire au dépôt d'une demande d'entraide. Dans le projet de loi mis en consultation, il suffit que l'Etat d'origine s'abstienne de déposer une demande d'entraide judiciaire en matière pénale pour que l'ensemble du dispositif soit bloqué. Dans ce cas, la loi proposée ici reste donc simplement inapplicable.

Lors des discussions d'experts intervenues durant la phase d'élaboration de cette loi, la Direction du droit international public a fait remarquer qu'une extension du projet de loi à des cas n'ayant pas fait l'objet d'une demande d'entraide irait au-delà du mandat étroit posé par l'acceptation du postulat Gutzwiler (07.3459) à l'origine du présent projet. Nous contestons cet argument. Dans la réponse qu'il a apportée à ce postulat le 12 septembre 2007, le Conseil fédéral lui-même indiquait précisément vouloir « adapter le cadre légal pour des cas

où il est manifeste que le dysfonctionnement du système judiciaire d'un pays donné est la cause de son impossibilité à demander l'entraide judiciaire ». De ce point de vue, force est donc de constater que le projet de loi actuel n'atteint pas les objectifs désignés par le Conseil fédéral.

Il est par ailleurs possible de relever de nombreuses déclarations du Conseil fédéral dans lesquelles celui-ci affirme son intention de disposer d'un outil législatif utilisable lorsque l'entraide judiciaire ne peut être actionnée. Au demeurant, même dans le rapport accompagnant le projet de loi, le DFAE explique au chiffre 1.5 (p. 8) qu'il paraît « adéquat de réglementer par une loi les cas de fonds bloqués en Suisse qui sont notoirement d'origine illicite mais ne peuvent être restitués au travers de l'entraide pénale internationale parce qu'il est manifeste que le dysfonctionnement du système judiciaire d'un pays donné est la cause de l'impossibilité à demander l'entraide judiciaire ». On ne peut qu'acquiescer et demander que cette déclaration d'intention soit appliquée dans les faits. Ceci suppose un élargissement des conditions auquel le présent projet de loi peut être appliqué. Cet élargissement devrait en particulier permettre le déclenchement d'une procédure de blocage, de confiscation et de restitution d'avoirs illicites si une procédure pénale lancée en Suisse ou dans un Etat tiers (que la procédure pénale émane des autorités de poursuite ou des victimes au titre de plaignant ou de partie civile) ne peut aboutir du fait de l'absence de coopération d'un Etat défaillant.

Dans sa formulation actuelle, la LRAI n'est en effet pas applicable pour saisir, confisquer et restituer des biens mal acquis dans les cas fréquents où l'Etat spolié ne soumet aucune demande d'entraide, par exemple parce que des représentants du gouvernement soupçonnés du crime s'opposent à toute procédure d'investigation. Dès lors, et de façon regrettable, des cas comme ceux des avoirs Dos Santos (Angola), Suharto (Indonésie), Pinochet (Chili), Moi (Kenia), Nazarbaïev (Kazakhstan) ou Bongo (Gabon) ne tomberaient pas sous le coup du présent projet de loi.

Dans les premières discussions relatives à l'élaboration de cette loi, le DFAE avait indiqué son intention d'adopter une définition large des PPE, incluant des personnes physiques situées hors du champ politique étroit, par exemple les dirigeants d'importantes sociétés. Ces intentions sont finalement restées lettre morte. Dès lors, nous regrettons l'étroitesse de la définition des PPE adoptée dans le présent projet et attirons l'attention sur le fait que, contrairement aux déclarations antérieures par la DDIP, la formulation actuelle du projet de loi empêcherait d'utiliser la LRAI pour poursuivre les faits reprochés aux directeurs des banques commerciales indonésiennes Noele et Salim.

Impunité des spoliateurs

La loi s'inscrit dans le contexte général de la lutte internationale contre l'impunité. Même si son objectif n'est pas la sanction, mais la restitution d'avoirs acquis de manière illicite, cet arrière fond ne peut être ignoré. Il est dès lors choquant que la loi prévoit la possibilité d'une transaction avec la PPE et l'Etat d'origine visant à la restitution. Une telle procédure reviendrait selon toute vraisemblance à partager des avoirs bloqués entre l'Etat d'origine et les PPE ayant acquis ces biens de façon illicite. Une telle pratique reviendrait donc à accorder une partie du fruit du vol aux voleurs. Dans le contexte de faible gouvernance inhérent aux Etats défaillants visés dans la présente Loi, autant laisser tout de suite les biens mal acquis dans la poche ceux qui s'en sont emparés illégitimement !

Si elle était introduite, cette disposition risquerait de provoquer des dommages aux Etats défaillants ou incapables, pour des raisons politiques, d'introduire une demande d'entraide, parce qu'elle affaiblirait précisément les institutions capables de combattre l'impunité, en premier lieu l'appareil judiciaire. Une telle disposition contreviendrait donc à l'engagement mené de longue haleine par la Confédération pour combattre l'impunité sur tous les plans. La Suisse a fait figure de pionnier dans l'élaboration des statuts de la Cour pénale internationale. Elle a modifié sa législation afin de pouvoir collaborer avec cette cour ainsi qu'avec les tribunaux internationaux. Plus largement le DFAE comme l'Office fédéral de la justice se sont engagés à soutenir les actions judiciaires dans les pays confrontés aux graves séquelles générées par la dictature ou la guerre civile et faciliter les procédures d'entraide judiciaire en matière pénale.

La restitution ne peut pas s'effectuer à tout prix, au détriment de la lutte contre l'impunité. C'est pourquoi nous refusons cet article.

Recherche de preuves et renversement du fardeau

Le rapport explicatif y fait allusion à plusieurs reprises : il est difficile d'est d'établir les preuves de l'origine illicite des fonds détenus par des PEP. Souvent, les demandes d'entraide judiciaire échouent sur ce point, de même que les procédures lancées de manière autonome par les autorités helvétiques. Le renversement du fardeau de la preuve se justifie donc amplement et il convient de saluer la présence de cette disposition dans ce projet de Loi.

Il doit toutefois être solidement étayé. On peut en effet craindre que les dispositions prévues à l'article 6 du projet de loi soient trop faibles. Il serait dès lors utile de se rapprocher du seul levier de la législation actuelle reconnu par le TF dans un cadre correspondant à celui du présent projet de loi, à savoir l'affaire Abacha. Il s'agit de la notion d'organisation criminelle (CP 260ter). En relation avec l'article 72 CP, cette notion permet la confiscation avec renversement du fardeau de la preuve. Dans de nombreux cas où des PPE s'étaient attribués des biens mal acquis leurs liens avec des organisations pouvant être qualifiées de criminelles étaient patents, que ces organisations se soient rendus coupables de délits financiers, de violations des droits humains ou de crimes contre l'humanité.

La collaboration de l'Etat d'origine

Le projet de loi contient un paradoxe remarquable. La LRAI est en effet destinée à être utilisée lorsque les autorités helvétiques sont confrontées à des Etats défaillants. Mais la coopération de ces mêmes Etats défaillants est simultanément requise par le projet de Loi. Si l'Etat d'origine est défaillant, il lui sera difficile de collaborer avec les autorités helvétiques. Il faut donc trouver le moyen de palier à cette défaillance. Une manière de faire consiste à renoncer à une demande d'entraide judiciaire en matière pénale et à se contenter de procédures beaucoup plus souples pour actionner la Loi. De ce point de vue, il serait souhaitable que la loi puisse être activée sur la base de procédures moins compliquées, par exemple sur la base d'un simple échange de notes diplomatiques, ou d'autres démarches semblables, beaucoup plus légères qu'une demande d'entraide. Un tel assouplissement correspondrait à la pratique actuelle. Les services juridiques de la Confédération collaborent en effet déjà activement à la rédaction et au dépôt des demandes d'entraide internationales sollicitées en Suisse.

Mais un tel assouplissement resterait toutefois insuffisant pour élargir de façon satisfaisante les conditions auxquelles la loi peut être appliquée. Comme dans le cas du dépôt d'une demande d'entraide, une telle procédure ne permet pas encore de se prémunir efficacement contre les situations où rien n'est fait dans l'Etat défaillant, pour l'une ou l'autre des raisons évoquées ci-dessus.

C'est pourquoi nous proposons plutôt d'élargir les possibilités d'actionner la loi, par exemple en autorisant le lancement autonome d'une action pénale depuis la Suisse. Une autre façon de procéder serait de prévoir l'intervention d'Etats tiers qui peuvent aussi demander l'entraide judiciaire ou d'autres acteurs, notamment en provenance de la société civile de l'Etat d'origine.

Restitution transparente et incluant des représentants de la société civile

La transparence, c'est-à-dire la publication de l'ensemble des informations relatives à l'usage des fonds restitués, doit être complète. Afin d'éviter la situation absurde où une partie des fonds restitués fait l'objet de nouveaux détournements, il doit être possible, pour les représentants d'institutions extérieures, d'organisations internationales ou de la société civile de l'Etat d'origine, de suivre en détail le processus de restitution. L'expérience a montré, au Nigéria par exemple, que la restitution peut servir à couvrir des dépenses déjà effectuées ou qu'elle permet d'allouer des fonds à des projets qui ne sont ensuite pas réalisés complètement. Le cas angolais a montré que parfois le dispositif de contrôle et de publication ne fonctionne pas, simplement parce que les PPE concernées sont encore au pouvoir. Il convient donc de renforcer le dispositif de restitution proposé.

Remarques spécifiques

Article 1

Le membre de phrase « lorsqu'une demande d'entraide judiciaire internationale en matière pénale ne peut aboutir en raison de la défaillance au sein de l'Etat requérant dans lequel la personne politiquement exposée exerce ou a exercé sa fonction publique » doit être modifié de manière à maintenir le caractère subsidiaire de la loi tout en permettant sa mise en application en l'absence de demande d'entraide judiciaire internationale.

Proposition :

- ... lorsqu'une procédure pénale ne peut manifestement pas aboutir.

Article 2

Les conditions permettant le blocage doivent être élargies, respectivement modifiées de manière à permettre ledit blocage sans entraide judiciaire internationale en matière pénale, pour des valeurs possédées par des responsables d'entreprises d'importance nationale, sans pour autant qu'elle soit sous contrôle institutionnel de l'Etat d'origine.

Propositions :

- Al. a - les valeurs patrimoniales font l'objet d'une mesure provisoire de saisie dans le cadre d'une procédure pénale d'une autorité judiciaire suisse ou d'une procédure

d'entraide judiciaire internationale en matière pénale ouverte à la demande de l'Etat d'origine ou d'un Etat tiers ;

- Al. b, ch. 1, dernier point de la liste : les plus hauts organes des entreprises d'importance nationale (supprimer l'adjectif « étatiques »)
- Al. c, modifier et compléter la fin : ... de son appareil judiciaire, du dysfonctionnement de celui-ci (situation de défaillance) ou d'un manque de volonté politique d'agir, et

Un nouvel article 2bis

De manière à éviter que seul le Conseil fédéral soit habilité à ouvrir une action en confiscation des valeurs bloquées, il faut prévoir une possibilité d'intervention d'organisations représentatives des victimes ou des organisations de développement suisses.

Proposition :

- Article 2bis. Al. 1 : Les associations de victimes du pays d'origine ou les organisations de défense des droits humains ou de développement suisses reconnues peuvent demander au Conseil fédéral de prendre une décision de blocage de valeurs patrimoniales en Suisse, en vue de l'ouverture d'une procédure de confiscation.
- Article 2 bis Al. 2 : Le Conseil fédéral rend alors une décision motivée.

Article 3

L'expérience montre que la durée des procédures peut être extrêmement longue, surtout s'il faut tenir compte d'un recours toujours possible sur la décision de blocage. Dès lors la limite de cinq ans proposée paraît inopportune. Par ailleurs il peut arriver qu'il faille attendre que la PPE dont les valeurs patrimoniales sont bloquées soit exclue du cercle du pouvoir avant de pouvoir restituer ces valeurs à l'Etat d'origine.

Proposition :

- supprimer l'al. 2

Article 4

Voir plus haut le paragraphe intitulé « impunité des spoliateurs ».

Proposition :

- supprimer

Article 5

Conséquemment à notre demande d'élargir les cas où cette loi peut être appliquée, nous demandons une modification de l'al. 4.

Proposition :

- Al. 4. En cas de reprise de la procédure pénale ou de la procédure d'entraide judiciaire internationale en matière pénale, la procédure en confiscation est suspendue jusqu'à droit connu.

Article 6

Nous souhaitons que cet article soit renforcé en s'appuyant sur les considérations suivantes :

La nécessité d'être suffisamment précis pour éviter que la loi se révèle non conforme à la constitution ou à la CEDH oblige à être plus précis. La notion d'organisation criminelle telle que définie par le code pénal (art. 260ter) peut servir de base.

La nécessité de prévoir le caractère illicite de l'enrichissement dans des cas où les PPE sont déjà riches au départ.

Proposition :

- nouvel al. c : la personne politiquement exposée a fait partie, a soutenu ou a bénéficié pendant son enrichissement exorbitant d'une organisation assimilable à une organisation criminelle au sens de l'art. 260ter CP.

Article 7

La notion de bonne foi utilisée dans cet article est-elle suffisante pour éviter que des proches des PPE concernés puissent tout de même bénéficier des avoirs détournés ? Le cas Martin Hoffmann contre Mobutu nous en fait douter. Nous proposons en tous les cas de limiter les prétentions de tiers afin de préserver les droits de la population du pays d'origine à bénéficier de la restitution des avoirs dont elle a été spoliée.

Proposition :

- Sont exclues de la confiscation, jusqu'à concurrence de 20% de leur valeur monétaire, les valeurs patrimoniales sur lesquelles :

Article 8

Cet article doit être renforcé de manière à assurer la transparence de la restitution, le contrôle interne au pays ainsi que la garantie que la restitution ne profite pas aux PPE concernées par la procédure.

Proposition :

- Al. 1 La restitution des valeurs patrimoniales confisquées vise à :
 - a) améliorer les conditions de vie de la population de l'Etat d'origine.
 - b) fortifier l'Etat de droit dans l'Etat d'origine.
 - c) soutenir la lutte contre l'impunité de l'Etat d'origine.
- Al. 2 La restitution est effectuée uniquement à partir du moment où la personne politiquement exposée dont les valeurs patrimoniales ont été confisquées n'appartient plus aux cercles du pouvoir.
- Al. 3 La restitution est effectuée de manière publique et transparente.

Article 9

La formule potestative relative au contenu de l'accord que le Conseil fédéral peut passer avec l'Etat d'origine est trop faible. Des garanties de transparence doivent par ailleurs être prévues ainsi que l'implication de la société civile.

Propositions :

- Al. 3 : Un tel accord porte notamment sur : (la suite inchangée)
- Al. 3bis : L'accord est rendu public en Suisse et dans le pays d'origine. Il est publié dans au moins une des langues officielles de ce dernier.
- Al. 6 (nouveau) : Le contrôle et le suivi de la restitution est effectué par une instance indépendante incluant des personnalités issues de la société civile de l'Etat d'origine reconnues pour leur intégrité et leur indépendance.

Article 10

Il n'est pas acceptable que les frais de procédure soient à la charge de la population spoliée de l'Etat d'origine. La Confédération devrait donc prendre en charge les frais induits. Par contre, il devrait être envisagé la possibilité pour la Confédération de se retourner contre les banques et intermédiaires financiers qui avaient sous gestion ou en dépôt les valeurs patrimoniales confisquées afin que la prise en charge des frais leur soit facturée. Le contenu de l'article 10 doit donc être modifié.

Proposition :

- Al.1 : La Confédération assume les frais de blocage et de restitution.
- Al.2 : L'intermédiaire financier auprès duquel les avoirs illicites ont été confisqués versera à la Confédération un montant forfaitaire correspondant à 2,5% des valeurs patrimoniales confisquées en application de la présente loi

Article 11

De manière cohérente avec la possibilité d'intervention des associations de victimes et des ONG au niveau de la décision de blocage, une possibilité de recours doit être ouverte pour elles.

Proposition :

- Al. 5 : Les organisations visées à l'article 2bis sont habilités à recourir contre la décision du Conseil fédéral refusant de donner suite à leur requête de blocage en vue d'une confiscation.

Lausanne et Lucerne, le 14 avril 2010

Jean-Claude Huot