



Assemblée générale

Distr. générale
14 décembre 2011
Français
Original: anglais

Conseil des droits de l'homme

Dix-neuvième session

Points 2 et 3 de l'ordre du jour

Rapport annuel du Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme et rapports du Haut-Commissariat et du Secrétaire général

Promotion et protection de tous les droits de l'homme, civils,
politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris
le droit au développement

Étude approfondie sur les effets négatifs du non- rapatriement des fonds d'origine illicite dans les pays d'origine sur la jouissance des droits de l'homme, en particulier des droits économiques, sociaux et culturels

Rapport de la Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme

Résumé

Le présent rapport est soumis conformément à la résolution 17/23 du Conseil des droits de l'homme sur la question du non-rapatriement des fonds d'origine illicite. Le chapitre II passe en revue les principaux obstacles au rapatriement des fonds d'origine illicite, le processus de restitution des avoirs prévu dans la Convention des Nations Unies contre la corruption, et les obligations mutuelles imposées aux États impliqués dans le processus par rapport aux droits de l'homme. Le chapitre III montre comment le non-rapatriement des fonds d'origine illicite empêche les États de s'acquitter de leurs obligations dans le domaine des droits de l'homme, en particulier des droits économiques, sociaux et culturels. Il examine en quoi une approche fondée sur les droits de l'homme peut renforcer les procédures établies, en prenant en compte les principaux problèmes et obstacles existants. Le rapport présente en conclusion un certain nombre de recommandations en vue d'améliorer les procédures de rapatriement et d'aider ainsi les États à mieux s'acquitter de leurs obligations dans le domaine des droits de l'homme.

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction.....	1–2	3
II. Les principaux obstacles au rapatriement des fonds	3–26	3
A. Fonds d’origine illicite: montant estimatif des fonds d’origine illicite et des fonds non rapatriés	3–8	3
B. Obstacles juridiques et factuels au rapatriement des fonds d’origine illicite..	9–16	4
C. Le cadre juridique pour la réalisation des droits de l’homme dans le contexte des procédures de recouvrement d’avoirs	17–26	6
III. Effets sur la capacité des États de s’acquitter de leurs obligations en matière de droits de l’homme	27–62	9
A. Les effets négatifs du non-rapatriement des fonds d’origine illicite dans les pays d’origine sur la jouissance des droits de l’homme, en particulier des droits économiques, sociaux et culturels.....	27–34	9
B. Effets sur l’état de droit dans le pays d’origine	35–37	10
C. Comment une approche fondée sur les droits de l’homme pour le recouvrement des avoirs contribue à réduire les effets négatifs du non-rapatriement.....	38–62	11
IV. Recommandations.....	63	18

I. Introduction

1. Dans sa résolution 17/23, le Conseil des droits de l'homme a prié la Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme de mener une étude approfondie sur les effets négatifs du non-rapatriement des fonds d'origine illicite dans les pays d'origine sur la jouissance des droits de l'homme, en particulier des droits économiques, sociaux et culturels, et de présenter un rapport à ce sujet au Conseil à sa dix-neuvième session.

2. Le présent rapport est soumis en réponse à cette demande.

II. Les principaux obstacles au rapatriement des fonds

A. Fonds d'origine illicite: montant estimatif des fonds d'origine illicite et des fonds non rapatriés

3. Comme il est fait référence, dans la résolution 17/23 du Conseil des droits de l'homme, aux fonds d'origine illicite issus de la corruption, aux fins du présent rapport les expressions «fonds d'origine illicite» et «produits de la corruption» sont utilisées indifféremment. Elles désignent l'une et l'autre tout bien provenant directement ou indirectement de la commission d'une infraction ou obtenu, directement ou indirectement, en la commettant, conformément à la Convention des Nations Unies contre la corruption¹.

4. Les produits de la corruption sont difficiles à mesurer. Les données sont peu nombreuses et difficiles à recueillir. Comme toutes les méthodes reposent sur des bases différentes, lorsqu'il s'agit de recueillir des données au niveau mondial l'intervalle de confiance se réduit beaucoup. Les résultats ne sont par conséquent que des approximations². On estimait ainsi qu'au niveau mondial les actes de corruption – de caractère grave ou mineur – représentaient entre 600 milliards et 1 500 milliards de dollars des États-Unis, soit un chiffre estimatif médian de 1 000 milliards de dollars³.

5. On estime que le chiffre annuel des flux internationaux de produits de la corruption se situe dans une fourchette de 30 à 50 milliards de dollars, pour un montant estimatif médian de 40 milliards de dollars, et celui des flux provenant des pays en développement et des pays en transition entre 20 et 40 milliards de dollars, soit un chiffre estimatif médian de 30 milliards de dollars⁴. Ce chiffre représentait la moitié de l'aide publique au développement (APD) en 2000 – lorsque le problème du recouvrement des avoirs a

¹ Voir résolution 58/4 de l'Assemblée générale, annexe, Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 2 e).

² Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, «Estimating illicit financial flows resulting from drug trafficking and other transnational organized crimes» (2011). Voir http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/Studies/Illicit_financial_flows_2011_web.pdf.

³ Daniel Kaufmann, «Myths and Realities of Governance and Corruption» (2005). Voir <http://ssrn.com/abstract=829244>.

⁴ Raymond Baker, *Capitalism's Achilles Heel* (New Jersey, John Wiley & Sons, 2005). Selon Baker, les produits de la corruption représenteraient quelque 3 % des flux financiers d'origine illicite, qui venaient pour 33 % de la criminalité organisée – trafic de drogues, articles de contrefaçon et fausse monnaie, traite des êtres humains, commerce illicite d'armes, contrebande et extorsion – et pour 64 % d'activités commerciales illégales – manipulations de prix à des fins d'évasion fiscale, utilisation abusive des prix de transfert, et fraude commerciale.

commencé à mobiliser l'attention au niveau international⁵ – et encore plus de 25 % de l'APD en 2010⁶.

6. À la différence des mouvements de fonds illicites provenant de la criminalité organisée ou d'activités commerciales, dont 50 % se font entre des pays développés, on estime à 80 % la proportion des sorties de produits de la corruption provenant des pays en développement. Compte tenu de l'importance relative des montants ainsi détournés dans chaque pays, les sorties de produits de la corruption ont de beaucoup plus grandes conséquences pour les pays en développement. L'Union africaine estimait par exemple en 2002 les coûts directs et indirects de la corruption à 148 milliards de dollars, soit à l'époque 25 % du PIB du continent⁷.

7. Comme la plupart de ces sorties de fonds chiffrées pour chaque année entre 20 et 40 milliards de dollars restent dissimulées, les montants rapatriés dans les pays d'origine sont encore plus réduits. Il ressort de la base de données établie récemment dans le cadre de l'Initiative pour le recouvrement des avoirs volés, même si elle n'entend pas être exhaustive, que moins de 2 milliards de dollars de ces fonds avaient été rapatriés depuis 1990⁸. Plus de 70 % de ces opérations de rapatriement sont intervenues après l'entrée en vigueur de la Convention des Nations Unies contre la corruption en 2005, et près d'un milliard de dollars de fonds sont actuellement gelés dans le cadre d'enquêtes en cours, ce qui montre que le taux de détection est en progression⁹.

8. Malgré les avancées faites depuis l'entrée en vigueur de la Convention des Nations Unies contre la corruption, selon les estimations 2 % seulement des fonds d'origine illicite sortis chaque année des pays en développement étaient rapatriés dans leurs pays d'origine¹⁰.

B. Obstacles juridiques et factuels au rapatriement des fonds d'origine illicite

9. Il existe de multiples obstacles juridiques et factuels qui s'opposent au rapatriement des produits de la corruption¹¹. De nombreux obstacles juridiques font qu'il est difficile d'appliquer le cadre juridique pour la prévention et la détection des transferts de produits de la corruption et d'y donner effet. Pour détecter ces flux financiers par exemple, la Convention des Nations Unies contre la corruption établit dans son article 52, paragraphe 1, une norme fondamentale en exigeant de chaque État partie qu'il prenne «conformément à son droit interne, les mesures nécessaires pour que les institutions financières relevant de sa juridiction soient tenues ... de soumettre à une surveillance accrue les comptes que des

⁵ Résolution 54/205 de l'Assemblée générale, du 27 janvier 2000, «Prévention de la corruption et du transfert illégal de fonds».

⁶ Organisation de coopération et de développement économiques, Comité d'aide au développement, voir <http://www.oecd.org/dac>.

⁷ Groupe de la Banque africaine de développement, «Proceedings of the regional learning workshop on combating corruption in Africa» (2003). Voir <http://www.u4.no/helpdesk/helpdesk/queries/queryattach/q44Addisreport.pdf>.

⁸ L'Initiative pour le recouvrement des avoirs volés a lancé en octobre 2011 le mécanisme Asset Recovery Watch. Voir http://www1.worldbank.org/finance/star_site/stararw.html.

⁹ Asset Recovery Watch. Voir <http://assetrecoverywatch.worldbank.org/>.

¹⁰ Ces chiffres ne comprennent pas les fonds gelés et/ou restitués en 2011 à l'Égypte, à la Tunisie, à la République arabe syrienne et à la Libye, dans le cadre d'un processus qui a relancé les efforts de recouvrement d'avoirs.

¹¹ Initiative pour le recouvrement des avoirs volés, «Barriers to Asset Recovery: An Analysis of the Key Barriers and Recommendations for Action» (Washington, 2011). Voir http://www1.worldbank.org/finance/star_site/publications/barriers.html.

personnes qui exercent, ou ont exercé, des fonctions publiques importantes et des membres de leur famille et de leur proche entourage cherchent à ouvrir ou détiennent directement ou cherchent à faire ouvrir ou font détenir par un intermédiaire. Cette surveillance est raisonnablement conçue de façon à détecter les opérations suspectes afin de les signaler aux autorités compétentes.». Mais cette norme reste peu appliquée, tant dans les pays développés que dans les pays en développement¹².

10. Même lorsque les mouvements de fonds d'origine illicite sont signalés ou détectés d'une autre manière, il existe d'autres obstacles juridiques aux étapes suivantes de la procédure. Il s'agit dans la plupart des cas de problèmes d'entraide judiciaire dans les procédures pénales entre le pays d'origine et le pays de destination. Bien souvent les procédures sont bloquées dans la phase de localisation en raison des conditions contraignantes qui sont imposées par l'État requis à un stade où l'État requérant peut difficilement recueillir des éléments de preuve. Il est ainsi souvent demandé au pays d'origine des avoirs d'indiquer le lien exact entre les avoirs et l'infraction ou bien les noms de titulaires de comptes bancaires, ou encore d'identifier les avoirs de façon extrêmement précise. Ces conditions, qui sont en général plus contraignantes dans les pays qui appliquent strictement la législation sur le secret bancaire, sont difficiles à remplir dans les premiers stades de l'enquête. Les chapitres IV et V de la Convention des Nations Unies contre la corruption, qui imposent à l'État requis une obligation de coopérer pour la phase de localisation, devraient être suffisants pour surmonter cet obstacle. Mais les autorités de nombreux États parties soit n'invoquent pas ces règles comme base juridique de coopération, soit les interprètent conformément à leurs propres lois et pratiques préexistantes et amoindrissent ainsi la portée de ces règles et la large approche innovante qu'elles reflètent¹³.

11. Le succès des efforts de recouvrement dépend pour beaucoup de l'adoption en temps opportun de mesures provisoires de gel ou d'interdiction visant les avoirs. Malgré les risques de dispersion dans ce contexte, dans beaucoup de pays le gel des avoirs est assujéti à des procédures contraignantes pour l'État requérant, même lorsque les droits de l'accusé sont restreints de façon raisonnée et proportionnée. Certains pays reconnaissent aux détenteurs d'avoirs de larges droits, se traduisant par de longues procédures parallèles dans l'État requis, lorsque le détenteur des avoirs – en qualité de défendeur ou non – doit faire valoir ses droits devant les tribunaux de l'État requérant. Lorsque ces mesures interviennent dans la phase de localisation, elles aboutissent généralement à la dispersion des avoirs¹⁴.

12. Quand la confiscation ne peut être prononcée qu'en cas de condamnation pénale, comme c'est le cas dans la plupart des pays, la législation de l'État requis impose parfois à l'État requérant de respecter certains délais à cet effet, par exemple en relation avec la levée des mesures provisoires et/ou la prescription. Beaucoup de pays ne prévoient pas d'autres moyens d'action en l'absence de condamnation pénale lorsque le défendeur jouit d'une immunité, est en fuite ou est décédé, ou lorsqu'il y a prescription. L'article 54 de la Convention des Nations Unies contre la corruption, qui prévoit dans son paragraphe 1, alinéa c, de dissocier confiscation et condamnation, aux fins de l'entraide judiciaire, permettrait de surmonter cet obstacle.

13. Si les produits de la corruption sont confisqués, il faut qu'il existe dans les États requis des lois permettant leur rapatriement. Il a été rapporté que de rares juridictions

¹² Initiative pour le recouvrement des avoirs volés, «Politically Exposed Persons: Preventive Measures for the Banking Sector» (Washington, 2010). Voir http://www1.worldbank.org/finance/star_site/publications/politically_exposed.html.

¹³ Initiative pour le recouvrement des avoirs volés, citée plus haut dans la note 11.

¹⁴ Ibid.

seulement étaient autorisées par la loi à restituer à 100 % les avoirs volés¹⁵, alors que l'article 57, paragraphe 2, de la Convention des Nations Unies contre la corruption fait obligation aux États parties d'adopter les mesures nécessaires à cet effet.

14. Mais les différentes traditions juridiques ne sont pas les seuls obstacles, et il ne faut pas négliger les autres importantes difficultés liées à l'expérience, aux ressources techniques et même aux risques différents pour les autorités des pays requérants comme des pays requis. Dans 97 % des cas répertoriés dans la base de données du mécanisme Asset Recovery Watch, l'État requérant est un pays en développement. Parmi les demandes, 83 % étaient adressées à des pays membres de l'Organisation de coopération et de développement économiques et 17 % à d'autres pays en développement, pour la plupart des centres financiers offshore.

15. Aux obstacles juridiques viennent s'ajouter des obstacles factuels et institutionnels, dont le plus évident est la réticence à coopérer. Les États requis, en particulier lorsqu'il s'agit de centres financiers, ont souvent un régime d'entraide judiciaire inefficace et peu coopératif et des procédures réputées ardues, qui découragent des pays de présenter des demandes d'entraide, ils donnent la priorité aux affaires nationales plutôt qu'aux requêtes étrangères, et ils agissent rarement de façon volontariste même s'ils disposent du savoir-faire, des capacités ou des ressources voulus pour une meilleure entraide. Selon certains, ce comportement institutionnel serait renforcé par le sentiment que certaines demandes émanant de pays en développement ne seraient qu'un simple «écran de fumée» et n'obéiraient qu'à des considérations de politique intérieure ou internationale, sans qu'il puisse jamais être sérieusement envisagé des poursuites, et que les pays en développement ne réagissaient pas toujours de façon positive quand des pays développés les informaient de la découverte d'avoirs apparemment d'origine illicite¹⁶.

16. Si dans certains cas ce sentiment est peut-être justifié, parfois aussi il n'est pas fait de distinction suffisante entre les autorités de l'État et la société qui souffre des conséquences de la corruption. Lorsqu'on tient mieux compte de cette distinction, l'État requis peut s'impliquer plus activement et modifier ainsi la situation en permettant des poursuites effectives¹⁷.

C. Le cadre juridique pour la réalisation des droits de l'homme dans le contexte des procédures de recouvrement d'avoirs

17. Le cadre international des droits de l'homme établit fondamentalement la relation entre les individus et les États en termes de droits et de devoirs. On considère généralement que l'individu a des droits et que l'État a des devoirs. Pour le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, parmi les obligations spécifiques des États figure la responsabilité de respecter, protéger et mettre en œuvre les droits de l'homme.

18. Bien des discussions ont été consacrées à la nature des obligations des États en matière de droits de l'homme et particulièrement à l'idée que ces obligations seraient de nature différenciée selon qu'il s'agit de droits civils et politiques, d'une part, ou de droits économiques, sociaux et culturels, d'autre part.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid., p. 25 et 26.

¹⁷ Tim Daniels et James Maton, «The kleptocrat's portfolio decision», dans Peter Reuter (éd.) *Draining Development: Controlling the Flow of Illicit Funds from Developing Countries* (World Bank Press, 2012).

19. Il a été reconnu que les droits de l'homme et les libertés fondamentales étaient tous indissociables et interdépendants, qu'il fallait s'attacher avec la même attention et le même degré de priorité à mettre en œuvre, promouvoir et protéger tous les droits, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, et que les États devaient respecter, protéger et mettre en œuvre tous les droits de l'homme, ce qui impliquait des obligations tant négatives que positives¹⁸.

20. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a souligné que le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels établissait des obligations de comportement et des obligations de résultat, et ajouté ceci: «si le Pacte prévoit effectivement que l'exercice des droits devra être assuré progressivement et reconnaît les contraintes découlant du caractère limité des ressources disponibles, il impose aussi diverses obligations ayant un effet immédiat»¹⁹. De l'avis du Comité, «alors que le plein exercice des droits considérés peut n'être assuré que progressivement, les mesures à prendre à cette fin doivent l'être dans un délai raisonnablement bref à compter de l'entrée en vigueur du Pacte pour les États concernés. Ces mesures doivent avoir un caractère délibéré, concret et viser aussi clairement que possible à la réalisation des obligations reconnues dans le Pacte.»²⁰. En conséquence, le principe d'une réalisation progressive des droits économiques, sociaux et culturels «ne saurait être interprété d'une manière qui priverait l'obligation en question de tout contenu effectif»²¹.

21. En outre, le Comité a souligné concernant la clause énoncée au paragraphe 1 de l'article 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels qu'«elle doit être interprétée à la lumière de l'objectif global, et à vrai dire de la raison d'être du Pacte, qui est de fixer aux États parties des obligations claires en ce qui concerne le plein exercice des droits en question. Ainsi, cette clause impose l'obligation d'œuvrer aussi rapidement et aussi efficacement que possible pour atteindre cet objectif. En outre, toute mesure délibérément régressive dans ce domaine doit impérativement être examinée avec le plus grand soin, et pleinement justifiée par référence à la totalité des droits sur lesquels porte le Pacte, et ce en faisant usage de toutes les ressources disponibles.»²². Il en découle que les États ont l'obligation fondamentale minimum d'assurer, au moins, la satisfaction de l'essentiel de chacun des droits, et que «pour qu'un État partie puisse invoquer le manque de ressources lorsqu'il ne s'acquitte même pas de ses obligations fondamentales minimum, il doit démontrer qu'aucun effort n'a été épargné pour utiliser toutes les ressources qui sont à sa disposition en vue de remplir, à titre prioritaire, ces obligations minimum»²³.

22. Le fait que la corruption empêche les États de s'acquitter de leurs obligations en matière de droits de l'homme est de plus en plus largement admis²⁴. On considère que le

¹⁸ E/C.12/1999/5, par. 15 et 46; E/C.12/2000/4, par. 33 et 39.

¹⁹ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n° 3, par. 1.

²⁰ Id., par. 2.

²¹ Id., par. 9.

²² Ibid.

²³ Id., par. 10.

²⁴ CRC/C/COG/CO/1, par. 14; E/CN.4/2006/52/Add.4, par. 80 et 96; E/CN.4/2006/48, par. 44; E/CN.4/2001/53, par. 69 et 75; E/C.12/1/Add.91, 2003, par. 12. Le HCDH a organisé deux réunions sur la lutte contre la corruption et la protection des droits de l'homme (Séminaire sur les pratiques de bonne gouvernance pour la promotion et la protection des droits de l'homme, 2004, Séoul; Conférence des Nations Unies sur les mesures anticorruption, la bonne gouvernance et les droits de l'homme, 2006, Varsovie). En outre, dans sa résolution 7/11 le Conseil des droits de l'homme a fait valoir que l'action effective contre la corruption et la protection des droits de l'homme se renforçaient mutuellement.

détournement des ressources disponibles dû à la corruption empêche de s'acquitter de l'obligation d'agir, au maximum des ressources disponibles, pour assurer progressivement la pleine réalisation des droits économiques, sociaux et culturels²⁵. Cette non-réalisation des droits due aux détournements de fonds liés à la corruption est particulièrement apparente quand les États ne peuvent pas s'acquitter de l'obligation fondamentale minimum d'assurer la satisfaction de l'essentiel de chacun des droits.

23. Dans ce contexte, l'État pourrait dans certaines conditions mieux s'acquitter de ses obligations en matière de droits de l'homme s'il existait une procédure permettant de rapatrier les avoirs. Comme les procédures de recouvrement d'avoirs font partie de toute stratégie anticorruption, il faut les interpréter à la lumière du cadre en matière de droits de l'homme et les inscrire parmi les mesures que doivent prendre les États pour se conformer à leurs obligations en matière de droits de l'homme.

24. Ces obligations s'appliquent aussi bien aux pays d'origine qu'aux pays de destination des fonds d'origine illicite, conformément au devoir d'assistance et de coopération internationales pour la réalisation des droits de l'homme, en particulier des droits économiques, sociaux et culturels²⁶. Selon ce principe, les obligations qui incombent à l'État de respecter, protéger et mettre en œuvre les droits de l'homme sont non seulement applicables vis-à-vis de sa propre population mais également de façon extraterritoriale, et s'appliquent donc aux pays pouvant apporter une aide comme aux pays ayant besoin d'aide²⁷.

25. Comme pour les autres formes de coopération internationale, qu'il s'agisse de coopération internationale pour le développement ou pour la réalisation des droits économiques, sociaux et culturels, l'entraide judiciaire implique une responsabilité mutuelle. Dans le cadre des procédures de recouvrement d'avoirs, d'une part les pays d'origine des avoirs doivent faire des efforts pour obtenir leur rapatriement dans le cadre de leur obligation d'agir au maximum des ressources disponibles pour la pleine réalisation des droits économiques, sociaux et culturels. Et d'autre part, les pays de destination des avoirs sont tenus de faciliter leur rapatriement et d'y contribuer dans le cadre de leur obligation d'assistance et de coopération internationales.

26. Une approche fondée sur les droits de l'homme²⁸ pour le recouvrement des avoirs exige par conséquent non seulement que les pays d'origine n'épargnent aucun effort pour le recouvrement et le rapatriement des produits de la corruption afin de s'acquitter de leurs obligations internationales en matière de droits de l'homme, mais aussi que les pays de destination des avoirs ne considèrent pas le rapatriement de ceux-ci comme une mesure discrétionnaire mais comme un devoir découlant de l'obligation d'assistance et de coopération internationales.

²⁵ CRC/C/15/Add.124, par. 18 et 19.

²⁶ Charte des Nations Unies, Art. 55 et 56; Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, art. 2, par. 1; Principes de Limburg concernant l'application du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, principes 28 et 29; Convention relative aux droits de l'enfant, art. 4; Déclaration sur le droit au développement, art. 3.1, 3.2, 3.3 et 4.2; Déclaration et programme d'action de Vienne, art. 1^{er}, 4, 10 et 11.

²⁷ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n° 3, par. 13; Observation générale n° 14, par. 45; Observation générale n° 15, par. 37 et 38; Observation générale n° 17, par. 36 à 38; Observation générale n° 18, par. 29 et 30; Principes de Limburg, principe 26.

²⁸ Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, «Questions fréquentes au sujet d'une approche de la coopération pour le développement fondée sur les droits de l'homme», Nations Unies, New York et Genève, 2006.

III. Effets sur la capacité des États de s'acquitter de leurs obligations en matière de droits de l'homme

A. Les effets négatifs du non-rapatriement des fonds d'origine illicite dans les pays d'origine sur la jouissance des droits de l'homme, en particulier des droits économiques, sociaux et culturels

27. On peut penser d'emblée que toutes les ressources dont l'État est privé à cause de la corruption ont des effets négatifs identiques, qu'elles soient exportées ou bien qu'elles restent dans le pays²⁹. On peut penser aussi que les produits de la corruption réintégrés dans le budget de l'État auront des effets positifs sur les droits de l'homme s'ils sont investis afin de mieux remplir les obligations en la matière.

28. Comme les ressources recouvrées ne sont pas des recettes publiques ou prévisibles inscrites au budget, les États doivent les utiliser conformément à leur obligation d'agir au maximum de leurs ressources disponibles pour assurer la réalisation des droits économiques, sociaux et culturels. C'est ce principe qui doit inspirer les mesures à prendre concernant les fonds rapatriés.

29. Il n'y a pas de réponse claire et définitive quant au meilleur moyen d'investir les fonds pour favoriser la réalisation des droits économiques, sociaux et culturels. Si les fonds restitués doivent être utilisés en conformité avec le principe du «maximum des ressources disponibles», il n'existe pas de règle universelle qui puisse être suggérée compte tenu de la situation spécifique de chaque pays, mais l'approche fondée sur les droits de l'homme fournit d'utiles orientations.

30. Cette approche exige d'abord de respecter, dans le processus décisionnel, les principes de la transparence et de la participation. Les décisions concernant l'utilisation des ressources ne doivent pas être prises à huis clos, mais publiquement et ouvertement, en tenant dûment compte des demandes de la société civile. Quand il n'y a pas une transparence et une participation suffisantes dans ces décisions, il arrive que les avoirs recouverts soient utilisés à des fins différentes de celles qu'exigeraient les principes en matière de droits de l'homme³⁰. En outre, il est indispensable de rendre publiques et accessibles les informations budgétaires, qui devraient être regroupées par catégories faciles à contrôler, afin de mieux déterminer les priorités de dépenses et les décisions d'utilisation judicieuses³¹. Enfin il serait utile pour prendre les décisions d'utilisation des fonds de mettre en regard les allocations budgétaires effectives d'une part et les indicateurs des droits de l'homme d'autre part³².

31. Le processus de prise de décisions concernant l'utilisation des fonds devrait également s'inspirer du principe des recours utiles prévu dans l'approche fondée sur les

²⁹ La question n'est pas cependant tranchée, car les ressources qui restent dans le pays, si elles y sont blanchies et investies de façon productive, peuvent accroître la richesse nationale et donc potentiellement le bien-être de la population. Mick Moore, «The practical political economy of illicit flows», dans Reuter (éd.), cité dans la note 17.

³⁰ Ignasio Jimu, «Managing proceeds of asset recovery: The case of Nigeria, Peru, the Philippines and Kazakhstan», Basel Institute on Governance, Working Paper Series No. 06, 2009, p. 11 et 12. Les cas concrets évoqués dans la présente section et concernant le Nigéria, le Pérou, les Philippines et le Kazakhstan sont eux aussi repris de cet article.

³¹ Balakrishnan et autres, «Maximum available resources & human rights: analytical report», Center for Women's Global Leadership, Rutgers, 2011, p. 9.

³² HRI/MC/2008/3.

droits de l'homme, y compris la création des conditions nécessaires pour éviter d'autres violations des droits de l'homme dans l'avenir. Appliqué dans le contexte des accords de rapatriement conformément au paragraphe 5 de l'article 57 de la Convention des Nations Unies contre la corruption, ce principe pourrait servir de cadre de négociation dans ces affaires généralement difficiles. L'approche fondée sur les droits de l'homme exige que les fonds rapatriés soient utilisés de façon appropriée pour créer les conditions voulues pour remplir les obligations en matière de droits de l'homme et pour éviter de nouveaux détournements de produits de la corruption. Il y a eu dans certains pays des précédents dont on pourrait s'inspirer dans l'avenir pour parvenir à concilier à la fois les besoins de la société qui souffre des conséquences de la corruption et les préoccupations des pays ayant reçu les fonds quant à la destination finale des fonds restitués.

32. Des mécanismes de gestion et de contrôle peuvent être aussi importants que l'adoption de décisions judiciaires pour la destination finale des fonds. Il s'agit notamment de mettre en place les procédures et les autorités qui garantiront que les décisions d'utilisation seront dûment appliquées. Des mécanismes de suivi bien conçus peuvent faciliter la surveillance et le suivi en continu, en particulier par les organisations de la société civile.

33. Ces mécanismes de gestion sont encore plus efficaces lorsqu'ils s'inscrivent dans l'approche fondée sur les droits de l'homme, puisque la transparence, la participation et la responsabilité sont trois facteurs essentiels pour une gestion adéquate et efficace, ce qui recouvre l'enregistrement officiel des avoirs reçus, des déclarations publiques sur l'utilisation prévue des fonds et leur inscription au budget, la notification publique des dépenses effectives et des résultats obtenus, des mécanismes appropriés de vérification des comptes, et des initiatives officielles et des mesures pour corriger les défaillances ou les erreurs de gestion constatées. C'est parce qu'il est arrivé que des avoirs recouverts et versés dans un fonds extrabudgétaire servent à certaines transactions douteuses que cette nécessité de transparence dans les dépenses budgétaires a été mise en évidence.

34. Il mérite enfin d'être noté que ces mesures de transparence semblent conformes aux engagements souscrits par les pays développés et les pays en développement au titre du point 24 du Programme d'action d'Accra³³.

B. Effets sur l'état de droit dans le pays d'origine

35. Au-delà des liens entre les ressources économiques disponibles et les obligations en matière de droits de l'homme, le non-rapatriement des fonds d'origine illicite a des effets sur l'état de droit dans le pays d'origine. Comme rappelé dans la résolution 17/23 du Conseil mandatant la présente étude, «l'acquisition illicite de richesses personnelles peut être particulièrement préjudiciable aux institutions démocratiques, aux économies nationales et à l'état de droit».

36. Lorsque les incitations à exporter des avoirs illicites et les opportunités pour ce faire sont importantes, comme cela semble être le cas dans beaucoup de pays en développement, le préjudice porté à l'état de droit risque d'être encore plus grand. On a fait valoir que la possibilité de dissimuler sans risque des fonds illicites dans les paradis fiscaux encourageait directement la corruption et d'autres activités illicites comme l'utilisation abusive des prix de transfert. Les risques de détection sont en effet réduits et les profits espérés par conséquent accrus. Dans les systèmes de gouvernement en particulier où les inégalités

³³ Visant à renforcer et à approfondir la mise en œuvre de la Déclaration de Paris sur l'efficacité de l'aide. Troisième Forum de haut niveau sur l'efficacité de l'aide, 2008, Accra, Ghana.

socioéconomiques sont grandes et où les actes des élites politiques ne sont pas ou guère assujettis à un réel contrôle populaire institutionnalisé (la «démocratie»), les fractions de l'élite politique qui peuvent et veulent participer à ce système d'accumulation interne par le biais de la corruption et de transferts de fonds illicites sont également incitées ou aptes à fixer ou à modifier les règles du jeu afin de continuer à en profiter. Voici ce que cela signifie dans la pratique: les autorités fiscales perçoivent suffisamment de recettes pour assurer les services publics essentiels mais elles ont globalement des capacités réduites, surtout face à des problèmes internationaux complexes comme celui des prix de transfert; les services de police ont des pouvoirs d'enquête insuffisants; l'appareil judiciaire est vulnérable à la corruption; les organismes chargés de contrôler l'action des entités publiques ne sont pas indépendants; le législatif n'a pas suffisamment de cohésion et d'autorité collectives; des partis politiques fragiles et instables cherchent à obtenir des ressources financières et des parrainages; et les services publics n'ont pas de déontologie collective. Tous ces éléments peuvent indirectement affaiblir les droits de propriété en réduisant les incitations des élites politiques. En effet, les groupes puissants qui contrôlent des capitaux (d'origine illicite) considérables mais essentiellement placés à l'étranger ne sont guère incités à agir pour renforcer les droits de propriété (de tout un chacun) dans leur pays d'origine³⁴.

37. En d'autres termes, les possibilités d'exporter des fonds d'origine illicite induisent des incitations négatives s'exerçant au détriment d'une société démocratique. Le non-rapatriement des fonds d'origine illicite amplifie le processus qui conduit à ce type de préjudice institutionnel. En imposant des obligations tant aux pays d'origine qu'aux pays de destination, une approche fondée sur les droits de l'homme pour le recouvrement des avoirs peut contribuer à éviter ces effets négatifs.

C. Comment une approche fondée sur les droits de l'homme pour le recouvrement des avoirs contribue à réduire les effets négatifs du non-rapatriement

38. Pour définir le rôle que doivent jouer les pays de destination dans le processus de recouvrement des avoirs, il faut prendre en compte non seulement le fait que les avoirs se trouvent dans leur juridiction, mais aussi qu'indépendamment des capacités, des ressources et du bon vouloir des institutions et des autorités de l'État requérant, c'est toute une société qui est victime des conséquences de la corruption publique. Bon nombre des obstacles au recouvrement des avoirs mentionnés plus haut dans le chapitre II s'expliquent par le fait que cette réalité est mal comprise. Une approche fondée sur les droits de l'homme et considérant que tous les membres de la population ont des droits et que les États ont des devoirs contribuera à remédier à certaines des difficultés.

39. Il est clair que souvent les autorités compétentes des pays de destination n'ont ni la capacité ni l'autorité juridique nécessaires pour coopérer si le pays lésé ne leur communique pas d'informations. Mais dans beaucoup d'autres cas aussi, les intérêts et les vues des autorités des pays de destination ne coïncident pas avec ceux de la société des pays touchés par la corruption. C'est pourquoi elles n'appliquent pas forcément certains éléments du régime, ou bien les appliquent d'une manière incompatible avec les intérêts de la société des pays lésés³⁵. Si bon nombre des obstacles décrits dans le chapitre II tiennent au fait que les pays, en développement et développés, ne font pas tout pour remplir les obligations que leur impose la Convention des Nations Unies contre la corruption, il ne faut

³⁴ Moore, cité plus haut dans la note 32.

³⁵ Kevin Davis et autres, «Transnational responses to political corruption», document à paraître en 2012.

pas oublier non plus que les autorités anticorruption des pays en développement sont confrontées généralement à des difficultés plus grandes que celles des pays requis. On voit donc que s'il n'est pas possible de progresser pour recouvrer les avoirs sans la volonté politique aussi bien du pays d'origine que du pays de destination, les autorités de ce dernier sont généralement mieux placées pour réduire ou lever les obstacles au recouvrement, compte tenu des contraintes propres aux pays d'origine.

40. Dans la section qui suit, on examinera comment l'argument s'applique aux différentes étapes du processus de recouvrement d'avoirs.

Prévention et détection

41. L'article 52 de la Convention des Nations Unies contre la corruption établit les règles pour la prévention et la détection des transferts de fonds d'origine illicite. Il se fonde sur le cadre juridique pour la prévention du blanchiment des produits du crime, qui prévoit que les institutions financières privées doivent s'organiser pour appliquer le principe «connaissez votre client», exercer une «diligence suffisante permanente» à l'égard des clients présentant des risques spécifiques, garder des traces des opérations, et signaler les opérations suspectes au service de renseignement financier, l'organe central bénéficiant généralement d'un accès sans restriction aux informations financières. Cet organisme doit analyser les opérations signalées et, si des soupçons sont émis ou confirmés, demander aux organes chargés de faire appliquer la loi d'examiner le problème.

42. Mais quand les services de renseignement financier dans les pays en développement ne sont pas suffisamment autonomes, la détection devient difficile si ces «gardiens» craignent des représailles officielles ou officieuses s'ils dénoncent les agissements des membres de l'élite ou même, parfois, s'il leur apparaît plus rentable de participer au blanchiment de leur argent³⁶. Dans les pays de destination où les «gardiens» sont moins dépendants des processus politiques des pays d'origine, ils hésiteront généralement moins que les «gardiens» de ces derniers pays à donner des renseignements sur les produits de la corruption. Mais comme ces renseignements ne fournissent qu'un indice initial, il faudra de toute façon que le service de renseignement financier ou bien un procureur du pays de destination sollicite l'aide de ses homologues dans le pays d'origine pour réunir les éléments de preuve nécessaires pour étayer une présomption d'infraction pouvant conduire à des mesures d'interdiction visant les avoirs. Dans une démocratie «de basse intensité», ces demandes risquent de rester sans réponse, ou bien de ne donner lieu à une réponse que pour dissiper les soupçons pouvant peser sur un agent public en fonctions ou sur un membre influent de l'élite. C'est pourquoi il a été dit que pour les pays en développement, les plus importantes mesures contre le blanchiment d'argent étaient celles appliquées dans les pays de destination³⁷.

43. Mais l'argument n'est valable que si les autorités du pays de destination font tout leur possible pour faciliter l'ouverture de procédures. Actuellement, les pays de destination ne se saisissent généralement pas des affaires même lorsqu'ils auraient de bonnes chances de faire avancer la procédure. L'approche fondée sur les droits de l'homme pour le recouvrement d'avoirs, qui souligne le devoir de coopération et de responsabilité du pays de destination, montre combien il importe d'enquêter de manière volontaire sur ces agissements.

³⁶ Michael Levi, «How well do anti-money laundering controls work in developing countries?», dans Reuter (éd.), cité dans la note 17.

³⁷ Peter Reuter, «Policy and Research Implications of Illicit Flows», dans Reuter (éd.), cité dans la note 17.

44. Dans son cadre pour la prévention et la détection des flux illicites, la Convention des Nations Unies contre la corruption prend en compte les principes en matière de droits de l'homme. En prévoyant une meilleure surveillance des opérations effectuées par les agents publics, elle renforce en effet l'obligation de responsabilité. En outre, les principes de participation et de transparence consacrés dans le chapitre II de la Convention relatif aux mesures de prévention couvrent toutes les mesures requises pour mettre en œuvre le cadre d'action antiblanchiment dans le secteur public comme dans le secteur privé.

45. Enfin, la Convention des Nations Unies contre la corruption renforce aussi la responsabilité qui incombe aux entreprises de se conformer aux lois applicables, objectif poursuivi au cours de la dernière décennie dans le cadre de diverses initiatives pour inciter les entreprises à mieux respecter les droits de l'homme. Le Pacte mondial des Nations Unies, par exemple, invite les entreprises à adopter 10 principes dans les domaines du travail, de l'environnement, de la lutte contre la corruption et des droits de l'homme. De même, les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (voir A/HRC/17/31, annexe) offrent un cadre de référence fondé sur a) l'obligation de l'État de protéger des atteintes aux droits de l'homme, b) la responsabilité des entreprises de respecter l'ensemble des lois applicables et des droits de l'homme, et c) la nécessité d'un accès plus effectif à des mesures de réparation pour les victimes, «pour prévenir efficacement les atteintes aux droits de l'homme commises par les entreprises et assurer des recours en la matière»³⁸. Ces initiatives complémentaires devraient renforcer la mise en œuvre de la Convention des Nations Unies contre la corruption.

Gel ou interdiction et confiscation

46. L'adoption de mesures de gel, d'interdiction et de confiscation des fonds d'origine illicite, dans le cadre de procédures pénales ou civiles, ne porte pas automatiquement atteinte aux droits à une procédure régulière des défendeurs ni des détenteurs des avoirs. Certaines dispositions prévues dans la Convention des Nations Unies contre la corruption ont en effet été contestées au nom des droits de l'homme. Il est ainsi prévu au paragraphe 8 de l'article 31 qu'il peut être exigé que l'auteur d'une infraction établisse l'origine licite non seulement du produit présumé du crime mais aussi d'autres biens confiscables. Des dispositions similaires ont été analysées dans le cadre de divers précédents, qui ont permis d'établir les conditions à remplir afin de ne pas enfreindre les droits à une procédure régulière. Il ressortait de ces précédents que le droit à la présomption d'innocence n'était pas un droit absolu³⁹, et qu'en droit pénal les présomptions prévues dans la loi ne restreignaient pas en elles-mêmes ce droit du moment que l'État prenait en compte l'importance de ce qui était en jeu en l'espèce et respectait les droits de la défense⁴⁰. Donc pour autant que dans l'utilisation des présomptions les États parties procèdent de façon équilibrée et que les moyens employés soient raisonnablement proportionnés à l'objectif légitime recherché, les recours fondés sur le principe de la présomption d'innocence étaient vains⁴¹. La possibilité de confiscations autrement que sur la base d'une condamnation a également été admise au motif que, selon la législation nationale applicable en la matière, la

³⁸ Id., Introduction, par. 16.

³⁹ Cour européenne des droits de l'homme, *Krumpholz c. Autriche*, 18 mars 2010, par. 34; *Grayson et Barnham c. Royaume-Uni*, 23 septembre 2008, par. 40; *Muller c. Autriche*, 18 septembre 2008, par. 40; *Phillips c. Royaume-Uni*, 5 juillet 2001, par. 40.

⁴⁰ Cour européenne des droits de l'homme, *Phillips c. Royaume-Uni*, 5 juillet 2001, par. 40; *Salabiaku c. France*, 7 octobre 1988, par. 28.

⁴¹ Cour européenne des droits de l'homme, *Västberga Taxi Aktiebolag et Vulic c. Suède*, 23 juillet 2002.

confiscation des produits du crime pouvait être davantage une mesure correctrice qu'une mesure punitive⁴².

47. À condition que les mesures provisionnelles soient prises dans ces limites, leur adoption exige une coopération active entre le pays victime d'actes de corruption et le pays vers lequel ont été exportés les produits de ces actes. Si ces mesures peuvent être prises par toute autorité compétente (art. 31), compte tenu de leur nature restrictive elles interviennent généralement dans le cadre de procédures judiciaires. Aux fins de l'entraide judiciaire, l'adoption de ces mesures est conditionnée à l'ouverture par l'État requérant d'une enquête pénale. Ces dispositions sont conformes aux obligations qui incombent aux États parties de conférer le caractère d'infraction pénale à diverses infractions liées à la corruption⁴³, d'établir la responsabilité des personnes morales⁴⁴, de prévoir un long délai de prescription durant lequel des poursuites peuvent être engagées pour les actes de corruption ainsi qu'un délai encore plus long de prescription – voire une suspension de la prescription – lorsque l'auteur présumé des faits s'est soustrait à la justice⁴⁵, et de faire en sorte que tout pouvoir judiciaire discrétionnaire afférent aux poursuites judiciaires pour lesdites infractions soit exercé de façon à optimiser l'efficacité des mesures de détection et de répression⁴⁶.

48. On voit donc que la procédure pour le gel ou l'interdiction et la confiscation des fonds d'origine illicite est fondée sur deux principes bien établis en matière de droits de l'homme, celui de la coopération internationale pour la réalisation des droits de l'homme, et celui du devoir qui incombe aux États d'enquêter sur les violations des droits de l'homme⁴⁷. Il a été considéré que cette dernière obligation s'appliquait aux faits de corruption parce que la corruption portait atteinte, directement ou indirectement, aux droits de l'homme⁴⁸. Et le premier de ces principes est conforme à la Convention des Nations Unies contre la corruption. L'un et l'autre sont conformes au Programme d'action d'Accra.

Restitution des produits de la corruption

49. La Convention des Nations Unies contre la corruption envisage deux grandes voies juridiques pour le rapatriement des produits de la corruption: recouvrement direct et coopération internationale. Au titre du «recouvrement direct», l'article 53 prévoit les cas dans lesquels le pays lésé peut recourir aux tribunaux du pays de destination. Ces cas ne posent pas de problèmes de rapatriement, puisque le pays agit en qualité de plaignant et que ce sont les tribunaux des pays de destination qui ordonnent directement la restitution ou le versement d'une réparation ou de dommages-intérêts en sa faveur.

⁴² Cour européenne des droits de l'homme, *Welsh c. Royaume-Uni*, 9 février 1995; *Phillips c. Royaume-Uni*, cité dans la note 53.

⁴³ Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 15, 16, par. 1, 17, 23 et 25. La Convention recommande aussi de conférer le caractère d'infraction pénale aux actes de corruption dans ses articles 16.2, 18, 19, 20, 21, 22 et 24.

⁴⁴ *Ibid.*, art. 26.

⁴⁵ *Ibid.*, art. 29.

⁴⁶ *Ibid.*, art. 30, par. 3.

⁴⁷ Comité des droits de l'homme, «*Barbato c. Uruguay*», communication n° 84/1981, 1983, par. 11; «*Miango Muiyo c. Zaïre*», communication n° 194/1985, 1988, par. 11; Observation générale n° 31, par. 8 et 18.

⁴⁸ Il a même été considéré dans certains documents internationaux que la corruption à grande échelle était un «crime contre l'humanité». Voir Conclusions de Séoul, onzième Conférence internationale contre la corruption, Séoul, 2003; et Déclaration de Nairobi adoptée à la Conférence régionale sur les droits de l'homme et la corruption organisée par la Commission nationale des droits de l'homme du Kenya, 2006.

50. Il est recouru en revanche à la coopération internationale lorsque le pays lésé est compétent pour poursuivre l'acte de corruption et adresse une demande d'entraide judiciaire au pays de destination pour localiser, geler, confisquer et rapatrier les produits correspondants. Il n'est prévu des règles pour la restitution des avoirs aux pays d'origine que lorsque le pays lésé présente une demande d'assistance.

51. Les dispositions obligatoires en matière de rapatriement reposent sur le principe du droit de propriété antérieur (droit de propriété au moment de la commission de l'infraction)⁴⁹. Selon l'article 57, paragraphe 3, de la Convention des Nations Unies contre la corruption, dans les cas de soustraction de fonds publics ou de blanchiment de fonds publics soustraits, la restitution des fonds en question – lorsque l'existence d'un droit de propriété antérieur de l'État lésé est supposée – est obligatoire, à condition que les biens en question a) aient été confisqués et b) qu'ils l'aient été à la demande de l'État lésé, et c) sur la base d'un jugement définitif rendu dans l'État partie requérant, exigence à laquelle l'État partie requis peut renoncer.

52. En revanche, la restitution des produits de toute autre infraction relevant de la Convention des Nations Unies contre la corruption au titre des dispositions obligatoires ou non obligatoires de celle-ci est conditionnée à l'établissement raisonnable par l'État partie requérant de son droit de propriété antérieur sur les biens confisqués. Si cette condition n'est pas remplie, la restitution reste possible, mais pas obligatoire, si l'État partie requis reconnaît qu'il a été porté préjudice à l'État partie requérant. Dans tous les autres cas, les États parties doivent s'efforcer en priorité de restituer les biens confisqués à l'État partie requérant, de rendre ces biens à leurs propriétaires légitimes antérieurs ou de dédommager les victimes des agissements en cause (art. 57, par. 3 c)).

53. Enfin, il est disposé au paragraphe 5 de l'article 57 que, s'il y a lieu, les États parties peuvent aussi envisager en particulier de conclure, au cas par cas, des accords ou des arrangements mutuellement acceptables pour la disposition définitive des biens confisqués.

54. Plus ces procédures seront efficaces pour la restitution des produits de la corruption à leurs pays d'origine, plus les États disposeront de ressources pour s'acquitter de leurs obligations de respecter, protéger et mettre en œuvre les droits de l'homme, en particulier les droits économiques, sociaux et culturels, à condition que les fonds rapatriés soient utilisés en suivant une approche fondée sur les droits de l'homme.

55. La loi suisse sur la restitution des avoirs illicites est un exemple en ce sens qui va même au-delà des obligations conventionnelles. Cette loi prévoit le blocage, la confiscation et la restitution à titre autonome des avoirs illicites de personnes politiquement exposées lorsque les procédures d'entraide judiciaire ne peuvent aboutir du fait que l'État requérant ne parvient pas à remplir les conditions prévues par la législation suisse. La loi autorise dans ce cas les tribunaux suisses à présumer la nature illicite des avoirs, à condition que le patrimoine de l'intéressé soit clairement disproportionné par rapport à ses sources légales de revenus et que le degré de corruption de l'État concerné ou de l'intéressé soit notoirement élevé. Dès lors, si la personne politiquement exposée est incapable de prouver qu'elle a acquis légalement les avoirs, ceux-ci seront confisqués et restitués au pays d'origine afin d'y être investis dans des programmes visant à améliorer la situation de la population, à renforcer l'état de droit et/ou à combattre l'impunité.

56. Autre fait important, il a été recommandé de tenir au niveau international des débats de plus vaste portée sur les moyens d'incorporer la question du rapatriement des avoirs dans les accords issus de procédures de conciliation dans les affaires de corruption d'agents publics étrangers, dans le cadre de la législation pour la mise en œuvre de la Convention de

⁴⁹ A/58/422/Add.1, par. 66.

l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales⁵⁰.

57. Comme mentionné plus haut au paragraphe 51, les règles gouvernant la restitution des avoirs au pays d'origine exigent que les avoirs aient été confisqués à la demande du pays lésé. En d'autres termes, si la confiscation n'a pas été opérée à la demande du pays lésé ou bien si les produits de la corruption ont été recouverts par le biais d'une procédure juridique autre que celle de la confiscation, le cas ne tombe pas sous le coup de l'obligation de restitution prévue par la Convention des Nations Unies contre la corruption.

58. Les progrès au cours de la dernière décennie pour faire appliquer la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption sont extrêmement importants à cet égard. Presque tous les cas de corruption d'agents publics étrangers ont été réglés dans le pays où l'entité à l'origine des faits de corruption avait son siège ou bien où ses actions étaient cotées, sans recourir aux procédures classiques de confiscation et sans participation du pays lésé. Le tableau 1 montre le montant estimatif des produits de la corruption rapatriés dans les pays d'origine et les montants recouverts par les pays parties à la Convention de l'OCDE depuis 2005, quand la Convention des Nations Unies contre la corruption est entrée en vigueur. Les données ne prétendent pas être parfaitement précises, et sont présentées à titre indicatif.

Tableau 1

Estimation du montant des produits de la corruption rapatriés dans les pays d'origine comparé aux montants recouverts par les pays parties à la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption

Année	Avoirs rapatriés dans leurs pays d'origine (en millions de dollars des États-Unis)	Ensemble des peines prononcées dans les affaires de corruption d'agents publics étrangers (en millions de dollars des États-Unis)		
		Amendes	Restitution de profits	Total
2005	29	16,5	1,3	29,6
2006	-	18,6	19,8	88,9
2007	856	33,3	38,5	106,8
2008	121,3	843	1 208,5	2 008,8
2009	66	435,3	205,3	664,5
2010	387,6	643,7	391	1 409
2011	-	95,3	89	409,8
Total	1 460	2 086,9	1 965,4	4 717,3

Source: Compilation d'après les données des programmes Asset Recovery Watch et Trace Compendium⁵¹.

⁵⁰ Comité d'aide au développement de l'Organisation de coopération et de développement économiques, Initiative pour le recouvrement des avoirs volés, «Meeting Accra's Anti-Corruption Commitments: A Call to Action».

⁵¹ Le programme Asset Recovery Watch (<http://assetrecoverywatch.worldbank.org/>) a été utilisé comme source de données sur les avoirs rapatriés dans leurs pays d'origine; le programme Trace Compendium (<https://secure.traceinternational.org/Knowledge/Compendium.html>) a été utilisé comme source de données sur l'ensemble des sanctions imposées dans les affaires de corruption d'agents publics étrangers.

59. Le montant total des amendes et des profits restitués dépasse celui des fonds d'origine illicite rapatriés dans les pays d'origine. Les amendes sont punitives par nature et ne sont donc imposées que pour dissuader les auteurs d'infractions et/ou le grand public⁵². La restitution des profits est en revanche une mesure corrective obligeant le défendeur à «rendre» à l'État les produits du crime, objectif conforme à celui de la restitution des avoirs au pays d'origine.

60. La restitution des profits est une mesure corrective initialement conçue pour les affaires de corruption au niveau national. Mais quand cette mesure s'applique de façon extraterritoriale aux cas de corruption d'agents publics étrangers, elle soulève une question: le trésor public du pays où l'entité à l'origine de l'infraction a son siège, ou bien où ses actions sont cotées, est-il bien le destinataire légitime de ces fonds? Ni l'organisme chargé de lutter contre la corruption ni la société qu'il représente n'étaient les propriétaires antérieurs des avoirs. Dans la plupart des marchés publics de biens et de services où les pratiques de corruption transnationale sont fréquentes, c'est bien plutôt la société du pays où le marché a été attribué qui souffre des conséquences de ces pratiques.

61. Conformément à la Convention des Nations Unies contre la corruption, dans les affaires de corruption d'agents publics étrangers l'État partie doit restituer les avoirs confisqués dès lors que l'État partie requérant établit raisonnablement son droit de propriété antérieur, ou bien lorsque l'État partie requis reconnaît le préjudice causé comme un motif justifié de restitution. Les cas de corruption d'agents publics étrangers se produisent en général dans le cadre des marchés publics et sous différentes formes, par exemple pour tenter de restreindre la libre concurrence dans les appels d'offres, de fixer des prix excessifs pour les marchés ou de prévoir des conditions moins contraignantes pour la prestation de certains services. Dans tous les cas, le débat doit rester ouvert sur la question de la propriété antérieure et de la réparation.

62. Il est donc conforme à l'article 57, paragraphe 3 b), de la Convention des Nations Unies contre la corruption d'exiger des États appliquant la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales de prévoir, surtout dans le contexte de la négociation et du règlement des cas de corruption, une procédure qui permette aux pays lésés de faire valoir leur droit de propriété antérieur et, si la procédure aboutit, d'organiser le rapatriement dans le pays d'origine des profits restitués. Compte tenu des obstacles à l'entraide judiciaire et des autres moyens valables de recouvrer les produits de la corruption mis en œuvre par les pays qui appliquent la Convention de l'OCDE, cette solution est conforme aux buts et objectifs de la Convention des Nations Unies contre la corruption (art. 1^{er}). La procédure serait encore plus efficace si les pays de destination rendaient les procédures publiques, permettant ainsi l'application du principe de participation découlant de l'approche fondée sur les droits de l'homme, compte tenu en particulier des intérêts potentiellement divergents de la société et des agents publics du pays d'origine.

⁵² Dans de nombreux pays, les amendes ne sont pas imposées à des fins punitives mais à la place d'une confiscation, auquel cas elles peuvent aussi être assujetties aux procédures de restitution décrites dans les paragraphes 59 à 65. Pour déterminer quand il convient de procéder ainsi, on trouve des orientations utiles dans la définition des produits de la corruption retenue dans la Convention des Nations Unies contre la corruption ainsi que dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en ce qui concerne la distinction entre mesures punitives et mesures correctives.

IV. Recommandations

63. Pour réduire les effets négatifs du non-rapatriement des fonds d'origine illicite dans le pays d'origine sur la jouissance des droits de l'homme, en particulier des droits économiques, sociaux et culturels, les mesures suivantes sont recommandées:

a) Il faudrait considérer que toutes les étapes du processus de recouvrement d'avoirs impliquent des responsabilités mutuelles pour les États, qui devraient tout faire pour obtenir la restitution aux pays d'origine des fonds obtenus illicitement. Les mesures à cet effet devraient être conformes aux normes internationales en matière de droits de l'homme dans l'intérêt des sociétés affectées par la corruption, et inclure les éléments suivants:

i) Application des principes des droits de l'homme concernant la responsabilité, la transparence et la participation, afin d'améliorer les procédures de prévention et de détection dans les pays d'origine et l'administration impartiale de la justice;

ii) Affirmation de l'obligation des États d'engager des enquêtes et des poursuites pour les faits de corruption, et renforcement des procédures pénales en vue du gel ou de l'interdiction des fonds d'origine illicite dans les pays d'origine comme dans les pays de destination;

iii) Réduction des obstacles que les pays de destination imposent aux pays requérants au stade de la localisation, compte tenu en particulier des risques de dispersion des fonds; et

iv) Si nécessaire et dans les pays qui reçoivent des fonds d'origine illicite, dissocier les mesures de confiscation et la condition d'une condamnation dans le pays d'origine;

b) Les fonds d'origine illicite rapatriés devraient servir à la réalisation des droits économiques, sociaux et culturels conformément au principe du maximum des ressources disponibles, dans le cadre de processus de décision et de procédures d'application reposant sur les principes de transparence, de participation et de responsabilité;

c) Il conviendrait d'appliquer dans le contexte des accords de rapatriement la norme en matière de droits de l'homme qui prévoit des recours utiles pour éviter de nouvelles violations des droits;

d) Il faudrait engager un vaste débat participatif sur les politiques nécessaires pour mieux articuler les procédures d'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales avec les obligations établies par la Convention des Nations Unies contre la corruption en ce qui concerne le recouvrement des avoirs, afin que les pays d'origine aient la possibilité de faire valoir leur droit de propriété antérieur face à l'imposition de mesures correctives par les pays qui reçoivent des fonds d'origine illicite;

e) La recherche de politiques cohérentes fondées sur les droits de l'homme est indispensable dans le cadre des délibérations et des décisions des États Membres du Conseil des droits de l'homme à Genève ainsi que dans le processus intergouvernemental à Vienne pour la mise en œuvre de la Convention des Nations Unies contre la corruption.