

Date de dépôt : 2 juin 2020

Rapport

de la commission judiciaire et de la police chargée d'étudier la proposition de motion de M^{me} et MM. Pierre Bayenet, Jocelyne Haller, Jean Batou, Olivier Baud, Christian Zaugg, Jean Burgermeister, Pablo Cruchon, Pierre Vanek pour une juste utilisation des montants versés par HSBC Private Bank (Switzerland) SA et Addax Petroleum Ltd à l'Etat de Genève, et de tout autre montant saisi ou versé par des prévenus au titre de réparation du dommage

Rapport de majorité de M. Alexandre de Senarclens (page 1)

Rapport de minorité de Mme Xhevrie Osmani (page 21)

RAPPORT DE LA MAJORITÉ

Rapport de M. Alexandre de Senarclens

Mesdames et
Messieurs les députés,

La commission judiciaire et de la police a étudié la proposition de motion en question lors de ses séances des 18 octobre 2018, 15 novembre 2018, 13 juin 2019 et 26 juin 2019 sous la présidence de M. Sandro Pistis puis de M. Diego Esteban. Les procès-verbaux ont été tenus par M. Nicolas Gasbarro et M^{me} Christelle Verhoeven qui sont ici vivement remerciés pour leurs travaux. La commission a été assistée par M. Jean-Luc Constant que le soussigné remercie également.

Audition de M. Pierre Bayenet, premier signataire

M. Bayenet explique que, dans le cadre d'une procédure pénale, il arrive fréquemment que des biens soient confisqués (art. 70 et art. 71 CP). Ces deux articles posent le principe de la confiscation de valeurs patrimoniales par le tribunal à la suite d'une infraction. Si les valeurs ont disparu, elles peuvent être remplacées par une créance compensatrice. M. Bayenet précise que tant l'argent volé que le vélo qui a été acheté par le voleur avec cet argent peuvent être confisqués par la justice pénale. Il faut également savoir que le lésé peut récupérer son argent. En effet, le juge pénal, lorsqu'il rend un jugement, peut allouer au lésé les objets et les valeurs patrimoniales confisqués ou le produit de leur réalisation, sous déduction des frais (art. 73, al. 1, let. b CP).

Il y a certains types d'infractions pour lesquelles il n'y a pas de lésé. L'argent ainsi saisi va en principe directement dans les caisses de l'Etat, puisqu'il n'y a pas de victimes directes. Deux cas particuliers récents ont attiré l'attention du premier signataire. Dans ces affaires distinctes, des accords ont été conclus entre le Ministère public et les entités (HSBC et Addax). HSBC était incriminée pour une question de blanchiment d'argent, alors qu'Addax l'était pour avoir donné des pots-de-vin au Nigeria pour obtenir des concessions pétrolières.

Selon le premier signataire, ces deux procédures ont en commun le fait qu'elles aient été classées, moyennant le paiement d'une somme d'argent très importante. En effet, l'art. 53 CP prévoit que lorsque l'auteur a réparé le dommage, ou accompli tous les efforts que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui pour compenser le tort qu'il a causé, l'autorité renonce à le poursuivre. En l'espèce, le procureur général a observé que ces entités ont pris des mesures internes à leur société pour éviter que ce genre de choses ne se reproduisent et que, en plus, elles ont versé un dédommagement à l'Etat. En ce sens, le procureur général a considéré que ces entités avaient réparé le dommage qu'elles avaient causé.

Ce résultat s'explique aussi pour un motif de politique criminelle. En effet, il est plus simple d'encaisser une très lourde amende que de mettre trois procureurs sur une affaire pendant trois ans, sans savoir s'ils arriveront au bout.

Cependant, selon les motionnaires, il est choquant que le canton de Genève bénéficie de la présence de ces délinquants sur son territoire par leur activité et, une deuxième fois, par le biais des revenus des infractions, au détriment des victimes. Les vraies victimes des pots-de-vin versés sont au Nigeria et pas à Genève. Les personnes qui vivent dans les champs pétroliers au Nigeria souffrent directement de la pollution. S'agissant de la banque

HSBC, il est question de blanchiment d'argent. La découverte des victimes est compliquée, mais possible.

Il est relevé que le code pénal suisse a une vision très restreinte de la victime. Seules les victimes directes sont prises en considération. Il n'y a que la victime directe qui peut être partie civile et réclamer une indemnisation.

M. Bayenet conclut en disant que cette motion vise à rendre justice aux vraies victimes de certaines infractions qu'ils ont la chance de pouvoir poursuivre à Genève. Ils ont la chance d'avoir une justice très indépendante qui n'hésite pas à engager des procédures contre des géants de la finance et du pétrole. Selon lui, il faut utiliser cela pour que les vraies victimes de ce genre d'infractions puissent voir un peu de cet argent. M. Bayenet pense qu'il faut se demander si l'Etat de Genève peut s'enrichir sur le dos des victimes lointaines qui ne sont pas connues.

Audition de M^{me} Anne Fishman, « policy analyst », Public Eye

M^{me} Fishman précise pour commencer qu'elle a travaillé par le passé dans la *compliance* au sein de HSBC Private Bank. Par devoir de réserve, elle ne parlera donc pas de cette dernière et il est impossible pour elle de se positionner sur cette question. L'auditionnée explique que Public Eye est une organisation non gouvernementale (ONG) suisse au champ d'action international. Elle lutte notamment pour le respect des droits fondamentaux pour les populations démunies et contre les inégalités trouvant leur origine en Suisse. Son but est de mettre en lumière les violations des droits humains lorsqu'elles sont commises par une entreprise suisse, en particulier, à l'étranger.

M^{me} Fishman précise que Public Eye a plusieurs objectifs, notamment lutter contre les abus et pour que les entreprises en Suisse puissent être tenues de rendre des comptes devant la justice suisse pour ces abus. Concernant le sujet du jour, elle appuiera surtout sur la corruption et les matières premières.

M^{me} Fishman en vient à ses observations concernant le projet de motion relative à l'utilisation de l'art. 53 CP, qui prévoit la possibilité de classer une procédure pénale lorsque l'auteur des faits a réparé le dommage ou s'il a accompli tous les efforts que l'on pouvait attendre de lui pour compenser le tort qu'il a causé. Elle s'interroge sur cet article, notamment sur sa compatibilité avec certains principes défendus par la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption : les principes de transparence, de prévisibilité et de responsabilité. En effet, elle se demande si clôturer une enquête est compatible avec certains principes de responsabilité ou de transparence. Elle relève que cette observation est déjà faite dans la présente motion en rapport

avec le fait de savoir si l'art. 53 CP est exactement en ligne avec certaines aspirations de la République de Genève en termes de responsabilité.

M^{me} Fishman revient sur quelques faits concernant Addax Petroleum Ltd. Ce cas a commencé par une alerte du cabinet d'audit de la société Deloitte sur certaines transactions qui n'étaient pas justifiées. Le réviseur a en particulier identifié plusieurs paiements injustifiés qui auraient été effectués par Addax, dont 20 millions de francs à des conseillers juridiques et 80 millions de francs à une entreprise nigérienne pour des travaux de construction. La société Deloitte a également fait part de préoccupations sur le fait que les dirigeants d'Addax auraient puisé directement dans la caisse de la société. Puis, l'affaire est parue dans la presse et le Ministère public genevois a ouvert une enquête contre Addax et ses dirigeants.

M^{me} Fishman explique que, selon le parquet genevois, il y avait notamment des paiements effectués vers des sociétés dans la conduite des affaires (au Nigeria et au Gabon) pour lesquels il n'a pas été possible d'établir la preuve suffisante de leur justification. De ce fait, une incertitude demeure quant à leur fondement.

M^{me} Fishman explique qu'alors que la société Deloitte mentionnait des montants de 20 et 80 millions de francs, le Ministère public genevois parle de montants différents : 66 millions de dollars non justifiés entre 2014 et 2015 pour le Nigeria et de 3 millions de dollars entre 2013 et 2016 pour le Gabon.

Entre février et mars 2017, le Ministère public genevois a ouvert une instruction à l'encontre d'Addax. Le 5 juillet 2017, cette procédure a été classée, car le Ministère public genevois a considéré qu'il n'y avait pas d'intention délictueuse, alors même que les prévenus avaient reconnu des manquements et des déficits organisationnels. Le Ministère public genevois relève qu'Addax a pris des mesures pour renouveler son personnel dirigeant à Genève et pour améliorer son processus interne, ses propres processus de lutte contre la corruption.

Elle précise que la réparation est une tentative de règlement transactionnel, mais qu'elle est aussi vue par une certaine littérature comme un renoncement à poursuivre sans avoir de garantie satisfaisante. En effet, l'art. 53 CP fournit des avantages comme l'absence de procès, l'absence de condamnation et la confidentialité. De plus, il s'agit d'une procédure unique de par sa méthode de calcul des montants payés à titre de réparation et dans le choix des destinataires.

Public Eye considère que les procédures de restitution doivent permettre la restitution des sommes prélevées au pays d'origine et au bénéfice de la population. Cependant, une supervision est nécessaire, soit par les autorités

suisses, soit à défaut par une autorité étrangère qui pourrait avoir une autorité équivalente. Elle donne l'exemple de la Banque mondiale qui a participé à une supervision dans certains cas de restitution d'avoirs illicites. Cela pourrait donc être une solution ou une piste intéressante. En parallèle, en Suisse, le cadre législatif a progressé avec l'introduction en 2015, dans la loi sur le blocage et la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées à l'étranger (LVP), de mesures d'assistance destinées à soutenir l'Etat d'origine dans le processus de restitution.

M^{me} Fishman mentionne une autre idée qui a été avancée dans l'affaire IMDB concernant le fonds malaisien souverain. Certaines associations devraient pouvoir se constituer partie plaignante dans ce genre de cas. Une modification du code de procédure pénale (CPP) a été proposée par M. Bertossa. Cela pourrait être des pistes de réflexion quand les pays en question n'ont pas la volonté d'aider le processus de restitution. Dans le cadre de la Malaisie, les autorités n'ont aucun intérêt à la restitution étant donné qu'elles sont elles-mêmes mises en cause.

M^{me} Fishman mentionne, comme dernière réflexion, le postulat CPE_CE 19.3414 qui s'intitule "Nouvelles dispositions pour le suivi des restitutions de valeurs d'origine illicite". Ce postulat devait être discuté au Conseil des Etats, mais le débat n'a pas eu lieu. Il a été déposé par la Commission de politique extérieure et il suggère d'examiner la possibilité que la LVP ou d'autres lois fédérales puissent être complétées par une ou plusieurs dispositions qui permettraient aux autorités judiciaires et d'entraide de charger le DFAE d'assurer le suivi des restitutions qui sont ordonnées. Il s'agit d'une piste intéressante à considérer en parallèle de la motion.

Il est encore indiqué que si cette motion est acceptée, ce sera une nouveauté juridique à Genève par rapport aux autres cantons. Les normes sont fédérales, mais l'application est cantonale. Elle ne pense pas que cela conduirait à des inégalités de traitement, mais qu'au contraire d'autres cantons pourraient aussi en faire usage. Personnellement, elle pense que tout ce qui est fait au niveau fédéral peut avoir une application plus large et une égalité de traitement favorable. Les avancées juridiques d'un canton peuvent être une amorce avant une égalisation au niveau fédéral. Elle relève que, dans l'affaire Alstom, l'art. 53 CP a été utilisé et que le million versé par la société a été reversé au Comité international de la Croix-Rouge. La somme a été versée de manière proportionnelle pour des projets dans chacun des trois pays touchés par les malversations établies (la Tunisie, la Lettonie et la Malaisie). Dans ce cas classé au niveau fédéral, il n'y a donc pas eu d'inégalité de traitement.

M^{me} Fishman précise qu'une modification de l'art. 53 CP entre en vigueur le 1^{er} juillet 2019 avec une restriction de l'application de cet article. De ce fait, les infractions dont on parle ici ne seront plus « capturées » par l'art. 53 CP. Il faut se demander quoi faire des 71 millions versés à travers ces procédures.

Audition de M^{me} Catherine Schumperli Younossian, secrétaire générale de la Fédération genevoise de coopération (FGC), M^{me} Dominique Rossier, coprésidente de la commission technique (FGC), et M. Florian Tissot, secrétaire exécutif (FGC)

M^{me} Schumperli Younossian explique que la FGC est une institution de plus de 50 ans. Il s'agit d'une faîtière qui regroupe 57 associations ayant des projets dans les pays en voie de développement ou qui soutiennent les enjeux Nord-Sud. La FGC en tant que telle n'a pas de projet dans les pays en voie de développement. Elle fonctionne selon un système démocratique avec trois assemblées générales par année auxquelles les membres ont un excellent taux de participation. Une des spécificités de la FGC est de travailler avec des commissions techniques qui analysent les projets « Sud » transmis par les associations, une commission d'information qui administre les projets d'information, une commission de partage de savoirs pour la formation et la capitalisation et une commission de contrôle financier. Ces commissions regroupent une cinquantaine d'experts bénévoles, ce qui représente 7000 heures de travail bénévole par an, soit 4 travailleurs à plein temps.

M^{me} Schumperli Younossian précise que la FGC est une interface entre les associations et les collectivités publiques qui financent la fédération et les projets des associations. Les principaux bailleurs de fonds sont la direction pour le développement et la coopération du DFAE, l'Etat, la Ville de Genève et les communes genevoises. La FGC a des relations privilégiées avec l'Etat, car dès la fondation de la fédération, l'Etat a été un partenaire financier important. En 2002, avec l'introduction de la loi sur la solidarité internationale, il est désormais question de parler de contrats de prestations pluriannuels sur 4 ans pour financer et régler le fonctionnement de la FGC avec l'Etat de Genève.

M^{me} Schumperli Younossian en vient aux objectifs généraux de la FGC. Dans le cadre des négociations des contrats de prestations pluriannuels, elle doit présenter un programme d'activités sur 4 ans afin de déterminer la base du contrat de prestations. L'objectif spécifique de la FGC est l'analyse des projets soumis par les associations membres. L'année précédente, 41 nouveaux projets de coopération au Sud ont été financés, mais il convient

de préciser qu'au total 140 projets sont en cours en raison de renouvellements de projets notamment. Il y a encore une douzaine de projets d'information et des projets de capitalisation d'expérience. Dans le contrat de prestations, il y a encore de la part des bailleurs de fonds des attentes en matière d'information et de sensibilisation du public. Il s'agit donc d'activités propres que la fédération mène au nom des associations membres. La FGC fait également un travail important de formation des associations dans le but d'assurer au bailleur une gestion rigoureuse des fonds alloués.

M^{me} Schumperli Younossian présente le fonctionnement et le cycle de vie d'un projet au sein de la FGC. L'association membre doit identifier un partenaire de terrain dans les pays en voie de développement et formaliser avec lui un projet. Ce projet est soumis à une commission technique qui procède à une analyse rigoureuse de ce projet quant à ses objectifs, à son budget, à ses partenaires locaux et aux bien-fondés des objectifs que le projet cherche à atteindre. Cette analyse peut se faire en plusieurs fois. En effet, il peut arriver que la commission technique renvoie le projet à l'association pour affinage des critères et de la manière de présenter le projet. Une fois que ce projet est validé, le conseil de la FGC l'approuve ou le refuse et c'est ensuite au secrétariat de rechercher le financement parmi les montants mis à disposition. Puis les coordinatrices des projets Sud font un travail régulier par rapport au suivi de ce projet en lisant des rapports intermédiaires que sont tenues de fournir les associations. Au moment de la clôture du projet, chaque dossier est classé suite à un audit d'un expert local pour avérer la bonne utilisation des fonds. C'est ensuite la commission de contrôle financier qui donne quitus au projet. Il faut donc 2 ans à un projet pour être mené à terme.

M^{me} Schumperli Younossian précise que ce qui est important pour les bailleurs de fonds et les associations membres c'est le label LGC. En effet, chaque projet approuvé est validé par un label disant qu'il y a eu une sélection exigeante et un examen rigoureux à propos des projets soumis. Il assure également que le partenariat avec le partenaire de l'association membre est fiable et que les projets tels que conçus sont viables à long terme et à échelle humaine dans les projets sur le terrain. Enfin, la FGC assure un suivi et une gestion rigoureuse selon les normes RPC avec des audits locaux et des rapports d'évaluation demandés aux associations. En son sein, la fédération essaie de créer un esprit où sont valorisés l'échange et les synergies.

M^{me} Schumperli Younossian en vient à des critères plus spécifiques par rapport à la Genève solidaire. Elle estime que la fondation mentionnée dans la motion aurait toute sa place à Genève, car Genève est une ville internationale et se targue d'être la capitale de l'Agenda 2030. L'art. 46 de la

constitution de 2012 ancre également ce principe de solidarité et la loi sur la solidarité internationale a encre dans son texte l'objectif de 0,7%. De plus, à Genève, il y a un terrain très fertile d'ONG (350 à 400 ONG locales ou internationales). Pour terminer, la FGC apporte également sa plus-value en tant que partenaire de référence pour les bailleurs de fonds.

M^{me} Schumperli Younossian mentionne les arguments en faveur de la création de cette fondation. Ils se résument en 5 mots.

Premièrement, légitimité. En effet, certaines entreprises, multinationales ou banques ont un impact fort sur les pays en voie de développement, notamment quand il s'agit de favoriser ou d'encourager l'évasion fiscale, ce sont donc autant de moyens financiers en moins pour mener à bien des politiques publiques dans les pays en voie de développement. La malédiction des ressources naturelles joue également un rôle. En effet, les ressources naturelles dont dispose un pays ne sont souvent pas bénéfiques pour les populations les plus vulnérables de ce pays. Cette légitimité quant aux objectifs de ce projet de fondation lui semble pertinente surtout au vu des antécédents. De plus, elle tient à rappeler qu'il y avait eu au niveau fédéral la volonté de créer la fondation Suisse solidaire avec les 7 milliards des fonds, mais que cette fondation n'a malheureusement jamais vu le jour suite au rejet du peuple suisse en septembre 2002.

Deuxièmement, pertinence. Il est intéressant de voir que beaucoup d'ONG à Genève travaillent pour les objectifs mentionnés dans l'exposé des motifs. A Genève, il y a un écosystème international en mesure d'apporter les informations nécessaires pour mener les investigations de manière à pouvoir financer des mesures compensations. De plus, Genève compte 37 institutions internationales, plus de 400 ONG et accueille plus de 178 représentations de missions permanentes des Etats membres de l'ONU. Il y a donc à Genève un réel savoir-faire qui pourrait permettre d'atteindre les buts de cette fondation. En parallèle, l'impact économique de cette Genève internationale rapporte environ 6 milliards à l'économie genevoise (selon le site du Département fédéral des affaires étrangères).

Troisièmement, conformité. En effet, accepter cette fondation serait en conformité avec le droit genevois. L'art. 146 Cst-GE sur la coopération internationale mentionne :

«¹ L'Etat soutient la vocation internationale de Genève en tant que centre de dialogue, de décision et de coopération internationale, fondé sur la tradition humanitaire et le droit, ainsi que sur les valeurs de paix et de solidarité.

² Il mène une politique de solidarité internationale soutenant la protection et la réalisation des droits de l'homme, la paix, l'action humanitaire et la coopération du développement.

³ A ces fins, il prend toute initiative utile et met des moyens à disposition, en coordination avec la Confédération. »

La loi de 2002 ancre l'objectif du 0,7%, mais M^{me} Schumperli Younossian rappelle que le budget cantonal de la solidarité internationale n'attribue que 0,2% de ces revenus. Suite à l'introduction de cette loi en 2002, les communes genevoises ont fait d'importants efforts en matière de solidarité internationale et à ce jour, depuis 2010, le taux moyen pour toutes les communes genevoises arrive à 0,68% pour les fonds attribués à la coopération et au développement.

Quatrièmement, besoins. Lorsqu'on parle de besoins par rapport à la réalité des pays en voie de développement, ils sont immenses. Ils le sont également pour atteindre les 17 objectifs du développement durable. La question des besoins financiers est au cœur des débats. A ce jour, il manque à Genève, selon elle, une institution comme cette fondation qui pourrait prendre une place à part avec l'objectif mentionné dans l'exposé des motifs, soit de permettre d'utiliser des fonds avec un objectif spécifique de réparation aux populations locales concernées par des impacts négatifs. Il existe également des besoins financiers par rapport aux ONG à Genève et en Suisse.

M^{me} Schumperli Younossian rappelle que l'Union européenne a de manière abrupte coupé les ponts aux ONG suisses en décembre dernier. Certaines d'entre elles se sont vues amputées de plusieurs millions sur leur budget de fonctionnement de par cette décision. La DDC est également en train de définir une nouvelle stratégie de développement par rapport aux ONG de coopération et qui aura aussi un impact négatif sur certaines ONG genevoises.

Pour terminer, la création d'une fondation aussi ambitieuse et innovante aurait un impact positif pour la Genève internationale. Ce serait un contrepied à la nouvelle orientation de la coopération au développement telle que le nouveau conseiller fédéral l'a définie. Cette nouvelle politique de coopération au développement a suscité des réactions assez fortes sur tout l'éventail politique et pas uniquement dans les milieux favorables à la coopération. Il a même été dit que « la Suisse était en train de jeter ses bijoux de famille », tant la coopération internationale suisse est citée en exemple au niveau international de par la qualité de ses actions et les objectifs qu'elle soutient, en mettant au cœur de ses priorités la lutte contre la pauvreté et sans chercher à défendre des intérêts nationaux. A l'inverse, ce projet de fondation est un projet innovant et ambitieux qui permet de réunir des compétences qui se

trouvent à Genève, de réunir des acteurs qui sont sur place et qui pourraient créer de nouvelles synergies. C'est une fondation qui renforce la notion de cohérence des politiques publiques à l'égard des pays en voie de développement.

M^{me} Schumperli Younossian conclut en disant que la FGC est prête à accompagner la commission judiciaire et de la police dans ses travaux et qu'elle laisse son expertise à la disposition des députés.

Audition de M^{me} Ursula Cassani, professeure de droit pénal à l'Université de Genève

La professeure Cassani indique qu'elle commencera par parler brièvement de l'art. 53 CP et de sa notion de réparation. Elle donnera ensuite quelques indications plus générales sur l'affectation des sommes confisquées. Elle remarque que la motion invoque la notion de réparation et celle de confiscation : il peut y avoir des intérêts à l'étranger, notamment dans les pays en difficulté économique. Elle terminera avec une brève appréciation sur cette motion.

1. Le classement en vertu de l'art. 53 CP

La professeure Cassani explique que le classement mentionné à l'art. 53 CP est le point de départ de la motion. Cette notion de classement est controversée ; pour certains, l'art. 53 CP suscite le risque que la justice puisse être monnayée. Il y a quelques années, la « *Neue Zürcher Zeitung* » a même invoqué la pratique ecclésiastique des indulgences pour parler de cet article dans lequel il n'y a rien de précis et où les faits ne sont pas établis à satisfaction de droit. Jusqu'à présent, il n'y avait même pas d'admission des faits. Pour d'autres, il s'agit d'un instrument essentiel et nécessaire de l'administration d'une justice pénale pragmatique et efficace qui permet des négociations et qui assure la prévisibilité de l'issue de la procédure pour les trois parties (Ministère public, mis en cause et lésé). Il n'y a aucune justice au monde fonctionnant sans forme de négociation.

La professeure Cassani explique que l'art. 53 CP a été révisé récemment, le texte de la motion n'est donc pas le texte actuel. En effet, par le biais d'une initiative populaire, le texte initial a été restreint et suppose que l'auteur ait réparé le dommage ou accompli tous les efforts que l'on peut raisonnablement attendre de lui pour compenser le tort qu'il a causé (texte initial), il ne doit pas encourir une peine supérieure à un an de peine privative de liberté avec sursis, une peine pécuniaire avec sursis ou une amende (nouveau). Il n'y a aucun changement pour les entreprises, qui sont

passibles d'une amende sans aucune limitation. Il faut encore que l'intérêt du lésé et l'intérêt public du lésé à poursuivre soient de peu d'importance. Une nouvelle condition est introduite : il faut que l'auteur ait admis les faits. L'instrument a ainsi été redimensionné.

La professeure Cassani explique que cet article est utilisé à Genève, par les autres cantons et par le Ministère public de la Confédération. Elle déplore que la publicité soit fragmentaire ; en effet, il y a parfois des communiqués de médias qui évoquent ces décisions. Elle a pu retrouver la décision prise à l'encontre d'Addax Petroleum Ltd. On est dans l'opacité qui est recherchée par ceux qui sont d'accord de payer une somme pour ne pas avoir de procès. Le Ministère public de la Confédération a classé l'affaire contre la maison mère d'Altstom en 2011 moyennant un paiement d'un million de francs au CICR. A Genève, les sommes ont été payées à l'Etat, ce qui est différent par rapport à la logique que le Ministère public de la Confédération favorisait. Il a d'ailleurs fait savoir qu'il n'entendait plus utiliser aussi fréquemment l'art. 53 CP et utiliser un autre instrument de négociation qui ressemble au système américain.

2. La « réparation » : destinataire et nature

La professeure Cassani en vient aux destinataires de la réparation. L'idée de base, visée par le texte légal dans un premier temps, est celle qu'il y ait un lésé qui puisse obtenir réparation rapidement. Le problème est qu'il n'y a pas toujours de lésé. D'ailleurs dans les affaires HSBC Private Bank (Switzerland) SA et Addax Petroleum Ltd, il n'y avait pas de lésés clairement identifiables, au moins au sens procédural du terme. On se demande alors ce qu'on entend par réparation du dommage lorsqu'il n'y a pas de lésé au sens technique du terme, on s'engage dans une application large de la loi. En général, la réparation prend la forme d'un paiement à une organisation caritative ou de service public (CICR). A Genève, cela est différent puisque, dans les affaires HSBC Private Bank (Switzerland) SA et Addax Petroleum Ltd, il y a eu un accord « *ex aequo et bono* » de 40 millions de francs, respectivement de 31 millions de francs à l'Etat de Genève, « à titre de remboursement du tort causé et de remboursement du profit réalisé sur les infractions concernées ». Dans l'affaire HSBC Private Bank (Switzerland) SA, il n'est plus simplement question de la réparation, étant donné que les infractions invoquées étaient le blanchiment d'argent. Dans l'affaire Addax Petroleum Ltd, il y avait des soupçons de corruption d'agents publics étrangers, les faits retenus visaient un versement illicite au Nigeria et au Gabon par le biais d'une société d'avocats au Nigeria.

La professeure Cassani relève que les motivations semblent être à cheval entre la réparation et la restitution d'avantages illicites. On est plus près de la confiscation ou de la créance compensatrice.

3. L'affectation des sommes confisquées

La professeure Cassani indique que la proposition de motion parle non seulement de réparation, mais aussi de la confiscation. Elle pense qu'il faut alors se poser la question de ce qui se passe avec l'argent de la confiscation. La confiscation, contrairement à la réparation sur la base de l'art. 53 CP, est un jugement, une décision sur le fond qui attribue les avoirs issus d'une infraction à l'Etat. En pratique, il peut aussi s'agir d'ordonnances du Ministère public, mais conceptuellement c'est différent. La confiscation porte sur les produits issus de l'infraction, et une créance compensatrice contre l'auteur peut également être prononcée si les avoirs issus de l'infraction ne sont plus disponibles. En principe, l'argent issu de confiscation est attribué au lésé s'il n'est pas indemnisé sur la base de l'art. 73 CP. En dehors de cette hypothèse, l'argent tombe dans le trésor public du canton. En effet, en vertu de l'art. 374 CP, le canton est compétent pour confisquer et peut décider de faire ce qu'il veut avec les avoirs. Dans certains cas, le Ministère public de la Confédération est compétent pour confisquer. De plus, elle précise qu'il y a des règles de partage/sharing selon lesquelles les valeurs patrimoniales confisquées sont réparties entre les autorités impliquées (50/50 selon les Etats-Unis) ; une clé de répartition est prévue dans une loi pour autant que plusieurs cantons soient intervenus. A Genève, les sommes confisquées sont affectées à la caisse de l'Etat. Le produit de la confiscation mentionné comme revenu dans le compte-rendu de l'activité du pouvoir judiciaire est mentionné dans la motion. Il s'agit ici d'une source de revenus qui est aléatoire dans le compte rendu de l'activité du pouvoir judiciaire. En 2018, il se montait à 4 millions de francs et à 33,5 millions de francs en 2017, la somme de l'affaire Addax est mentionnée dans le titre « revenus divers ».

La professeure Cassani pense qu'il faudrait demander à quelqu'un de plus qualifié ce qui est fait de cet argent. Selon elle, il tombe dans les caisses de l'Etat sans être affecté spécifiquement à la justice. Jusqu'à concurrence de 3 millions de francs, les sommes provenant de la confiscation en rapport avec le trafic de stupéfiants sont versées dans un fonds créé en vertu d'une loi datant de 1994 ; ces sommes sont destinées pour moitié à la lutte contre la toxicomanie et pour l'autre moitié à des projets de développement. Les enjeux se compliquent si la confiscation est transnationale, ce qui est souvent le cas. Elle explique que, lorsqu'il n'y a pas d'individu ni d'Etat lésés, la

confiscation a lieu en Suisse avec éventuellement avec une convention de sharing entre les autorités qui ont collaboré.

La professeure Cassani indique une autre voie qui se situe dans le cas de l'entraide internationale et consiste à restituer l'argent sur la base de l'art. 74a de la loi sur l'entraide. Cette disposition permet de restituer des avoirs à l'Etat étranger qui doit lui affecter les sommes, rechercher les victimes et distribuer l'argent à qui de droit. La Suisse a pratiqué ainsi dans les cas d'argent de dictateur déposé en Suisse (arrêt Marcos). Il peut également y avoir des accords dans ce cadre-là (affaire Abacha).

La professeure Cassani explique que, si le pénal ou l'entraide ne peut rien faire, il y a une dernière voie : la loi créée pour l'affaire Duvalier, loi qui permet de restituer des avoirs à l'étranger même si le pénal n'est plus une voie que l'on peut emprunter. La Suisse pratique la restitution aux pays étrangers depuis longtemps, il s'agit d'ailleurs du pays qui a restitué le plus d'argent, ce qui signifie qu'il y en avait beaucoup. Maintenant, la Convention de Mérida exige la restitution.

La professeure Cassani explique que tous ces mécanismes de restitution sont mis hors-jeu s'il y a une réparation avec attribution directe à l'Etat sur la base de l'art. 53 CP. Elle pense qu'on ne procède pas par le biais de l'art. 53 CP, lorsqu'il y a un pays qui fait une demande d'entraide. Toutefois, la motion lui semble aller plus loin et être plus large : de manière générale, elle semble vouloir identifier les zones grises dans lesquelles il y a des atteintes à des biens juridiques collectifs ou individuels sans réussir à identifier des personnes de manière individuelle. Elle ne partage pas l'idée de la motion que l'Etat serait receleur en acceptant ce type de somme. Par contre, il est vrai que, s'il y a des avoirs qui ont été obtenus parce qu'à l'origine il y a une infraction qui a porté atteinte à des biens juridiques collectifs, il faut les affecter à une réparation indirecte de ce dommage. Bien que cette idée soit louable, elle fait remarquer que les rentrées d'argent ont un caractère aléatoire et qu'il est difficile dans certains cas de définir qui sont les victimes. Elle pense qu'on ne peut pas construire une politique à long terme sur ce type d'encaissement, et la confiscation donne des recettes qui sont en dents de scie.

Audition de M. Olivier Jornot, procureur général

Le président souhaite la bienvenue à M. Olivier Jornot, procureur général. Il explique que la commission souhaiterait clarifier les circonstances dans lesquelles s'est déroulée l'affectation des fonds issus des amendes infligées à

HSBC Private Bank (Switzerland) SA et à Addax Petroleum Ltd. Il lui cède la parole.

M. Jornot explique que ce sujet comporte deux parties. Premièrement, il est question de la manière dont le Ministère public applique l'art. 53 CP et, deuxièmement, il s'agit de la manière dont les autorités politiques, les députés, décident de faire usage des recettes inscrites comme telles dans les comptes du pouvoir judiciaire. Pour la première partie, il fait référence à deux procédures particulières et à l'art. 53 CP. Le code pénal comporte un certain nombre de dispositions qui permettent aux autorités de poursuite de renoncer à poursuivre : l'art. 52 CP permet de le faire lorsque la faute est de peu de gravité et que ses conséquences sont peu graves, l'art. 53 CP lorsque l'auteur répare le dommage autant que l'on pouvait l'attendre de lui et l'art. 54 CP lorsque l'auteur a été atteint par les conséquences de l'infraction. Dans tous ces cas, la procédure peut être classée par le magistrat ou le procureur chargé de la procédure en application du code pénal et du code de procédure pénale (procédures judiciaires) et, lorsqu'il y a des parties plaignantes, elles peuvent recourir si elles ne sont pas satisfaites de ce classement.

M. Jornot dit que le fait que la motion invite à demander au Conseil d'Etat de faire savoir au Ministère public qu'il devrait appliquer cette disposition restrictivement en ajoutant « dans le respect de la séparation des pouvoirs » est à la fois un oxymore et un adynaton. En effet, il y a juxtaposition de deux concepts qui ne sont pas compatibles et une invite impossible à mettre en œuvre puisque, par définition, si le Conseil d'Etat donne des ordres au Ministère public, la séparation des pouvoirs n'est pas respectée. Le Ministère public n'a pas d'instructions à recevoir d'une autorité quelconque.

M. Jornot en vient à la deuxième partie : la compétence des députés. Cette dernière a d'ailleurs été exercée en matière de confiscation dans le domaine des stupéfiants avec la création d'un fonds drogue qui selon la loi est alimenté chaque année par la moitié du produit des confiscations dans le domaine des stupéfiants, mais avec un plafond annuel maximal de 3 millions de francs. Chaque année, ce montant vient donc en déduction des recettes du pouvoir judiciaire. Si le Grand Conseil souhaite mentionner dans la loi que les confiscations opérées dans certains domaines sont utilisées et réparties dans des fonds, il n'a rien à dire sur cela. Il rappelle que ces procédures ont rapporté environ 100 millions à l'Etat en quelques années.

M. Jornot précise qu'un quart des dépenses du pouvoir judiciaire sont couvertes par les recettes des émoluments en matière civile, des amendes, des peines pécuniaires et des confiscations, qui fluctuent beaucoup d'une année à l'autre. Une année, les recettes générées ont permis de couvrir 50% des

dépenses du pouvoir judiciaire, mais il précise que ce dernier ne gère pas l'affectation des recettes : de grosses recettes ne lui donneront pas le droit de dépenser plus en application des principes budgétaires et comptables. Ces recettes appartiennent aux recettes globales de l'Etat. Il conclut : « à votre bon cœur ».

M. Jornot précise qu'il n'existe pas de statistiques. Les dossiers avec des lésés ou des parties plaignantes qui agissent dans le but de faire réparer leur dommage se voient allouer ces montants ; dans les autres cas, ils tombent dans la caisse de l'Etat.

Discussion interne

Le président propose de passer aux discussions finales sur cet objet ou de proposer d'autres auditions.

Le groupe PLR constate que certaines invites ne sont simplement pas réalisables. Il n'est pas nécessaire de continuer d'étudier cette motion. Ce groupe ne soutiendra pas cette motion pour le motif invoqué. De plus, il est contre l'idée de créer une fondation qui devrait identifier les potentielles victimes d'une activité de certains établissements. Cela lui paraît hors de propos et en dehors de la réalité. Cet argent confisqué tombe dans les caisses de l'Etat et lui permet d'assumer ses tâches, de faire du social, de construire des écoles, de payer les salaires, etc. Il ne s'agit pas d'argent gaspillé, mais utilisé pour l'intérêt de l'Etat.

Le PDC est d'accord sur le fait que la commission a assez d'éléments pour prendre une décision. De plus, elle sait que les victimes sont déjà recherchées, et ce même à l'étranger ; un effort approfondi est donc déjà fait dans ce domaine. Elle pense que l'argent en question est réinvesti dans des prestations à la population genevoise. Elle indique que le groupe PDC refusera cette motion.

Le groupe UDC partage les opinions qui ont déjà été émises et qui ont été soulignées par le Ministère public. L'UDC votera contre ; elle estime avoir en main toutes les informations nécessaires pour se positionner.

Pour le groupe MCG, il est certain que les systèmes financiers internationaux sont malades. On a une grave problématique à ce niveau-là et il n'est pas possible de tout pouvoir régler depuis Genève. Cette motion, en demandant au Conseil d'Etat de faire une intrusion dans le pouvoir judiciaire, est problématique. Il trouve qu'actuellement il y a une confusion des pouvoirs qui s'exercent, il ne souhaite donc pas continuer à aller dans cette direction. En outre, il est rappelé que ce serait problématique s'il fallait sortir 71 millions de francs des caisses de l'Etat. Nous avons besoin de cet argent

pour le pouvoir judiciaire et pour le fonctionnement de l'Etat. Le groupe MCG refusera la motion.

Pour EAG, il faut pouvoir s'exprimer sur la qualité du travail du Ministère public et avoir le courage et l'indépendance de lui en faire part. Le sens de cette première motion est d'exprimer ce qu'on pense de son travail et, en aucun cas, de lui donner des instructions. Il estime que des échanges de points de vue sont primordiaux entre le Ministère public et le Grand Conseil. Il est normal de communiquer entre les pouvoirs, bien qu'ils restent séparés. Concernant les autres invites, il faut faire une analyse plus politique, comme l'a d'ailleurs précisé M. Jornot. Pour ce qui concerne la constitution d'une fondation, les frais de fonctionnement ne seraient pas à l'Etat de Genève. Il pense qu'il s'agit d'une voie à explorer : ne pas créer une fondation à Genève, mais verser les fonds au CICR. Il souhaite l'audition du CICR et l'audition du fonds destiné à la lutte contre la drogue et à la prévention de la toxicomanie.

Le PS est pour les auditions proposées afin de faire avancer le travail d'investigation et sortir des explications théoriques.

Les Verts se rallient également aux propos du représentant d'EAG. Comme l'a dit M. Jornot, la création d'une fondation est une discussion politique. De plus, la représentante des Verts regrette que l'aspect social soit évoqué comme argument pour maintenir cet argent aux mains de l'Etat de Genève. Elle pense que cette motion peut aller de l'avant et laisser le Conseil d'Etat revenir avec des propositions.

Le président met aux voix l'audition du fonds destiné à la lutte contre la drogue et à la prévention de la toxicomanie.

Oui : 5 (1 EAG, 2 S, 2 Ve)
 Non : 8 (1 PDC, 4 PLR, 1 UDC, 2 MCG)
 Abstentions : -

L'audition du fonds destiné à la lutte contre la drogue et à la prévention de la toxicomanie est refusée.

Le président met aux voix l'audition du CICR.

Oui : 4 (1 EAG, 2 S, 1 Ve)
 Non : 8 (1 PDC, 4 PLR, 1 UDC, 2 MCG)
 Abstentions : 1 (1 Ve)

L'audition du CICR est refusée.

Le président met aux voix la M 2501 pour une juste utilisation des montants versés par HSBC Private Bank (Switzerland) SA et Addax Petroleum Ltd à l'Etat de Genève, et de tout autre montant saisi ou versé par des prévenus au titre de réparation du dommage.

Oui : 4 (1 EAG, 1 S, 2 Ve)

Non : 8 (1 PDC, 4 PLR, 1 UDC, 2 MCG)

Abstention : 1 (1 S)

La M 2501 est refusée.

Proposition de motion (2501-A)

pour une juste utilisation des montants versés par HSBC Private Bank (Switzerland) SA et Addax Petroleum Ltd à l'Etat de Genève, et de tout autre montant saisi ou versé par des prévenus au titre de réparation du dommage

Le GRAND CONSEIL de la République et canton de Genève
considérant :

- que HSBC Private Bank (Suisse) SA a versé 40 000 000 F à l'Etat de Genève pour faciliter le classement de procédures pénales ouvertes contre la banque suite à une perquisition menée par le Ministère public genevois le 18 février 2015 ;
- que Addax Petroleum Ltd a versé 31 009 868 F à l'Etat de Genève en 2017 pour faciliter le classement de procédures pénales ouvertes par le Ministère public genevois contre l'entreprise au sujet de potentiels actes de corruption au Nigeria ;
- que la justice genevoise a recouru à cette pratique, en l'absence de victimes identifiables individuellement, sur la base de l'article 53 du code pénal qui lui permet de renoncer à une poursuite lorsque « *l'auteur a réparé le dommage ou accompli tous les efforts que l'on pouvait attendre de lui pour compenser le tort qu'il a causé (...) si l'intérêt public et l'intérêt du lésé à poursuivre l'auteur pénalement sont peu importants* » ;
- que la justice genevoise pourrait à nouveau recourir à cette pratique ;
- que, dans les cas susmentionnés, le fait que la justice ait estimé que les auteurs avaient « *réparé le dommage ou accompli tous les efforts que l'on pouvait attendre de lui pour compenser le tort qu'il a causé* » est sans aucun lien avec une indemnisation effective des victimes des actes illicites ;
- qu'une telle pratique génère des ressources financières pour l'Etat de Genève – et permet aux prévenus d'obtenir un classement de la procédure pénale moyennant finances – ignorant les dommages subis par les potentielles victimes en cause ;
- que des pratiques de ce genre ne sont que difficilement compatibles avec le sentiment de justice et l'article premier, alinéa 1, de la constitution cantonale à teneur duquel « *la République de Genève est un Etat de droit* »

démocratique fondé sur la liberté, la justice, la responsabilité et la solidarité » ;

- qu'il est de la responsabilité de l'Etat de Genève de tout faire pour identifier et indemniser les victimes, via la constitution d'une fondation au moyen des sommes perçues ;
- qu'un fonds, alimenté par les sommes provenant de confiscations ou de dévolutions en rapport avec le trafic de stupéfiants, existe d'ores et déjà en matière de lutte contre la drogue et à de prévention de la toxicomanie (E 4 70),

invite le Conseil d'Etat

- à faire savoir au Ministère public, dans le respect de la séparation des pouvoirs, que l'article 53 du code pénal devrait être appliqué restrictivement dans le cadre d'infractions dont les victimes ne sont pas identifiables individuellement ;
- à solliciter de la part du Ministère public un rapport répertoriant, pour les dix dernières années, tous les cas où le Pouvoir judiciaire a confisqué ou perçu au titre de réparation, dans le cadre de procédures pénales dans lesquelles les victimes ne sont pas identifiables individuellement, des sommes ou objets dont la valeur est supérieure à 100 000 F ;
- à inviter le Ministère public à communiquer à l'avenir au Conseil d'Etat et au Grand Conseil, dans son rapport annuel, l'étendue des montants confisqués ou versés au titre de réparation supérieurs à 10 000 F, en précisant pour chaque montant confisqué ou saisi l'infraction en cause et une brève description de l'état de fait ;
- à proposer au Grand Conseil la création d'une fondation pour la réparation des infractions dont les victimes ne sont pas identifiables individuellement, pour que les montants versés en faveur de l'Etat de Genève par des personnes physiques ou morales au titre de réparation afin de clôturer des procédures pénales dirigées contre elles et que les montants confisqués dans le cadre de procédures pénales puissent être utilisés autant que possible pour apporter un soutien aux groupes de population qui ont été les plus particulièrement affectés, ou à promouvoir les biens juridiques qui ont été plus particulièrement lésés ;
- à confier à cette fondation la charge d'identifier les groupes de population les plus particulièrement affectés par des actes illicites qui ont conduit à des confiscations ou au versement en faveur de l'Etat d'indemnités au titre de réparation en lien avec une procédure pénale ; d'identifier les

biens juridiques lésés par ces actes ; de soutenir des projets visant à la défense de ces groupes de population ou à l'amélioration de leurs conditions d'existence ; de soutenir des projets visant à prévenir la commission d'infractions du type de celles qui ont donné lieu à des confiscations ou au versement d'indemnités au titre de réparation ; de soutenir des projets visant à la protection ou à la promotion des biens juridiques qui ont été lésés ;

- à doter cette fondation d'un capital initial de 71 000 000 F, correspondant à la somme des montants versés à l'Etat au titre de réparation en vue de la clôture des procédures pénales par HSBC Private Bank (Suisse) SA en 2015, et par Addax Petroleum Ltd en 2017, et à l'alimenter de tous les montants de plus de 10 000 F confisqués par l'Etat ou versé à l'Etat au titre de réparation, dans le cadre de procédures pénales dans lesquelles les victimes ne sont pas identifiables individuellement. Une dotation extraordinaire décidée par le Grand Conseil, sur la base du rapport du Ministère public au sujet de cette pratique durant les dix dernières années, est réservée.

Date de dépôt : 2 juin 2020

RAPPORT DE LA MINORITÉ

Rapport de Mme Xhevrie Osmani

Mesdames et
Messieurs les députés,

La commission judiciaire et de la police a effectué plusieurs auditions dans l'étude de cette proposition de motion. Celles-ci ne sont pas exhaustives, un travail supplémentaire aurait pu être envisagé en auditionnant des personnes de terrain, des experts dans les domaines concernés pour nous confirmer ou infirmer la faisabilité du projet en question.

Un bref rappel s'impose : cette motion fait suite à de deux affaires pénales de corruption et blanchiment d'argent qui avaient secoué le canton de Genève en 2015 et 2017. Des affaires délicates et avec de lourdes répercussions. En effet, HSBC Private Bank (Suisse) SA ainsi que la société Addax Petroleum avaient été poursuivies par le Ministère public genevois, respectivement pour soupçons de blanchiment d'argent aggravé (art. 305bis, al. 2 CP) et de corruption d'agents publics étrangers (art. 322septies CP) au Nigeria à des fins d'obtention de concessions pétrolières.

Si le fond de cette motion n'entend pas revenir sur le classement des procédures prévues par l'art. 53 CP moyennant le versement par ces auteurs de plusieurs dizaines de millions de francs à l'Etat, l'absence de restitution de cet argent ou partie de cet argent aux parties lésées inquiète. Le classement d'une procédure sur la base de l'art. 53 CP (qui est rarement utilisé) intervient lorsque le prévenu a réparé le dommage ou accompli tous les efforts que l'on pouvait attendre de lui pour compenser le tort qu'il a causé et rétablir une situation conforme à la loi. C'est une forme de négociation, qui s'apparente pour certains à une justice qui peut être monnayée. Il n'y a aucune justice au monde qui fonctionne sans forme de négociation somme toute, mais il y a aussi des moyens pour parvenir ou essayer de parvenir à obtenir réparation pour les dégâts causés, car ceci a bien été prévu et voulu par la loi.

Dans le cas précis, il est difficile d'identifier au sens procédural du terme des lésés, dans ce cas la découverte de victimes est compliquée, mais

possible. C'est également faire preuve d'honneur et d'humilité que de se donner la peine de vouloir rétablir l'équité. C'est rendre justice à une population, une société dont on sait que les ravages socio-économiques et environnementaux causés par la corruption, l'expropriation de terres et l'exploitation de matières premières sont importants. Les montants ici perçus sont colossaux, ce n'est pas fréquent que des classements se soldent par de pareilles sommes, mais dire que l'Etat de Genève en a besoin comme cela a pu être mentionné lors des travaux ne témoigne d'aucune dignité, ne serait-ce que face à la misère qu'éprouvent bon nombre de peuples.

La proposition de fondation, comme organe chargé d'identifier les groupes de population les plus particulièrement affectés ainsi que de mener à bien la réparation des infractions, n'a en effet pas fait l'unanimité au sein de la commission. Toutefois, il n'en reste pas moins que des organismes dont la réputation et le travail sont indiscutables auraient pu être envisagés, comme ce fut le cas dans la solution trouvée par le Ministère public de la Confédération dans l'affaire Alstom en 2011. On pourrait très vraisemblablement demander à des tiers de mener un travail plus approfondi et des procédures d'entraide que le pouvoir judiciaire n'a pu mener plus en avant. Ce fut une enquête difficile, qui n'a débouché sur aucun procès et où de nombreuses zones grises ont persisté. Plusieurs personnes ont aussi émis une critique visant la faisabilité sous l'angle légal de la motion. Les auditions nous ont montré qu'elle ne viole pas le droit supérieur, car s'il y a des avoirs confisqués, l'article 374 CP autorise le canton à choisir l'affectation de ces avoirs. Le but de cette motion est plus que louable, car il questionne l'Etat sur les derniers moyens pouvant être mis en œuvre afin de révéler les atteintes à des biens juridiques collectifs ou individuels que des auteurs présents sur notre territoire pourraient perpétrer et trouver des solutions pour compenser le tort causé.

Au vu de ces explications, la minorité vous demande de faire bon accueil à cette proposition de motion qui ferait du canton de Genève un canton précurseur en la matière.