

Le dédommagement des victimes étrangères dans le cadre d'une procédure suisse d'entraide internationale en matière pénale v. la restitution des avoirs à l'étranger

Marc Henzelin

- I. Introduction**
- II. La notion de « victime »**
- III. Le droit suisse de l'entraide**
- IV. Le droit international des victimes à un dédommagement dans un contexte transnational**
- V. Le droit des victimes étrangères dans la procédure d'entraide suisse**
- VI. Conclusion**

I. Introduction

Les affaires *Mobutu* et *Duvalier*, sont le point de cristallisation d'un débat sur l'adéquation ou l'inadéquation des moyens juridiques actuels pour permettre la restitution d'avoirs de « dictateurs » aux États spoliés. Le Département fédéral des affaires étrangères les utilise également comme emblèmes pour promouvoir son Projet de loi sur la restitution des avoirs illicites (P-LRAI),¹ en discussion devant le Parlement au moment de la soumission de la présente contribution.

Quelle que soit la légitimité de la référence à ces affaires, celles-ci, parmi d'autres, montrent que les victimes ont peu de place dans la

¹ Projet de Loi fédérale du 15 février 2010 sur la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées (Loi sur la restitution des avoirs illicites, P-LRAI), FF 2010 3041. Voir Annexes I à IV du présent ouvrage pour le texte intégral.

procédure suisse d'entraide internationale en matière pénale et de restitution de ces avoirs. Dans l'affaire *Mobutu*, aucune victime ne s'est manifestée, alors qu'il est de notoriété publique que des millions de personnes ont été victimes du régime Mobutu. Elles auraient d'ailleurs été bien en peine de se manifester dans l'ordre juridique suisse. À l'inverse, la Suisse a retenu un montant de deux millions de francs suisses sur les fonds restitués à la République démocratique du Congo pour dédommager le photographe – suisse – du régime Mobutu.² Dans l'affaire *Duvalier*, deux victimes du régime, dont l'une de tortures, ont fait valoir leurs droits en Suisse, notamment pour faire exécuter un jugement en dommages-intérêts rendu par un tribunal de Miami, où elles avaient trouvé asile, à l'encontre de Jean-Claude Duvalier. Mais ces victimes n'ont pas pu obtenir gain de cause auprès du Département fédéral des affaires étrangères et de l'Office fédéral de la justice, lesquels n'ont pas souhaité les inclure dans un processus de négociation et se sont opposés à leur participation dans la procédure d'entraide. Finalement, leurs droits à participer à la procédure d'entraide ont été niés par le Tribunal pénal fédéral,³ puis par le Tribunal fédéral.⁴

Après une brève introduction portant sur quelques définitions et autres aspects historiques de l'évolution du rôle des victimes dans la procédure pénale et les procédures d'indemnisation, ainsi que sur le rôle pratique des victimes dans la poursuite pénale de criminels, nous allons, dans un deuxième temps, déterminer dans quelle mesure le droit des victimes à être dédommagées interfère avec la procédure suisse d'entraide, que ce soit dans une perspective suisse ou internationale. Nous concluons que la pratique suisse actuelle de l'entraide est insatisfaisante pour les victimes étrangères au vu de l'évolution du droit international, mais que le droit suisse est toutefois suffisamment souple pour autoriser une meilleure prise en compte de ces victimes. Nous profiterons de cet exposé pour traiter brièvement du P-LRAI et constater, au contraire, qu'il ne prend pas en compte le droit des victimes.

² ATF 132 I 229.

³ ATPF RR.2009.91-92 1 et RP.2009.7-8 du 7 avril 2009.

⁴ Arrêt 1C.166/2009 du 3 juillet 2009.

Nous n'allons pas examiner dans quelle mesure une procédure pénale suisse, actuelle ou potentielle, peut affecter la restitution d'avoirs saisis en Suisse à l'État requérant l'entraide. De même, nous excluons de la présente contribution la problématique de la garantie par l'État requis que les victimes puissent bénéficier d'une procédure de dédommagement équitable dans l'État requérant. De telles extensions nécessiteraient en effet des contributions séparées.

II. La notion de « victime »

Nous entendons par « victimes » au sens de la présente contribution les personnes qui, individuellement ou collectivement, ont subi un préjudice, notamment une atteinte à leur intégrité physique ou mentale, une souffrance morale, une perte matérielle, ou une atteinte grave à leurs droits fondamentaux, en raison d'actes ou d'omissions qui enfreignent les lois pénales en vigueur dans un État, y compris celles qui proscrivent les abus criminels de pouvoir, ainsi que la personne, naturelle ou morale, qui a subi un dommage à caractère pénal par la personne qui est le sujet de l'entraide. Cette définition est celle largement reconnue par l'Organisation des Nations Unies (ONU).⁵ Nous excluons de la définition de victime l'État requérant l'entraide,

⁵ Voir article 1 al. 1 de la Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir, adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU dans sa Résolution 40/34 du 29 novembre 1985. La première partie de cette définition a été reprise par l'Union européenne (UE) dans sa Décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales. À comparer avec le futur Code de procédure pénale suisse (CPP/CH, RO 2010 1881), lequel entend par « lésé » toute personne dont les droits ont été touchés directement par une infraction (article 115), et par « victime » le lésé qui, du fait d'une infraction, a subi une atteinte directe à son intégrité physique, psychique ou sexuelle (article 116). Voir également l'article 1 de la Loi fédérale du 23 mars 2007 sur l'aide aux victimes d'infractions (Loi sur l'aide aux victimes, LAVI, RS 312.5), qui ne définit pas expressément la notion de victime ou de lésé, disposant uniquement que « toute personne qui a subi, du fait d'une infraction, une atteinte directe à son intégrité physique, psychique ou sexuelle (victime) a droit au soutien prévu par la présente loi (aide aux victimes) ».

même s'il est lui-même lésé par des actes faisant l'objet de l'entraide, par exemple en cas de pillage de biens d'État, de détournements de fonds d'État ou de corruption.⁶

La place des victimes dans la procédure pénale a varié de façon importante dans le temps. Essentielle dans les procédures archaïques de type accusatoire-privé, elle s'est trouvée considérablement amoindrie depuis le XII^e siècle, du fait de l'émergence du pouvoir royal centralisé, puis de l'État. L'explication généralement admise est que le pouvoir royal pouvait ainsi consolider sa base financière en recueillant le produit des amendes et des confiscations. Lors de l'émergence de l'État, les victimes n'ont jamais récupéré de rôle important, du fait que l'État voulait centraliser la répression des atteintes à l'ordre social. Ce ne sont pas les accusés qui ont évincé les victimes du procès pénal mais les souverains. Certains systèmes, principalement continentaux, ont maintenu une place accessoire pour les victimes dans le procès pénal, notamment pour leur permettre de faire valoir leurs prétentions civiles, alors que d'autres, comme les systèmes anglosaxons, les ont complètement écartées.⁷ Mais même dans les États qui reconnaissent un rôle aux victimes, la tendance générale est de définir étroitement la notion même de victime et de limiter leur rôle au strict minimum afin d'éviter que les victimes perturbent le débat entre l'auteur de l'infraction et l'autorité de poursuite.

La question particulière du dédommagement international des victimes laissait dans le passé également peu de place aux victimes, et ne concernait que les États, pour des faits reconnus comme étant internationalement illicites.⁸ Les demandes internationales de dédommagement passaient alors soit par des procédures de protection diplomatique soit par des tribunaux *ad hoc* chargés notamment de

⁶ Sur cette question, voir notamment FRANK VISCHER, *Der ausländische Staat als Kläger: Überlegungen zum Fall Duvalier v. Haiti*, IPRax 1991, vol. 11, p. 209 ss.

⁷ Sur ces aspects historiques, voir TYRONE KIRCHENGAST, *The Victim in Criminal Law and Justice*, Houndmills 2006 ; JO-ANNE WEMMERS, *Where do they Belong? Giving Victims a Place in the Criminal Justice Process*, Crim'l L. Forum 2009, vol. 20, n° 4, p. 395 ss.

⁸ Voir Aff. *Usine de Chorzów* CPJI, 1927, Série A, n° 9, p. 21.

gérer les cas de violations massives.⁹ De même, toutes les procédures de réparation instituées par le Conseil de sécurité de l'ONU ont procédé d'une logique étatique et interétatique.¹⁰

Pourtant, en matière de violations des droits de l'homme, le rôle des victimes, ainsi que celui de leurs avocats, est central pour identifier, localiser, voire arrêter les auteurs des infractions, leurs avoies et complices, y compris, et peut-être même surtout, lorsqu'il s'agit de crimes internationaux ou transnationaux.¹¹

C'est ainsi grâce à l'obstination des victimes et non à l'État français que Klaus Barbie, Maurice Papon, le père Wenceslas Munyeshyaka et le préfet Laurent Bucyibaruta ont été poursuivis et, pour les premiers, jugés en France.¹² Il faut aussi saluer en France l'action menée par Sherpa, respectivement Transparency International, contre la corruption massive de certains chefs d'État africains.¹³ Ces ONG ont déposé plusieurs plaintes contre divers chefs d'État, notamment une plainte le 27 mars 2007 pour « recel de détournement de biens pu-

⁹ Voir VEIJO HEISKANEN, *Virtue out of Necessity: International Mass Claims and New Uses of Information Technology*, in : Permanent Court of Arbitration (édit.), *Redressing Injustices Through Mass Claims Processes: Innovative Responses to Unique Challenges*, New York 2006, p. 25 ss.

¹⁰ THEO VAN BOVEN, *Victims' Rights to a Remedy and Reparation: The New United Nations Principles and Guidelines*, in : Carla Ferstman/Stephens Getz (édit.), *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity: Systems in Place and Systems in the Making*, Leiden 2009, p. 19 ss.

¹¹ Voir LUC WALLEYN, *The Prosecution of International Crimes and the Role of Victims' Lawyers*, in : Carla Ferstman/Stephens Getz (édit.), *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity: Systems in Place and Systems in the Making*, Leiden 2009, p. 353 ss.

¹² La justice française, en particulier les magistrats du parquet, se sont illustrés dans leur obstination à invalider la procédure *Munyeshyaka*, finalement validée, puis à la mener à une telle vitesse que la lenteur de la procédure a valu à la France une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme, saisie en 1999 par une des plaignantes de l'affaire. Un résumé de cette affaire est disponible à l'adresse électronique : http://www.trial-ch.org/fr/trial-watch/profil/db/legal-procedures/wenceslas_munyeshyaka_112.html (12 juin 2010).

¹³ Voir <http://www.asso-sherpa.org/lesactions.html>.

blics » auprès du Procureur de la République près le Tribunal de grande instance de Paris. Le Parquet a annoncé le 18 juin 2007 l'ouverture d'une enquête préliminaire. C'est la pression des victimes en Espagne qui a permis et justifié le mandat d'arrêt international émis par le juge Garzon à l'encontre de Pinochet ainsi que diverses autres procédures lancées dans ce pays pour des actes criminels massifs ou particulièrement graves commis notamment en Amérique latine.

En Suisse, ce sont les plaintes pénales des victimes qui ont permis la poursuite du maire rwandais réfugié à Fribourg, Fulgence Niyonteze, et son jugement par la justice militaire suisse.¹⁴ Dans l'affaire *Duvalier*, ce sont les victimes qui ont réussi à localiser le compte en banque des Duvalier à l'UBS, caché derrière la Fondation Brouilly. En effet, si les autorités exécutives suisses avaient émis en 2002 un ordre à destination des banques suisses de bloquer les avoirs dont les Duvalier pouvaient être les bénéficiaires économiques, elles n'avaient pas les moyens d'obliger les banques de révéler les avoirs en question. Ce sont les victimes qui, par leur séquestre du compte UBS de la Fondation Brouilly en 2007, et par la publicité qui en a été faite, ont mis la lumière sur ce compte et ont justifié les nouvelles mesures de blocage, puis la requête et la procédure d'entraide intervenues par la suite.

III. Le droit suisse de l'entraide

L'entraide suisse en matière pénale, formalisée en 1981 par la Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP),¹⁵ s'inscrit clairement dans le paradigme étatique ou interétatique.

Ainsi, selon le Tribunal fédéral, l'entraide, de nature administrative, met en jeu les relations d'État à État.¹⁶ La procédure d'entraide ne constitue pas le simple prolongement, sur le territoire de l'État re-

¹⁴ Arrêt du Tribunal militaire d'appel 1A du 26 mai 2000 ; arrêt du Tribunal militaire de Cassation du 27 avril 2001 (confirmation de la condamnation).

¹⁵ Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP, RS 351.1).

¹⁶ ATF 120 Ib 112 consid. 4.

quis, de la procédure pénale ouverte dans l'État requérant, de sorte que la qualité de plaignant ou de partie civile dans la procédure pénale étrangère pour les besoins de laquelle l'entraide est demandée ne confère pas, *ipso facto*, la qualité de partie à la procédure d'exécution de la demande d'entraide dans l'État requis, ni, partant, la qualité de partie dans la procédure de recours.¹⁷ Dès lors, la partie lésée dans la procédure pénale étrangère – même s'agissant de l'État requérant lui-même – ne peut en principe être admise en qualité de partie à la procédure d'entraide.¹⁸ Une exception à ce principe se justifie seulement dans la mesure où la sauvegarde des intérêts du lésé l'exige, à condition que n'y fassent pas obstacle des intérêts opposés et prépondérants, comme le rappellent les articles 21 al. 2 et 80b EIMP.¹⁹ Si une victime est directement touchée par une mesure d'entraide en Suisse, par exemple parce qu'elle est convoquée ou entendue comme témoin, elle a qualité pour recourir contre la mesure (article 80h EIMP et article 9a de l'Ordonnance sur l'entraide en matière pénale²⁰).²¹

L'article 74a EIMP prévoit que la Suisse, sur demande de l'autorité étrangère compétente, peut remettre les objets ou valeurs saisis à titre conservatoire au terme de la procédure d'entraide (article 80d), en vue de confiscation ou de restitution à l'ayant droit. Les objets ou valeurs visés comprennent : (a) les instruments ayant servi à commettre l'infraction ; (b) le produit ou le résultat de l'infraction, la valeur de remplacement et l'avantage illicite ; (c) les dons et autres avantages ayant servi ou qui devaient servir à décider ou à récompenser l'auteur de l'infraction, ainsi que la valeur de remplacement.

Les objets ou valeurs peuvent cependant être retenus en Suisse : (a) si le lésé a sa résidence habituelle en Suisse et qu'ils doivent lui être restitués ;²² (b) si une autorité fait valoir des droits sur eux ; (c) si une

¹⁷ ATPF RP.2009.39 du 9 septembre 2009.

¹⁸ *Id.*

¹⁹ ATF 127 II 104 consid. 3d.

²⁰ Ordonnance du 24 février 1982 sur l'entraide internationale en matière pénale (Ordonnance sur l'entraide pénale internationale, OEIMP, RS 351.11).

²¹ Arrêt 1C.166/2009 du 3 juillet 2009 consid. 2.3.3.

²² Par personne lésée, le Tribunal fédéral entend la personne lésée directement par les faits à la base de la procédure pénale à l'étranger ou les personnes

personne étrangère à l'infraction et dont les prétentions ne sont pas garanties par l'État requérant rend vraisemblable qu'elle a acquis de bonne foi en Suisse des droits sur ces objets ou valeurs, ou si, résidant habituellement en Suisse, elle rend vraisemblable qu'elle a acquis de bonne foi des droits sur eux à l'étranger ; ou (d) si les objets ou valeurs sont nécessaires à une procédure pénale pendante en Suisse ou sont susceptibles d'être confisqués en Suisse.

Les prétentions élevées par un ayant droit sur des objets ou valeurs entraînent la suspension de leur remise à l'État requérant jusqu'à droit connu. Les objets ou valeurs litigieux ne sont délivrés à l'ayant droit que : (a) si l'État requérant y consent ; (b) si, dans le cas de l'al. 4 let. b, l'autorité y consent ; ou (c) si le bien-fondé de la prétention est reconnu par une autorité judiciaire suisse.

Cette situation n'est pas sans poser des problèmes au vu du développement du droit international ces dernières années et de certains instruments internationaux auxquels la Suisse est partie.

IV. Le droit international des victimes à un dédommagement dans un contexte transnational

Le droit international des victimes, quoiqu'encore balbutiant, a commencé à se développer à partir des années 1980, que ce soit dans la logique des droits de l'homme,²³ ou sous la pression des organisations de défense de victimes.²⁴

Le premier texte d'importance qui consacre un droit des victimes est le Pacte de l'ONU relatif aux droits civils et politiques (Pac-

destinataires d'un programme d'indemnisation directe à l'étranger (Arrêt IC.166/2009 du 3 juillet 2009 consid. 2.2.2.)

²³ CHERIF BASSIOUNI, *International Recognition of Victims' Rights*, *Human Rights Law Review* 2006, vol. 6, p. 203 ss. Voir aussi CHERIF BASSIOUNI (édit.), *International Protection of Victims*, Nouvelles Études Pénales, Ramonville Saint-Agne 1988.

²⁴ Voir p. ex. l'ONG Redress (<http://www.redress.org>) dont la vocation est essentiellement de faire valoir le droit des victimes, en particulier dans des cas de torture, ou l'ONG suisse TRIAL (<http://www.trial-ch.org>) qui a pour but d'aider les victimes de crimes internationaux.

te ONU II) qui prévoit à son article 2.3, notamment, un droit à un « recours effectif » devant des instances judiciaires, y compris pour permettre une indemnisation pécuniaire.²⁵ Cependant, les obligations des États qui en découlent, par opposition aux obligations des auteurs d'infractions, n'ont initialement été admises que pour les individus qui se trouvent sur le territoire de ces États et relevant de leur compétence.²⁶ Il n'est pas sûr que la Suisse ait des obligations quelconques, y compris au vu de l'article 2.3, pour des violations commises à l'étranger.²⁷

La Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU dans sa Résolution 40/34 du 29 novembre 1985 pour interpréter l'article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme est considérée comme la *Magna Carta* du droit des victimes.²⁸ Elle pose des règles dans les cas où les victimes ont subi une atteinte à leur intégrité physique ou mentale, une souffrance morale, une perte matérielle ou une atteinte grave à leurs droits fondamentaux en raison d'actes ou d'omissions qui enfrei-

²⁵ Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II, RS 0.103.2). Ce droit a été confirmé par diverses décisions du Comité des droits de l'homme : *Rodriguez c. Uruguay*, Communication du 9 août 1994, CCPR/C/51/D/322/1988, par. 14 ; *Bautista c. Colombie*, Communication du 13 novembre 1995, CCPR/C/55/D/563/1993, par. 10. Voir ILARIA BOTTIGLIERO, *Redress for Victims under International Law*, Leiden 2004.

²⁶ MANFRED NOWAK, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, 2^e éd. révisée, Kehl/Strasbourg 2005, p. 43.

²⁷ *Ibid.* NOWAK ne rapporte pas que ce cas de figure ait été envisagé par les États lors de l'adoption du Pacte.

²⁸ L'importance de cette déclaration a notamment été reconnue par un rapport du Secrétariat de l'ONU (E/CN.15/1996/16/add.3). La déclaration a été la base d'un ouvrage destiné aux États voulant mettre en œuvre ces principes, intitulé *Guide for policy makers on the implementation of the United Nations Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power*, disponible à l'adresse électronique : <http://www.uncjin.org/Standards/policy.pdf> (12 juin 2010). Voir aussi JAN J. M. VAN DIJK, *The United Declaration on Crime Victims : Priorities for Policy Makers*, in : CHERIF BASSIOUNI (édit.), *International Protection of Victims*, Nouvelles Études Pénales, Ramonville Saint-Agne 1988, p. 117 ss.

gnent les lois pénales en vigueur dans un État Membre. L'Assemblée générale des Nations Unies a affirmé sans ambiguïté, par cet instrument, le droit des victimes à « l'accès aux instances judiciaires et à une réparation rapide du préjudice qu'elles ont subi ». ²⁹ En particulier, la Résolution prévoit que l'appareil judiciaire des États doit éviter « *les délais inutiles dans le règlement des affaires et dans l'exécution des décisions ou arrêts accordant réparation aux victimes* ». ³⁰ Certes, rien ne permet de dire que cette Résolution s'applique dans le cadre de relations internationales, mais un tribunal audacieux pourrait bien admettre qu'elle ait une telle portée.

D'autres instruments internationaux – conventionnels ceux-là –, tels que la Convention européenne de 1983 relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes, ³¹ prévoient des droits pour les victimes, y compris en termes de dédommagement, de la part de l'auteur de l'infraction ou même dans certains cas de l'État. En matière de droits de l'homme, signalons la Convention internationale de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (article 6), ³² la Convention de 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (article 14), ³³ la Convention relative aux droits de l'enfant (diverses dispositions), ³⁴ la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes

²⁹ Rés. 44/34, par. 4.

³⁰ *Id.*, par. 6 let. e (nous soulignons).

³¹ Convention européenne du 24 novembre 1983 relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes (RS 0.312.5).

³² Convention internationale du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (RS 0.104).

³³ À noter que l'ONU a constitué un Fonds de contributions volontaires pour les victimes de la torture. Le Fonds a été créé par la Résolution 36/151 de l'Assemblée Générale du 16 décembre 1981 pour recevoir des contributions volontaires de gouvernements, d'organisations et de particuliers. Le Fonds apporte une aide financière à des organisations non gouvernementales qui offrent une assistance humanitaire, psychologique, médicale, sociale, juridique et économique aux victimes de la torture, ainsi qu'aux membres de leurs familles.

³⁴ Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (RS 0.107).

contre les disparitions forcées (article 24).³⁵ En droit international humanitaire, on peut également citer la Convention de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (article 3, lequel prévoit exclusivement une responsabilité étatique)³⁶ et le Protocole additionnel I de 1977 aux Conventions de Genève de 1949 (article 91, lequel prévoit exclusivement une responsabilité étatique).³⁷ La Convention de l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE) de 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales³⁸ ne prévoit pas expressément que les victimes aient des droits procéduraux ou en matière de dédommagement, mais les travaux préparatoires et les commentateurs montrent que les États ont bien voulu prévoir, dans la partie « mise en œuvre », que les victimes aient en tout cas le droit de déposer plainte et que leurs plaintes fassent l'objet d'enquêtes.³⁹

En adoptant ces conventions, les États n'ont pas voulu expressément développer un véritable droit des victimes dans un contexte transnational, et un devoir pour les États étrangers aux crimes commis d'octroyer de tels droits. À l'inverse, rien n'empêche les États de prévoir de tels droits pour des victimes de crimes commis à l'étranger.⁴⁰

³⁵ Convention internationale du 20 décembre 2006 pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, dont la Suisse n'est pas signataire.

³⁶ Convention du 18 octobre 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (RS 0.515.112).

³⁷ Protocole additionnel du 8 juin 1977 aux conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I, RS 0.518.521).

³⁸ Convention du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (RS 0.311.21).

³⁹ PETER CULLEN, *Article 5. Enforcement*, in : Mark Pieth/Lucinda A. Low/Peter J. Cullen (édit.), *The OECD Convention on Bribery: A Commentary*, Cambridge 2007, p. 329 ss.

⁴⁰ Sur la question de la « compétence universelle en matière civile » en relation avec la Convention contre la torture, voir MANFRED

L'étape de l'extension des droits des victimes à des États tiers a été franchie pour la première fois par le Conseil économique et social dans sa Résolution 1989/57 de Mise en œuvre de la Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir du 24 mai 1989, recommandant aux États les mesures nécessaires pour donner effet aux dispositions de la Résolution de l'Assemblée générale de 1985 de façon à assurer le respect des droits de la victime. Ainsi, le Conseil économique et social recommande aux États que « toutes les mesures voulues soient prises, aux niveaux national, régional et international pour développer la coopération internationale dans le domaine de la criminalité, afin, notamment, d'assurer que les personnes victimisées *dans un autre État* reçoivent une aide efficace, tant immédiatement après la perpétration du crime ou du délit qu'à leur retour dans leur pays de résidence ou de nationalité, pour la protection de leurs intérêts *et l'obtention d'une réparation ou d'une indemnisation* et de secours, le cas échéant ». ⁴¹

Cette extension trouve son aboutissement dans les Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire (*Principes Van Boven/Bassiouni*), adoptés par l'Assemblée générale le 16 décembre 2005 dans sa Résolution 60/147. ⁴² Ces Principes ont pour origine la Résolution 1989/13, par laquelle la Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des

NOVAK/ELIZABETH MCARTHUR, *The United Nations Convention Against Torture. A Commentary*, Oxford 2008, p. 492–497. Voir aussi STEVEN R. RATNER/JASON S. ABRAMS, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law*, Oxford 1997, p. 204–208.

⁴¹ Résolution 1989/57 du Conseil économique et social de Mise en œuvre de la Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir du 24 mai 1989, par. 4 (nous soulignons).

⁴² Voir également la Résolution 2005/81 de la Commission des droits de l'homme sur l'impunité du 21 avril 2005, ainsi que le *Report of the Independent Expert to Update the Set of Principles to Combat Impunity (Principes Joinet/Orentlicher)*, E/CN.4/2005/102/Add.1 du 8 février 2005.

minorités a chargé un expert d'entreprendre une étude concernant le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

À l'instar de la déclaration de 1985, ces Principes précisent dans le paragraphe VII, « Droit des victimes aux recours », que :

« Les recours contre les violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et les violations graves du droit international humanitaire comprennent le droit de la victime aux garanties suivantes, prévues par le droit international :

- a) Accès effectif à la justice, dans des conditions d'égalité ;
- b) Réparation adéquate, effective et rapide du préjudice subi ;
- c) Accès aux informations utiles concernant les violations et les mécanismes de réparation. »

Mais surtout, le droit à réparation adéquate est ensuite précisé au paragraphe IX, « Réparation du préjudice subi », selon lequel les Principes doivent être interprétés comme suit :

« l'État (...) s'applique à assurer l'exécution des décisions de réparation ayant force de chose jugée prononcées par des juridictions étrangères, conformément à son droit interne et à ses obligations juridiques internationales. À cette fin, les États devraient prévoir, dans leur législation interne, des mécanismes efficaces pour assurer l'exécution des décisions de réparation. » (nous soulignons).

En application de ces principes, les instruments les plus modernes prévoient expressément des droits pour les victimes à faire valoir dans des États tiers, comme dans les cas de la Convention de l'ONU de 2000 contre la criminalité transnationale organisée (article 25)⁴³ et son Protocole additionnel de 2000 visant à prévenir, réprimer et pu-

⁴³ Convention de l'ONU du 15 novembre 2000 contre la criminalité transnationale organisée (Convention de Palerme, RS 0.311.54). Voir JAN J. M. VAN DIJK, *Empowering Victims of Organized Crime: On the Compliance of the Palermo Convention with the UN Declaration on Basic Principles of Justice for Victims*, *Int'l Review of Victimology*, vol. 16, n° 2 2009, p. 15 ss.

nir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants (article 6).⁴⁴ L'internationalisation du droit des victimes a aussi été reconnue par l'UE dans une Décision-cadre du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales.⁴⁵

Mais la manifestation la plus aboutie du droit des victimes est l'adoption du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, lequel prévoit de manière très complète le droit des victimes tant de participer à la procédure que d'obtenir une indemnisation (articles 68 et 75).⁴⁶

Certains instruments récents prévoient aussi expressément que les droits des victimes peuvent être exercés dans le cadre d'une procédure d'entraide. Ainsi, le Protocole facultatif au Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale concernant les fruits des activités criminelles⁴⁷ prévoit à son article 6 l'obligation pour les États d'éviter que l'exécution d'obligations dérivant du Protocole, notamment par rapport à une remise d'avoirs saisis à l'État requérant ou à sa confiscation, ne porte atteinte aux droits des tiers de bonne foi. Les États sont en outre libres d'élargir le champ d'application du Protocole en prévoyant notamment des dispositions relatives à la restitution en faveur des victimes ou au recouvrement de certaines peines pécuniaires.⁴⁸

⁴⁴ Protocole additionnel du 15 novembre 2000 à la Convention de l'ONU contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants (RS 0.311.542).

⁴⁵ JO L 82 du 22.03.2001, p. 1.

⁴⁶ Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998 (Statut de Rome, RS 0.312.1). Les contributions sur ce sujet abondent. Pour une contribution récente en français, voir en particulier HERVÉ ASCENSIO, *Les droits des victimes devant les juridictions pénales internationales*, in : Jean-François Flauss (édit.), *La protection internationale des droits de l'homme et les droits des victimes*, Bruxelles 2009, p. 77 ss.

⁴⁷ Protocole facultatif au Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale concernant les fruits des activités criminelles, adopté par l'Assemblée de l'ONU, A/RES/45/117 du 14 décembre 1990.

⁴⁸ *Id.*, par. 26. Voir aussi ALVARO BORGHI, *Le blocage et la restitution internationale de biens illicitement acquis*, Bâle 2006, p. 25.

La Convention de 1990 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (CBI)⁴⁹ prévoit une obligation de reconnaître, dans le cadre de la procédure d'entraide, les décisions étrangères touchant aux droits revendiqués par des tiers (article 22). La Convention de l'ONU de 2003 contre la corruption (CNUCC)⁵⁰ oblige l'État requis d'une demande d'entraide qui confisque le produit du crime ou autres biens d'envisager d'utiliser les biens confisqués afin de dédommager les victimes de l'infraction (article 57 al. 3 let. c).⁵¹

Il ressort clairement de ces conventions, résolutions et déclarations que le droit des victimes à participer aux procédures pénales et à obtenir réparation est un droit de l'homme important. La tendance moderne est également de permettre aux victimes de crimes de faire valoir leurs droits non seulement dans l'État de la violation – situation souvent illusoire – mais également dans des États tiers, étant rappelé que de nombreuses victimes de graves violations des droits de l'homme se trouvent souvent à l'étranger en tant que réfugiés. Le préambule de la Décision-cadre de 2001 de l'UE, de portée obligatoire pour tous les États de l'UE, a ainsi valeur programmatique : « Il importe de considérer les besoins des victimes et d'y répondre de manière globale et coordonnée, en évitant les solutions parcellaires

⁴⁹ Convention du 8 novembre 1990 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (Convention relative au blanchiment, CBI, RS 0.311.53).

⁵⁰ Convention des Nations Unies contre la corruption (CNUCC, RS 0.311.56).

⁵¹ Cette proposition d'inclure les victimes parmi les bénéficiaires des fonds saisis et confisqués sur la base de la Convention a notamment été faite par la Suisse (Proposition du 5 novembre 2001 d'inclure la formule « States of origin or to other injured parties »). Des pays comme l'Autriche et les Pays-Bas (Proposition commune du 2 novembre 2001), la France (Proposition du 12 novembre 2001), la Colombie (Proposition du 20 novembre 2001), les Philippines (Proposition du 7 décembre 2001), la Turquie (Proposition du 7 décembre 2001) et les États-Unis (Proposition du 3 décembre 2001) ont également soutenu l'idée que les victimes devaient faire partie des bénéficiaires (« to provide for restitution of illicitly acquired assets to the requesting State or to other victims of crimes »).

ou incohérentes qui risquent d'entraîner pour la victime des préjudices secondaires ».

Cet arsenal est singulièrement renforcé, dans le cadre régional européen, par la Convention de Lugano concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale,⁵² qui pourrait s'opposer à une remise d'objets et valeurs sur la base de l'EIMP, et obliger l'État requis de l'entraide d'exécuter des décisions étrangères de réparation. En effet, cette convention prévoit que les décisions rendues dans un État contractant doivent être reconnues en Suisse sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure (article 26). Et les décisions rendues dans un État contractant et qui y sont exécutoires doivent être mises à exécution en Suisse après y avoir été déclarées exécutoires sur requête de toute partie intéressée (article 27). Dès lors, une victime qui disposerait d'une décision, par exemple une *mareva injunction* « *inter parte* » ou, mieux, d'un jugement rendu dans un État contractant lui octroyant des dommages et intérêts suite à un acte pénal devrait pouvoir s'opposer avec succès à la remise d'objets ou valeurs à un État requérant sur la base de la seule EIMP.⁵³ Lorsque l'État requérant, partie à la Convention de Lugano, est également partie à un traité d'entraide avec la Suisse, les règles d'interprétation et d'application du droit international public s'appliquent pour déterminer quel instrument l'emporte.⁵⁴

L'application de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères⁵⁵ à des cas de victimes d'infractions est plus difficile à imaginer mais pas exclue, notamment dans les cas où des tribunaux arbitraux sont établis pour dédommager collectivement des victimes.

⁵² Convention du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Convention de Lugano, CL, RS 0.275.11).

⁵³ Article 1 al. 1 EIMP : « *À moins que des accords internationaux n'en disposent autrement*, la présente loi règle toutes les procédures relatives à la coopération internationale en matière pénale (...) » (nous soulignons).

⁵⁴ Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités (RS 0.111).

⁵⁵ Convention du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York, RS 0.277.12).

V. Le droit des victimes étrangères dans la procédure d'entraide suisse

Le droit suisse de l'entraide prévoit uniquement un droit pour les victimes au dédommagement en Suisse si elles ont leur *résidence habituelle* en Suisse (article 74a EIMP). Cette législation fait en effet peu de cas des victimes résidentes à l'étranger. Or, l'évolution vers l'indemnisation transnationale des victimes ne devrait pas être ignorée de la Suisse. La Suisse doit s'assurer que les personnes victimisées dans un autre État puissent, dans une certaine mesure, participer aux procédures d'entraide en Suisse, voire recevoir dédommagement et réparation pour les torts subis à l'étranger, notamment lorsque des avoirs de criminels se trouvent en Suisse et peuvent être confisqués en Suisse. De même, des décisions de réparation ayant force de chose jugée prononcées par des juridictions étrangères doivent pouvoir être exécutées en Suisse sur le produit saisi et confisqué. À défaut, l'entraide devrait être refusée, suspendue ou pour le moins conditionnée au respect de ce droit.

L'article 74a EIMP n'est que potestatif, à savoir qu'il n'oblige pas la Suisse à remettre les avoirs requis, sauf à considérer un traité bilatéral ou multilatéral auquel la Suisse serait partie.⁵⁶ Nous estimons dès lors que la pratique suisse de la remise d'avoirs à l'étranger devrait tenir compte non seulement des besoins des victimes résidant en Suisse mais également de celles résidant à l'étranger.

Le P-LRAI, actuellement en discussion au Parlement, ne fait aucun cas des victimes. Il n'exclut la confiscation et l'utilisation des valeurs patrimoniales confisquées pour le financement de programmes d'« intérêts publics » que dans un seul cas : lorsque des titulaires de

⁵⁶ Selon MAURICE HARARI, *Remise internationale d'objets et valeurs : réflexions à l'occasion de la modification de l'EIMP*, in : Christian-Nils Robert/Bernhard Sträuli (édit.), *Procédure pénale, droit pénal international, entraide pénale : Études en l'honneur de Dominique Poncet*, Genève 1997, p. 167 ss, p. 186 s, le système du « double mécanisme potestatif » des alinéas 1 et 4 de l'article 74a EIMP vise à donner aux autorités suisses compétentes la flexibilité nécessaire pour décider dans chaque cas et en fonction de toutes les circonstances de la remise ou non des objets ou valeurs réclamés.

droits réels sur les valeurs saisies en Suisse peuvent se manifester. On peut imaginer que les banques, au bénéfice de droits de rétention sur les fortunes sous gestion, seront les principales bénéficiaires de cette condition, mais certainement pas les victimes des infractions concernées par l'entraide.

Or, plusieurs conventions nous paraissent particulièrement importantes dans le cadre d'application prévu du P-LRAI :

- la Convention de Palerme qui prévoit des droits pour des tiers dans les procédures de confiscation, y compris lorsqu'elles ont lieu dans un État tiers à l'État de commission de l'infraction ;⁵⁷
- la CNUCC qui oblige l'État requis d'une demande d'entraide qui confisque le produit du crime ou autres biens d'envisager d'utiliser les biens confisqués afin de dédommager les victimes de l'infraction, alternativement de restituer les fonds confisqués à l'État requis ou à leur légitime propriétaire (article 57 al. 3 let. c).⁵⁸ La CNUCC ne prévoit pas, à son article 57 al. 3 let. c, la possibilité pour l'État de saisie de confisquer et de disposer des fonds selon sa propre appréciation,⁵⁹ comme le prévoit le P-LRAI. Une telle confiscation qui interviendrait au détriment des droits des victimes ou des légitimes propriétaires violerait dès lors la Convention ;
- la Convention relative au blanchiment qui prévoit une obligation de reconnaître, dans le cadre de la procédure d'entraide, les déci-

⁵⁷ On relève en effet que selon la jurisprudence *Abacha* du Tribunal fédéral, maintenant consolidée par sa jurisprudence *Duvalier* (Arrêt 1C.374/2009 du 12 janvier 2010 consid. 6.5), les gouvernements des États dits « faillis » entrent dans la catégorie des « organisations criminelles », soit précisément les sujets visés par la Convention de Palerme.

⁵⁸ Selon le Message relatif à la loi fédérale sur la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées (MCF sur la loi sur la restitution des avoirs illicites), FF 2010 2995, cette loi aurait pour objet précisément de lutter contre la corruption des États visés. Voir Annexe II du présent ouvrage.

⁵⁹ Voir UNODC/UNICRI, *Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention Against Corruption*, New York 2006, N. 769.

- sions étrangères touchant aux droits revendiqués par des tiers (article 22) ;
- la Convention de Lugano qui permet l'exécution dans l'État requis de décisions européennes de dédommagement et de saisie conservatoire.

VI. Conclusion

Les réflexions qui précèdent illustrent à quel point le droit pénal international, ou plus précisément transnational, se développe et interfère dans les systèmes nationaux, lesquels ont parfois de la peine à mettre en œuvre des principes pourtant adoptés en toute connaissance de cause dans le cadre de conférences internationales ou lors de la conclusions de traités. L'étude du système suisse de l'entraide force à admettre que la place des victimes dans la procédure d'entraide suisse reste celle qui prévalait au moment de l'adoption de l'EIMP en 1981. Or, le droit international des victimes d'infractions pénales a beaucoup évolué depuis lors, pour tenir compte, de plus en plus, de la place des victimes au niveau transnational, y compris dans des États tiers de ceux de l'infraction, voire dans les États requis d'une mesure d'entraide. Malheureusement, il faut craindre que le législateur, voire les tribunaux, n'aient pas suivi l'évolution – certes assez rapide – du droit des victimes sur la scène internationale. Cependant, l'article 74a EIMP permet une interprétation souple, en conformité de cette évolution et il faut espérer que les victimes trouveront mieux leur place dorénavant dans le cadre de procédures d'entraide suisse. À l'inverse, le P-LRAI qui est proposée au Parlement procède d'une logique purement interétatique et politique, sans que ces droits soient respectés, voire même est contraire à diverses conventions ratifiées par la Suisse.

**État de droit
et
confiscation internationale**

édité par

SANDRINE GIROUD

ALVARO BORGHI

Editions interuniversitaires suisses – Edis

2010

Table des matières

<i>Liste des auteurs</i>	XI
SANDRINE GIROUD	
<i>État de droit et confiscation internationale : Quels enjeux pour l'État helvétique ?</i>	1
BERNARD BERTOSSA	
<i>Confiscation internationale et indépendance de la justice</i>	19
LAURENT MOREILLON / ALAIN MACALUSO / MIRIAM MAZOU	
<i>La remise internationale de fonds spoliés à l'épreuve des droits fondamentaux : Aspects de droit international et de droit régional, perspectives critiques en droit suisse</i>	39
ALVARO BORGHI	
<i>Le blocage de biens à titre de sanction internationale : Mesure conservatoire ou confiscatoire ?</i>	89
ENRICO MONFRINI / YVES KLEIN	
<i>L'État requérant lésé par l'organisation criminelle : L'exemple des cas Abacha et Duvalier</i>	111
MARC HENZELIN	
<i>Le dédommagement des victimes étrangères dans le cadre d'une procédure suisse d'entraide internationale en matière pénale v. la restitution des avoirs à l'étranger</i>	147
MARK PIETH / MARNIE DANNACHER	
<i>Confiscation pénale ou administrative ?</i>	167
ROBERT ZIMMERMANN	
<i>Questions procédurales liées à la confiscation internationale</i>	185
ÉTIENNE GRISEL	
<i>Vers une loi fédérale « sur la restitution des avoirs illicites » ?</i>	209

Annexe I	
<i>Projet de loi fédérale sur la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées</i>	221
Annexe II	
<i>Message du Conseil fédéral relatif à la loi fédérale sur la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées</i>	225
Annexe III	
<i>Résumé des cas les plus récents de restitution de valeurs patrimoniales d'origine illicite</i>	263
Annexe IV	
<i>Chronologie du blocage des avoirs Mobutu en Suisse (1997-2009)</i>	267
Annexe V	
<i>Chronologie du blocage des avoirs Duvalier en Suisse (1997-2009)</i>	269