

§ 9 Le droit des victimes de potentats à obtenir réparation : progrès et lacunes de la LVP

Sandrine Giroud

Bibliographie

BANTEKAS ILLIAS, Corruption as an International Crime and Crime Against Humanity: An Outline of Supplementary Criminal Justice Policies, *Journal of International Criminal Justice* 4 (2006) 466 ss; BASSIOUNI M. CHERIF, International Recognition of Victims' Rights, *Human Rights Law Review* 6 (2006) 203 ss; BIANCHI FLAVIA/HEIMGARTNER STEFAN, Die Rückerstattung von Potentatengeldern, *PJA* 2012 353 ss; BLOOM BEN, Criminalizing Kleptocracy? The ICC as a Viable Tool in the Fight Against Grand Corruption, *American University International Law Review* 29 (2014) 627 ss; BOERSMA MARTINE, Corruption: A Violation of Human Rights and a Crime Under International Law?, Cambridge 2012; BORGHI ALVARO, Le blocage et la restitution internationale de biens illicitement acquis, Lausanne 2006; BORGHI MARCO/MEYER-BISCH PATRICE (éd.), La corruption : l'envers des droits de l'homme, Fribourg 1995; CASSANI URSULA, La confiscation de l'argent des « potentats » : à qui incombe la preuve?, *SJ* 2009 II 229 ss; CARRANZA RUBEN, Plunder and Pain: Should Transitional Justice Engage with Corruption and Economic Crimes?, *International Journal of Transitional Justice* 2 (2008) 310 ss; CHABLAIS ALAIN, La nouvelle loi sur les valeurs patrimoniales d'origine illicite, *Jusletter* 11 janvier 2016; CONTRERAS-GARDUÑO DIANA, Defining Beneficiaries of Collective Reparations: The experience of the IACtHR, *Amsterdam Law Forum* 3/2012 40 ss; DANIELI YAEL, Massive Trauma and the Healing Role of Reparative Justice, in: Ferstman/Goetz/Stephens (éd.), *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity*, Leiden/Boston 2009, 41 ss; EBOE-OSUJI CHILE, Kleptocracy: A Desired Subject of International Criminal Law That is in Dire Need of Prosecution by Universal Jurisdiction, in: Ankumah/Kwakwa (éd.), *African Perspectives on International Criminal Justice*, Accra/Maastricht/Pretoria 2005, 121 ss; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI CARLOS, *International Law of Victims*, Berlin/Heidelberg 2012; FIGUEIREDO ANDRÉ T. D., Corruption and Human Rights: Beyond the Link, Oisterwijk 2017; GATHII JAMES T., Defining the Relationship between Human Rights and Corruption, *University of Pennsylvania Journal of International Law* 31 (2009) 125 ss; GIROUD SANDRINE, État de droit et confiscation internationale : Quels enjeux pour l'État helvétique?, in: Giroud/Borghi (éd.), *État de droit et confiscation internationale*, Genève/Lugano/Bruxelles 2010, 1 ss; GIROUD-ROTH SANDRINE/MOREILLON LAURENT, Restitution spontanée de fonds bloqués à des États défaillants : les cas *Duvalier* et *Mobutu*, *PJA* 2009 275 ss; HENNEBEL LUDOVIC, La Convention américaine des droits de l'homme, in: Hertig Randall/Hottelier (éd.), *Introduction aux droits de l'homme*, Zurich/Bâle/Genève 2014, 524 ss; HENZELIN MARC, 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, in: Giroud/Borghi (éd.), *État de droit et confiscation internationale*, Genève/Lugano/Bruxelles 2010, 147 ss; HOUÉDJISSIN ARNAUD M., Les victimes devant les juridictions pénales internationales, th., Grenoble 2011; JEANNERET YVAN/KUHN ANDRÉ, *Précis de procédure pénale*, 2^e éd., Berne 2018; MESSICK RICHARD E., Human Rights Law and Victim-Centered Remedies for Kleptocracy, Paper prepared for the Centre for Civil and Political Rights Conference 'Improving the Human Rights Dimension of the Fight against Corruption', Genève 2018, disponible à l'adresse http://ccprcentre.org/files/media/Conference_paper_Messick_final.pdf (1.11.2019); MEYER FRANK, Das neue Bundesgesetz über die Sperrung und die Rückerstattung unrechtmässig erworbener Vermögenswerte ausländischer politisch exponierter Personen (SRVG), *RPS* 2016 291 ss; MONFRINI ENRICO/KLEIN YVES, L'État requérant lésé par l'organisation criminelle : L'exemple des cas *Abacha* et *Duvalier*, in: Giroud/Borghi (éd.), *État de droit et confiscation internationale*, Genève/Lugano/Bruxelles 2010, 111 ss; MOREILLON LAURENT/NICOLET YVES, La créance compensatrice, *RPS* 2017 416 ss; MUMUNI ADETOKUNBO, *Litigating Corruption in International Human Rights Tribunals: SERAP before the ECOWAS Court*, New York 2016; OLANIYAN KOLAWOLE, *Corruption and Human Rights Law in Africa*, Oxford/Portland 2014; PAVLIDIS GEORGIOS, *Confiscation internationale: instruments internationaux, droit de l'Union européenne, droit suisse*, Zurich/Bâle/Genève 2012; PIETH MARK/DANNACHER MARNIE, Confiscation pénale ou administrative?, in: Giroud/Borghi (éd.), *État de droit et confiscation internationale*, Genève/Lugano/Bruxelles 2010, 167 ss; ROSENFELD FRIEDRICH, Collective reparation for victims of armed conflict, *International Review*

of the Red Cross 92 (2010) 731 ss; SHELTON DINAH, Remedies in International Human Rights Law, 3^e éd., Oxford 2015; STARR SONJA, Extraordinary Crimes at Ordinary Times: International Justice Beyond Crisis Situations, Northwestern University Law Review 101 (2007) 1257 ss; SULZER JEANNE, Le statut des victimes dans la justice pénale internationale émergente, Archives de politique criminelle 2006 29 ss; VAN BOVEN THEO, Victims' Rights to a Remedy and Reparation: The New United Nations Principles and Guidelines, in: Ferstman/Goetz/Stephens (éd.), Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity, Leiden/Boston 2009, 19 ss; VAN DIJK JAN J. M., Empowering Victims of Organized Crime: On the Concurrence of the Palermo Convention with the UN Declaration on Basic Principles of Justice for Victims, International Review of Victimology 9 (2002) 15 ss; VISCHER FRANK, Der ausländische Staat als Kläger: Überlegungen zum Fall Duvalier v. Haiti, IPRAx 1991 209 ss; ZIMMERMANN ROBERT, Les rapports entre l'entraide judiciaire internationale et la procédure pénale nationale, SJ 2018 II 1 ss (cité: Rapports); ZIMMERMANN ROBERT, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5^e éd., Berne 2019 (cité: Coopération).

On tue un homme, on est un assassin.
On tue des millions d'hommes, on est un conquérant.
On les tue tous, on est un dieu.

Jean Rostand

9.1 Introduction

- 938 Avec près de USD 2 milliards restitués par la Suisse à des États spoliés ces trente dernières années¹⁸⁶⁴, les avoirs de potentats ont été et demeurent l'objet d'une attention médiatique, politique et législative soutenue¹⁸⁶⁵. Il en va cependant autrement des victimes de potentats qui ont généralement été omises – si ce n'est carrément exclues – des mécanismes de réparation. La présente contribution se propose ainsi d'examiner les droits des victimes de potentats, d'éclairer les manquements de la législation actuelle et de suggérer des pistes de réflexion afin que ces victimes soient pleinement reconnues dans leurs droits.
- 939 À des fins de clarté, précisons tout d'abord qu'on qualifie communément de « potentat » une personne disposant d'un pouvoir important en raison de sa richesse et qui en use de façon despotique¹⁸⁶⁶. Dans le contexte du recouvrement d'avoirs spoliés¹⁸⁶⁷, ce terme vise plus singulièrement « les dirigeants étrangers qui abusent de leur pouvoir pour s'approprier des valeurs patrimoniales par des actes de corruption ou d'autres crimes et les détourner ensuite vers des places financières étrangères »¹⁸⁶⁸. Pris dans ce sens, le terme « potentat » se confond avec celui, plus péjoratif, de « kleptocrate ».

1864 DFAE, La restitution d'avoirs illicites, disponible à l'adresse <https://www.eda.admin.ch/eda/fr/dfae/politique-exterieure/droit-international-public/unrechtmaessig-erworbene-gelder.html> (1.11.2019).

1865 Pour un historique général, voir BORGHI; BIANCHI/HEIMGARTNER; GIROUD.

1866 Larousse, Potentat.

1867 Selon le DFAE, on parle d'« avoirs de potentats », « lorsque des personnes politiquement exposées (PPE) à l'étranger ou leurs proches s'enrichissent de manière illicite en s'appropriant des valeurs patrimoniales par des actes de corruption et d'autres crimes et en les détournant vers une place financière en dehors du pays concerné »; voir DFAE, Avoirs illicites de personnes politiquement exposées, disponible à l'adresse <https://www.eda.admin.ch/eda/fr/dfae/politique-exterieure/secteur-financier-economie-nationale/avoirs-illicites-ppe.html> (1.11.2019).

1868 Message LVP, 5126.

La « kleptocratie » désigne, elle, un système politique dans lequel une ou des personnes à la tête d'un pays pratiquent, pour leur propre bénéfice, la corruption et la spoliation de biens publics de manière institutionnalisée. Outre le préjudice économique qu'il porte à l'État, ce type de régime est presque invariablement caractérisé par des violations généralisées des droits de l'homme, telles que violations du droit à un procès équitable, expropriations, arrestations arbitraires, disparitions forcées, exécutions sommaires, menaces, traite des êtres humains, travail des enfants, violations des droits des populations indigènes, quand il n'est pas la cause directe de conflits armés. 940

Les cas de Ferdinand Marcos (Philippines), Jean-Claude Duvalier (Haïti) et Mobutu Sese Seko (République démocratique du Congo) en sont emblématiques. Premier potentat contre lequel la Suisse s'est mobilisée, Ferdinand Marcos, président des Philippines de 1965 à sa destitution en 1986, imposa la loi martiale à son pays pendant de nombreuses années marquées par des violations massives des droits de l'homme et des actes de corruption, dont le produit à hauteur de centaines de millions de dollars se retrouva sur des comptes bancaires en Suisse¹⁸⁶⁹. Pour sa part, Jean-Claude Duvalier, alias « Baby Doc », resta au pouvoir jusqu'en 1986 après avoir succédé à son père à la tête de l'État haïtien en 1971. Sous sa présidence, Haïti fut le lieu de nombreux crimes et violations des droits de l'homme (notamment arrestations arbitraires, torture, disparitions forcées, exécutions extrajudiciaires) ainsi que de détournements massifs de biens publics estimés à près de USD 120 millions, dont CHF 6 millions furent retrouvés en Suisse¹⁸⁷⁰. Quant à Mobutu Sese Seko, président de la République démocratique du Congo de 1965 à 1997, il instaura un régime fondé sur la corruption et des violations massives des droits de l'homme¹⁸⁷¹. Selon certaines estimations¹⁸⁷², lui et son clan auraient détourné plusieurs milliards de dollars, dont près de CHF 8 millions à destination de la Suisse. 941

Plus récemment, à la suite des révoltes du Printemps arabe, les cas de Zine El Abidine Ben Ali (Tunisie) et d'Hosni Moubarak (Égypte) ont malheureusement rappelé que la problématique des avoirs de potentats en Suisse demeurerait d'actualité. Ces ex-dirigeants ainsi que les personnes ou entités leur étant liées auraient ainsi entreposé en Suisse près de CHF 60 millions dans le cas tunisien et entre CHF 570 et 700 millions pour l'Égypte¹⁸⁷³, alors que leurs régimes sont notoires pour leur corruption et leur bilan extrêmement noir en matière de droits de l'homme¹⁸⁷⁴. 942

1869 BORGHI, 137.

1870 Pour une description de l'affaire *Duvalier*, voir GIROUD-ROTH/MOREILLON, 276.

1871 Pour une description de l'affaire *Mobutu*, voir GIROUD-ROTH/MOREILLON, 276 s.

1872 Voir Les Échos, Mobutu, un président en fuite à la fortune mythique, 20.5.1997.

1873 CE, Communiqué, Le Conseil fédéral prolonge le blocage des fonds à l'encontre de plusieurs personnes provenant de Tunisie, d'Égypte et d'Ukraine, 9.12.2016.

1874 Pour la Tunisie, voir not. Tribune de Genève, Les victimes de Ben Ali se débattent avec la justice, 24.7.2018; Avocats Sans Frontières, Les violations des droits de l'homme en Tunisie de la période prérévolutionnaire à juin 2012, septembre 2012, disponible à l'adresse <https://asf.be/wp-content/uploads/2012/11/ASF_TUN_ProjetArchives_Rapport201211.pdf> (1.11.2019); Trial International, Détention arbitraire et torture d'Abdennacer Naït-Liman en avril 1992, 12.2.2016, disponible à l'adresse <<https://trialinternational.org/fr/latest-post/detention-arbitraire-et-torture-dabdennacer-naït-liman-en-avril-1992>> (1.11.2019). Pour l'Égypte, voir The Economist, No Paradise, 15.6.2010, et les différents rapports d'Amnesty International mentionnés.

- 943 Au vu des risques réputationnels que ces cas ont fait peser sur l'image de la Suisse et de sa place financière, la confiscation des avoirs de potentats est devenue un des axes importants de la politique étrangère suisse depuis la fin des années 1980¹⁸⁷⁵. L'arsenal juridique reposait initialement essentiellement sur le régime de l'entraide judiciaire fondé sur l'EIMP et de lutte contre le blanchiment d'argent prévu par la LBA¹⁸⁷⁶. Afin de le renforcer, le législateur suisse s'est doté de l'aLRAI en 2011 qu'il a remplacée par la LVP, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2016, dans le but notamment d'éviter des cas tels que celui des fonds Mobutu qui ont dû être retournés aux héritiers de l'ex-dictateur, du fait du manque de volonté de la part du gouvernement congolais d'agir en vue de leur récupération et de l'absence de base légale prévue par le droit suisse pour pouvoir les confisquer¹⁸⁷⁷.
- 944 Toutefois, malgré les progrès réalisés, en particulier grâce à la LVP, les victimes de potentats restent en marge du processus de confiscation et de restitution des avoirs spoliés. Ce processus est principalement interétatique et exclut les prétentions privées, sauf à de rares exceptions qui, comme nous le verrons, elles-mêmes interpellent. La confiscation des avoirs de potentats et leur utilisation pour réparer le dommage causé à leurs victimes sont pourtant essentielles à la lutte contre la corruption et contre les violations des droits de l'homme. Du point de vue sociétal, la justice faite aux victimes favorise la paix et la réconciliation et permet que le crime ne profite pas ; du point de vue humain, la reconnaissance d'une personne dans le tort qui lui a été fait et dans sa réparation sont indispensables à sa reconstruction¹⁸⁷⁸. L'échec récent des procédures de confiscation des avoirs égyptiens liés au régime Moubarak¹⁸⁷⁹ ou l'incapacité totale de l'État libyen d'agir en vue de la récupération des fonds spoliés par le régime Kadhafi¹⁸⁸⁰ relèvent l'importance de poursuivre les efforts entrepris dans la lutte contre l'impunité des potentats, en recentrant notamment la réflexion sur leurs victimes, les droits de celles-ci ainsi que le rôle qu'elles pourraient jouer dans le processus de confiscation des avoirs de potentats.
- 945 Pour ce faire, nous examinerons tout d'abord la définition de victime¹⁸⁸¹, qui s'est notablement cristallisée ces dernières décennies grâce à l'évolution du droit inter-

1875 Message LVP, 5127. Voir ég. la jurisprudence fédérale qui souligne que « la sauvegarde des intérêts de la Suisse exige le blocage de fonds appartenant à des potentats dans l'optique de les restituer à leur pays d'origine » (TAF, 7.4.2017, B-2682/2015, c. 3.2.1 ; TAF, 3.10.2017, B-330/2014 ; ATF 141 I 20, c. 5.1) ainsi que la jurisprudence fédérale relative à l'EIMP qui relève « l'intérêt essentiel de la Suisse, au sens de l'art. 1a EIMP, de ne pas servir de refuge aux montants considérables détournés illégalement par les représentants de régimes dictatoriaux » (ATF 131 II 169, c. 6 ; ATF 123 II 595, c. 5a).

1876 Voir généralement BORGHI.

1877 CF, Communiqué, La Suisse contrainte de débloquer les avoirs Mobutu, 16.7.2009. Voir ég. Swissinfo, L'argent de Mobutu dans les poches de ses héritiers, 29.7.2009, disponible à l'adresse <<https://www.swissinfo.ch/fre/l-argent-de-mobutu-dans-les-poches-de-ses-heritiers/7526238>> (1.11.2019).

1878 DANIELI, 41 ss.

1879 Public Eye, Communiqué, La restitution des fonds Moubarak dans une impasse, 25.10.2017, disponible à l'adresse <https://www.publiceye.ch/fr/medias/communiquede-presse/la_restitution_des_fonds_moubarak_dans_une_impasse> (1.11.2019).

1880 Voir La Cité, L'argent suisse du clan Kadhafi remonte à la surface, 23.9.2015. Voir ég. TPF, 9.1.2015, RR.2014.244.

1881 La présente contribution se limite aux individus victimes. Pour une analyse de l'État en tant que victime, voir not. VISCHER, 209 ss ; MONFRINI/KLEIN, 111.

national (9.2), avant de considérer les droits que le droit international confère à la qualité de victime (9.3). Ces bases posées, nous analyserons plus particulièrement la place faite aux victimes de potentats d'abord en droit international (9.4), puis en droit suisse (9.5), d'une part, sous l'angle pénal et de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale et, d'autre part, sous l'angle de la LVP et des progrès apportés par cette loi. Enfin, nous identifierons les lacunes de la LVP dans la perspective des victimes de potentats, afin d'offrir des pistes de réflexion au législateur pour pallier les manquements du régime actuel (9.6).

9.2 La définition de victime

La définition et la place de la victime au sein du processus judiciaire varient selon la procédure, le temps et le lieu. L'émergence des droits de l'homme et du droit international pénal ont toutefois donné un nouvel ancrage aux victimes et aux droits qui leur reviennent¹⁸⁸². 946

L'Assemblée générale des Nations Unies a consacré la notion de victime en se fondant essentiellement sur les principaux instruments de protection des droits de l'homme. Elle a notamment adopté en 1985 la Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoirs¹⁸⁸³, qui qualifie de victimes « 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 Membre, y compris celles qui proscrivent les abus criminels de pouvoir » (Principe 1)¹⁸⁸⁴. Dans les situations d'abus de pouvoir, la notion de victime est élargie aux personnes faisant face aux actes et omissions décrits ci-dessus qui ne constituent pas encore une violation de la législation pénale nationale mais représentent déjà des violations des droits de l'homme (Principe 18). En outre, 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 humanitaire¹⁸⁸⁵, adoptés en 2005 par l'Assemblée générale des Nations Unies, établissent une série de règles plus protectrices qui reprennent, pour l'essen- 947

1882 Pour un bref historique, voir BASSIOUNI, 206 ss. Concernant le statut des victimes dans la justice pénale internationale, voir SULZER, 29 ss.

1883 Nations Unies, Assemblée générale, Rés. 40/34, Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoirs, 29.11.1985, A/RES/40/34 (cité : Principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes). Pour une présentation générale, voir VAN BOVEN, 19 ss.

1884 Sont également considérées victimes la famille proche ou les personnes à la charge de la victime directe et les personnes qui ont subi un préjudice en intervenant pour venir en aide aux victimes en détresse ou pour empêcher la victimisation (Principe 2). Au niveau européen, la première partie de cette définition a été reprise à l'art. 1 let. a de la Décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales (JOCE L 82, 22.3.2001, 1), remplacée par la Directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité (JO L 315, 14.11.2012, 57).

1885 Nations Unies, Assemblée générale, Rés. 60/147, Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit inter-

tiel, cette même définition de victime. Ces principes, pris dans leur ensemble, sont aujourd'hui considérés comme la *Magna Carta* du droit des victimes¹⁸⁸⁶.

- 948 L'ordre juridique suisse n'est cependant pas aussi généreux et limite le champ des personnes pouvant prétendre aux droits qui sont associés à la qualité de victime. La LAVI définit ainsi une victime comme « toute personne qui a subi, du fait d'une infraction, une atteinte directe à son intégrité physique, psychique ou sexuelle »¹⁸⁸⁷, excluant par là même la perte matérielle et l'atteinte grave à certains droits fondamentaux. Le CPP, bien qu'il entende par lésé toute personne dont les droits ont été touchés directement par une infraction, restreint la notion de victime à celle prévue par la LAVI¹⁸⁸⁸. Quant à l'EIMP, elle ne mentionne pas la notion de victime et la victime des infractions fondant l'entraide judiciaire internationale n'est en principe pas partie à la procédure d'entraide suisse¹⁸⁸⁹. De nature administrative, la procédure d'entraide met en effet en jeu les relations d'État à État et ne constitue pas le simple prolongement, sur le territoire de l'État requis, de la procédure pénale ouverte dans l'État requérant¹⁸⁹⁰. Selon l'art. 21 al. 3 EIMP, la personne visée par la procédure pénale étrangère ne peut ainsi attaquer une décision que « si elle est personnellement et directement touchée par une mesure d'entraide et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée ». L'art. 21 al. 2 EIMP prévoit par ailleurs que le lésé qui assiste à des investigations peut se faire assister par un mandataire, si la sauvegarde de ses intérêts l'exige, et se faire représenter par lui, si l'objet de l'enquête n'est pas compromis. Enfin, la LVP – tout comme avant elle l'aLRAI – ne contient aucune référence à la notion de victime ou de lésé.

9.3 Les droits des victimes en droit international

- 949 Les Principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes entérinent des droits protégés par l'ordre juridique international¹⁸⁹¹. Ils consacrent notamment le droit d'accéder aux instances judiciaires (Principes 4 à 7) ainsi que le droit d'obtenir réparation du préjudice subi (Principes 8 à 11)¹⁸⁹², tous deux essentiels à la reconnaissance des victimes.

national des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, 16.12.2005, A/RES/60/147 (cité : Principes fondamentaux recours et réparation).

1886 HENZELIN, 155.

1887 Art. 1 LAVI.

1888 Art. 115 CPP.

1889 TPF 2009 60 ; TPF 2009 157 ; ZIMMERMANN, Coopération, N 282, 290 et 336.

1890 ATF 127 II 104, c. 3d.

1891 Pour une présentation générale des sources internationales des droits des victimes, voir not. BASSIOUNI, 211 ss.

1892 Suite à l'adoption de ces principes, le Conseil économique et social a publié en 1996 le résultat d'un sondage auprès de gouvernements : sur les 44 États ayant répondu, 38 prévoyaient de manière obligatoire que les victimes devaient être en mesure de demander réparation et tous obligeaient les responsables des infractions à fournir une réparation appropriée aux victimes. La réparation impliquait la restitution des biens, le versement d'une indemnité pour le préjudice ou la perte subis ainsi que le remboursement des dépenses occasionnées par la victimisation (Nations Unies, Commission pour la prévention du crime et la justice pénale, Rapport du Secrétaire général relatif aux règles et normes des Nations Unies dans le domaine de la prévention du crime et de la justice pénale, Additif concernant l'utilisation et l'application des

S'agissant du droit d'accès à la justice, ces principes précisent que les États doivent notamment établir et renforcer les mécanismes judiciaires permettant aux victimes d'obtenir réparation au moyen de procédures rapides, équitables, peu coûteuses et accessibles (Principes 4 et 5)¹⁸⁹³. Afin que ces droits ne restent pas lettre morte, les victimes doivent être informées des droits qui leur sont reconnus pour chercher à obtenir réparation par ces moyens (Principes 5 et 6). 950

L'accès à la justice ne doit pas demeurer stérile mais doit mener à des obligations à charge des responsables de réparer équitablement le préjudice causé aux victimes, à leur famille ou aux personnes à leur charge, notamment par la restitution des biens, une indemnité pour le préjudice ou les pertes subis, le remboursement des dépenses engagées en raison de la victimisation et le rétablissement des droits (Principe 8)¹⁸⁹⁴. Lorsque des fonctionnaires ou d'autres personnes agissant à titre (quasi) officiel ont commis une infraction pénale, les victimes doivent recevoir restitution de l'État dont relèvent les fonctionnaires ou les agents responsables des préjudices subis (Principe 11). Les Principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes recommandent également aux États de prévoir des réparations pour les victimes d'abus de pouvoir, notamment la restitution et l'indemnisation (Principe 19). En cas de violations graves des droits de l'homme, ces principes enjoignent aux États d'enquêter et de prendre des mesures contre les personnes responsables, le cas échéant de les traduire en justice et de les sanctionner, recourant à ces fins à la coopération et à l'entraide judiciaire internationales¹⁸⁹⁵. L'Ensemble de principes pour la protection et la promotion des droits 951

Principes fondamentaux de justice relatifs à la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir, 10.4.1996, E/CN.15/1996/16/Add.3, par. 10, 25 et 26). Voir ég. SHELTON, 13 ss ; VAN BOVEN, 22 ss.

1893 Afin d'assister les États dans la concrétisation de ces droits, l'ONU DC a notamment publié les documents suivants : 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, New York 1999 ; Handbook on Justice for Victims on the Use and Application of the Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power, New York 1999 ; Victims and Witnesses, Criminal Justice Assessment Toolkit, New York 2006, disponible à l'adresse <<https://www.unodc.org/unodc/en/justice-and-prison-reform/Criminal-Justice-Toolkit.html>> (1.11.2019).

1894 S'il n'est pas possible d'obtenir une indemnisation complète auprès du délinquant ou d'autres sources, les États doivent s'efforcer d'assurer une indemnisation financière (Principe 12). Il faut, dans ce cas, encourager l'établissement, le renforcement et l'expansion de fonds nationaux d'indemnisation des victimes. Selon que de besoin, il convient également d'établir d'autres fonds en indemnisation, notamment dans les cas où l'État dont la victime est ressortissante n'est pas en mesure de la dédommager (Principe 13).

1895 Titres I-III, V et VII-X Principes fondamentaux recours et réparation. Ces obligations sont concrétisées de plus en plus largement dans la jurisprudence relative aux principaux instruments des droits de l'homme. Voir not. à cet égard Nations Unies, Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 31 : La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte, 29.3.2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, par. 15 et 18 ss ; Nations Unies, Assemblée générale, Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition, 14.10.2014, A/69/518, qui traite de la question du droit à réparation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire. Voir ég. VAN BOVEN, 22 ss ; BASSIOUNI, 258 ss et les nombreuses réf. citées.

de l'homme par la lutte contre l'impunité¹⁸⁹⁶, actualisé en 2005, participe de manière complémentaire à la mise en œuvre d'un droit d'accès à la justice et à réparation.

- 952 Les droits des victimes d'accéder à la justice et d'obtenir réparation se retrouvent également, en tout ou partie, dans les dispositions de nombreux instruments internationaux des droits de l'homme et du droit international humanitaire¹⁸⁹⁷, dont l'art. 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme¹⁸⁹⁸, les art. 2 par. 3 et 14 du Pacte ONU II¹⁸⁹⁹, l'art. 6 de la Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale¹⁹⁰⁰, les art. 13, 14 et 22 de la Convention des Nations Unies contre la torture, les art. 12 et 24 de la Convention des Nations Unies pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées¹⁹⁰¹, l'art. 3 de la Convention de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre¹⁹⁰² ou encore l'art. 91 du Protocole I aux Conventions de Genève¹⁹⁰³. Ces droits sont également consacrés par des instruments régionaux tels que la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (art. 7)¹⁹⁰⁴, la Convention américaine relative aux droits de l'homme (art. 25)¹⁹⁰⁵ et la CEDH (art. 13). Le droit d'accès à la justice et à réparation sont en outre prévus par le Statut de la CPI (art. 68 et 75)¹⁹⁰⁶ ainsi que par des conven-

1896 Nations Unies, Conseil économique et social, Rapport de l'experte indépendante chargée de mettre à jour l'Ensemble de principes pour la lutte contre l'impunité, 8.2.2005, E/CN.4/2005/102/Add.1, approuvé par Nations Unies, Commission des droits de l'homme, Rés. 2005/81, 21.4.2005, E/CN.4/RES/2005/81.

1897 Pour une liste plus exhaustive des instruments en question et de nombreuses réf. à la jurisprudence topique, voir not. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, 155 ss et 177 ss; BASSIOUNI, 260 ss. Pour les fondements juridiques du droit d'accéder aux instances judiciaires et d'obtenir réparation du préjudice fondé sur le droit international de la responsabilité étatique ainsi que le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite de la Commission du droit international de 2001, voir VAN BOVEN, 25 ss; BASSIOUNI, 211 ss.

1898 Nations Unies, Assemblée générale, Rés. 217 (III) A, 10.12.1948, A/RES/217 (III).

1899 Le Comité des droits de l'homme relève que « [s]il n'est pas accordé réparation aux personnes dont les droits reconnus par le Pacte ont été violés, l'obligation d'offrir un recours utile, qui conditionne l'efficacité du paragraphe 3 de l'article 2, n'est pas remplie » (Nations Unies, Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 31 : La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte, 29.3.2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, par. 16; voir ég. par. 15 au sujet du droit d'accès à la justice).

1900 Convention internationale du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (RS 0.104).

1901 Convention internationale du 20 décembre 2006 pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (RS 0.103.3).

1902 Convention du 18 octobre 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (RS 0.515.112). L'art. 3 prévoit toutefois exclusivement une responsabilité étatique.

1903 Protocole additionnel du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (RS 0.518.521). L'art. 91 prévoit toutefois exclusivement une responsabilité étatique.

1904 OUA, Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, 27.6.1981, CAB/LEG/67/3/Rev.5.

1905 OEA, Convention américaine relative aux droits de l'homme (« Pacte de San José du Costa Rica »), 22.11.1969, Série des traités de l'OEA (S.T.O.E.A.) n° 36. Quant aux modalités avancées du droit à réparation dans le régime interaméricain, voir not. HENNEBEL, 540 ss.

1906 Cet instrument prévoit en outre le blocage et la confiscation des avoirs des personnes condamnées en tant que criminels internationaux. Voir not. à cet égard les art. 75, 77 par. 2 let. b, 93 par. 1 let. k et 109 Statut de la CPI, ainsi que les Règles 85 et 94-99 du Règlement de procédure et de preuve de la CPI (ICC-ASP/1/3 et Corr.1). Pour la mise en œuvre concrète des dispositions en matière de réparation, voir not. CPI (Chambre d'appel), 3.3.2015, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment on the appeals against the "Decision establishing the prin-

tions plus sectorielles, telles que la Convention des Nations Unies contre la corruption (art. 35 et 57 par. 3 let. c), la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (art. 25)¹⁹⁰⁷ et son Protocole additionnel visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes (art. 6 par. 1, 2 et 6)¹⁹⁰⁸, ou encore la Convention européenne relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes¹⁹⁰⁹, parmi d'autres¹⁹¹⁰.

La ratification de la majorité des instruments internationaux qui précèdent ainsi que le consensus largement partagé concernant le droit des victimes d'accéder à la justice et d'obtenir réparation confèrent aujourd'hui à ces droits un caractère coutumier¹⁹¹¹; ils devraient dès lors s'imposer à tout État, sans égard à la ratification des instruments pertinents. 953

L'affaire *Naït-Liman*¹⁹¹² a toutefois nuancé cette conclusion, relevant la difficulté de la mise en pratique des droits des victimes du fait notamment des réticences des États à considérer une compétence universelle en faveur des victimes. Réfugié en Suisse après avoir été torturé en Tunisie, Abdennacer Naït-Liman déposa par-devant les tribunaux civils de son pays d'accueil – et de naturalisation – une demande de réparation contre son tortionnaire. Le TF ayant confirmé le refus des précédentes instances d'établir leur compétence sur la base du for de nécessité de l'art. 3 LDIP¹⁹¹³, Abdennacer Naït-Liman se plaignit à la CourEDH d'une violation par la Suisse de l'art. 6 par. 1 CEDH. La Deuxième Section de la CourEDH ayant rejeté sa requête par quatre voix contre trois¹⁹¹⁴, l'affaire fut portée devant la Grande Chambre. Après avoir dressé un pano- 954

inciples and procedures to be applied to reparations” of 7 August 2012 with AMENDED order for reparations (Annex A) and public annexes 1 and 2, ICC-01/04-01/06-3129; CPI (Chambre de première instance II), 21.11.2016, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Order approving the proposed plan of the Trust Fund for Victims in relation to symbolic collective reparations, ICC-01/04-01/06-3251. Voir ég. de manière générale BASSIOUNI, 243 ss.

1907 Voir ég. VAN DIJK, 17 ss et 21 ss.

1908 Protocole additionnel du 15 novembre 2000 à la Convention des Nations Unies 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). Voir ég. VAN DIJK, 19 ss.

1909 Convention européenne du 24 novembre 1983 relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes (RS 0.312.5).

1910 On peut également citer la Convention civile du Conseil de l'Europe du 4 novembre 1999 sur la corruption (STE 174), qui permet aux personnes physiques ou morales ayant subi un dommage du fait d'actes de corruption d'obtenir réparation de l'intégralité du préjudice (art. 3). Cette Convention n'a toutefois pas été adoptée par la Suisse.

1911 BASSIOUNI, 206 ss et 211 ss; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, 120 ss; SHELTON, 32 ss; HOUÉDJISSIN, 256 ss; VAN BOVEN, 26 ss, qui se montre toutefois prudent quant à la nature coutumière du droit à des prétentions individuelles en réparation. Quant aux obligations plus avancées des Principes fondamentaux recours et réparation, VAN BOVEN constate leur forte valeur normative et considère que de bons arguments peuvent déjà être avancés pour soutenir leur nature coutumière (VAN BOVEN, 27 ss).

1912 CourEDH (Grande Chambre), 15.3.2018, *Naït-Liman c. Suisse*, 51357/07.

1913 Le TF avait en particulier considéré que le for de nécessité invoqué sur la base de l'art. 3 LDIP supposait la réunion de trois conditions cumulatives : « premièrement, les autorités suisses ne sont pas compétentes en vertu d'une autre disposition, deuxièmement, une action à l'étranger est impossible ou ne peut être raisonnablement exigée et troisièmement, la cause présente un lien suffisant avec la Suisse » et avait conclu qu'en l'espèce ces conditions n'étaient pas remplies (TF, 22.5.2007, 4C.379/2006, c. 3.3).

1914 CourEDH, 21.6.2016, *Naït-Liman c. Suisse*, 51357/07.

rama étendu du droit et de la pratique internationaux concernant le droit à réparation pour les victimes de torture et procédé à un examen de droit comparé, celle-ci a considéré qu'il n'existait pas, en l'état, de compétence universelle en matière civile pour des actes de torture, voire pour d'autres actes criminels ou délictuels¹⁹¹⁵. En dépit de la nature incontestée de *jus cogens* de la prohibition de la torture en droit international, il n'existe ainsi pas d'obligation pour un État autre que celui où les actes de torture ont été commis d'admettre une compétence civile pour entendre les prétentions en réparation de la victime des actes de torture¹⁹¹⁶. S'agissant de l'existence d'un for de nécessité, la Grande Chambre a noté que, dans tous les États reconnaissant ce concept, son application est toujours subordonnée à deux conditions cumulatives : (i) l'impossibilité de fait ou de droit de porter le litige devant les juridictions d'un autre État et (ii) l'existence au moins d'une certaine proximité (ou à tout le moins de certains liens de rattachement) du litige avec l'État du for saisi¹⁹¹⁷. La Grande Chambre a toutefois relevé que la question de la compétence universelle des juridictions civiles devait être distinguée de la possibilité de se constituer partie civile dans une procédure pénale engagée devant les juridictions pénales sur la base du principe de la compétence universelle en matière pénale¹⁹¹⁸. Examinant le cas d'espèce, la Grande Chambre a rejeté le recours d'Abdennacer Naït-Liman, par quinze voix contre deux, considérant que la Suisse n'avait pas violé le droit d'accès à un tribunal au sens de l'art. 6 CEDH par son refus d'établir sa compétence sur le for de nécessité. Elle a toutefois souligné que : « cette conclusion ne met pas en cause le large consensus dans la communauté internationale sur l'existence d'un droit des victimes d'actes de torture à une réparation appropriée et effective, ni le fait que les États sont encouragés à donner effet à ce droit en dotant leurs juridictions de la compétence pour connaître de telles demandes de réparation, y compris quand elles résultent de faits commis en dehors de leurs frontières géographiques. À ce titre, il convient de saluer les efforts des États tendant à rendre le plus effectif possible l'accès à un tribunal en vue d'obtenir réparation pour des actes de torture »¹⁹¹⁹.

9.4 La qualification de victimes de potentats en droit international

- 955 Le droit international ne criminalise pas la « kleptocratie » en tant que telle, ni le fait d'être un potentat. Les agissements qui en découlent relèvent toutefois de différentes infractions prévues tant en droit national qu'en droit international, voire transnational, telles que la corruption, l'escroquerie, la gestion déloyale aggravée, la gestion déloyale des intérêts publics, l'abus de confiance, le vol, le blanchiment d'argent ou la participation à une organisation criminelle, pour n'en citer que quelques-unes.

1915 À l'exception des Pays-Bas et des États-Unis concernant les actes de torture (CourEDH (Grande Chambre), *Naït-Liman*, par. 69 et 74) et du Canada concernant les actes terroristes (par. 73).

1916 CourEDH (Grande Chambre), *Naït-Liman*, par. 129.

1917 CourEDH (Grande Chambre), *Naït-Liman*, par. 88.

1918 CourEDH (Grande Chambre), *Naït-Liman*, par. 79.

1919 CourEDH (Grande Chambre), *Naït-Liman*, par. 218.

Par ailleurs, au-delà de la composante patrimoniale de ces comportements, la doctrine¹⁹²⁰, de même que les tribunaux¹⁹²¹, s'intéressent de manière croissante au lien entre les crimes de sang les plus graves (crimes contre l'humanité, crimes de guerre, torture, etc.) et les crimes d'argent résultant d'une activité criminelle systématique aux plus hauts échelons du pouvoir. Le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les droits de l'homme a ainsi souligné l'impact de la corruption sur les droits prévus par les Pactes ONU I et II¹⁹²². Le Comité consultatif du Conseil des droits de l'homme a également établi un rapport¹⁹²³ mettant en évidence l'impact généralisé de la corruption sur la jouissance des droits de l'homme, parmi lesquels il faut mentionner les droits économiques et sociaux, tels que le droit au travail, le droit à l'alimentation, le droit au logement, le droit à la santé, le droit à l'éducation ou le droit aux services publics, le droit au développement, le principe de la non-discrimination, ainsi que les droits civils et politiques, tels que le droit à un procès équitable ou le droit de participer à la vie publique¹⁹²⁴. Outre les dommages infligés à la société, ce rapport souligne les « effets négatifs d'ordre individuel » qui résultent d'une violation directe ou indirecte des droits de l'homme d'une personne touchée par un acte de corruption¹⁹²⁵. Notant les limites du droit pénal et du droit privé dans la lutte contre la corruption, le rapport relève qu'« [u]ne approche fondée sur les droits de l'homme des effets de la corruption peut apporter une dimension supplémentaire qui place les victimes au centre de la lutte contre la corruption en mettant en lumière les conséquences défavorables de celle-ci pour la personne touchée, pour les groupes de personnes qui en pâtissent généralement (soit dans bien des cas les groupes marginalisés) et pour la société tout entière »¹⁹²⁶.

Certains auteurs¹⁹²⁷ vont jusqu'à considérer que la « grande corruption » puisse constituer un crime contre l'humanité, voire d'« autres actes inhumains de caractère

1920 Voir not. BORGHINI/MEYER-BISCH, 1 ss ; GATHII, 125 ss ; BOERSMA, 1 ss ; OLANIYAN, 1 ss ; PIETH/DANNACHER, 171.

1921 Affaire *Marcos* et la procédure initiée par des victimes de violations des droits de l'homme à Hawaii (*In Re Estate of Marcos Human Rights Litigation*, 910 F. Supp. 1460 (D. Haw. 1995), 30.11.1995) ; affaire des *Biens mal acquis* initiée en France par des victimes de potentats africains et reprise par des associations françaises, dont le descriptif est disponible à l'adresse <<https://www.asso-sherpa.org/detournement-de-fonds-publics-corruption-et-blanchiment-dargent>> (1.11.2019).

1922 Voir en particulier Nations Unies, Haut-Commissariat pour les droits de l'homme, Corruption and Human Rights, disponible à l'adresse <<https://www.ohchr.org/EN/Issues/CorruptionAndHR/Pages/CorruptionAndHRIndex.aspx>> (1.11.2019). Voir ég. MESSICK, 1 ss ; FIGUEIREDO, 1 ss.

1923 Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, Rapport final sur la question des effets négatifs de la corruption sur la jouissance des droits de l'homme, 5.1.2015, A/HRC/28/73 (cité : Rapport effets négatifs de la corruption).

1924 Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, Rapport effets négatifs de la corruption, par. 17-18. Pour une analyse judiciaire du lien entre la corruption et le droit à l'éducation, voir not. CJ CEDEAO, 30.11.2010, *SERAP c. Nigeria*, ECW/CCJ/JUD/07/10, par. 16-20 et 28. Quant au contexte et aux suites de cette affaire, voir not. MUMUNI, 1 ss et 7 s.

1925 Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, Rapport effets négatifs de la corruption, par. 20.

1926 Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, Rapport effets négatifs de la corruption, par. 27. Voir ég. MESSICK, 3.

1927 BANTEKAS, 474 ss ; STARR, 1301 ; CARRANZA, 328 ; EBOE-OSUJI, 130 ; BLOOM, 627 ss ; African Legal Aid, Cairo Arusha Principles on Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offenses: An African Perspective, 21.10.2002, Principe 4, disponible à l'adresse <<https://www.>

analogue [au crime contre l'humanité] causant intentionnellement de grandes souffrances » au sens de l'art. 7 par. 1 let. k du Statut de la CPI.

- 958 Il s'ensuit qu'à la lumière des Principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes, des Principes fondamentaux recours et réparation, ainsi que des développements précités, chaque personne ayant été violentée par un potentat (par exemple par contrainte, menace, détention illégale, exécution sommaire, disparition forcée), pour permettre à ce dernier de mettre la main sur les deniers publics, de même que chaque personne souffrant des conséquences du pillage des deniers publics commis par ce potentat, devrait en principe revêtir la qualité de victime au sens du droit international et bénéficier des droits qui en découlent. Comme on le verra ci-après, la reconnaissance de cette qualité et la mise en œuvre de ces droits en droit national reste toutefois un défi.

9.5 Les victimes de potentats en droit suisse

- 959 Le droit suisse ne prévoit pas de place particulière pour les victimes de potentats. Le droit pénal et celui de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale les soumettent au régime légal ordinaire, qui a toutefois fait l'objet d'une évolution jurisprudentielle (9.5.1). Quant à la LVP, elle prévoit, certes, un système de restitution favorisant indirectement les victimes, mais elle ignore, en tout cas partiellement, leurs droits particuliers tels que prévus par le droit international (9.5.2).

9.5.1 Les victimes de potentats en droit pénal et en droit de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale

- 960 En Suisse, les victimes de potentats n'ont droit à la restitution des avoirs confisqués que dans le cadre prévu par le CP et l'EIMP.
- 961 S'agissant de la remise des avoirs confisqués, le droit pénal suisse prévoit un système en cascade avec en priorité, lorsque les valeurs patrimoniales résultant de l'infraction sont toujours disponibles, la restitution au lésé du produit de l'infraction dont il a été victime en rétablissement de ses droits (art. 70 al. 1 *in fine* CP), subsidiairement la confiscation de ces valeurs patrimoniales avec possibilité d'allocation au lésé (art. 70 et 73 CP), et enfin, lorsque les valeurs patrimoniales ne sont plus disponibles, le prononcé d'une créance compensatrice qui peut également être allouée au lésé (art. 71 et 73 CP)¹⁹²⁸. Selon l'art. 70 CP qui régit la confiscation, l'infraction doit être la cause essentielle de l'obtention des valeurs patrimoniales que l'on entend confisquer. Le lien de causalité doit être tel que l'obtention des valeurs patrimoniales apparaît comme la conséquence directe et immédiate de l'infraction¹⁹²⁹. En outre, selon le principe de spécialité, seules les valeurs patrimoniales qui sont le résultat direct de l'infraction, ou

africalegalaid.com/download/policy_document/Policy_Document.pdf (1.11.2019), qui requiert que les actes de pillage et d'appropriation illégitime de ressources publiques soient soumis à la juridiction universelle. Voir ég. Organisation mondiale des parlementaires contre la corruption (GOPAC), Prosecuting Grand Corruption as an International Crime, 2013, disponible à l'adresse <http://gopacnetwork.org/Docs/DiscussionPaper_ProsecutingGrandCorruption_EN.pdf> (1.11.2019).

1928 Voir supra § 5.1.

1929 CR CP I-HIRSIG-VOUILLOZ, art. 70 N 9; CASSANI, 231 ss. Voir ég. supra N 305 ss.

leurs valeurs de remplacement, peuvent être confisquées en vertu de l'art. 70 CP¹⁹³⁰. La créance compensatrice modère la rigidité du régime de la confiscation puisqu'elle n'exige pas de lien de connexité strict entre l'infraction et les avoirs visés par la créance compensatrice, étendant ainsi le champ de la réparation offerte aux victimes¹⁹³¹.

La remise en vue de confiscation ou de restitution dans le cadre de l'entraide judiciaire internationale prévue par l'art. 74a EIMP requiert également l'existence d'un lien de connexité entre l'infraction commise et les objets ou valeurs saisis¹⁹³², l'infraction devant être en principe la cause essentielle et adéquate des valeurs et objets saisis. L'application de l'art. 74a EIMP à la créance compensatrice est, par contre, en principe exclue¹⁹³³. 962

Dans ce contexte, pour être reconnues dans leur droit à réparation, les victimes de potentats font face à plusieurs obstacles. Dans le cadre d'une procédure pénale nationale, elles doivent, d'une part, démontrer leur qualité de lésé au sens du droit pénal suisse (notamment le fait qu'elles ont été directement lésées par le potentat dans un bien juridiquement protégé qui les englobe) et, d'autre part, établir leurs droits sur les avoirs résultant de l'infraction au sens des art. 70 ss CP (restitution ou allocation). Sur ce dernier point, il s'agit notamment de relier les avoirs spoliés aux infractions de masse commises par les potentats non seulement contre les deniers publics, et donc indirectement contre les citoyens de l'État spolié, mais aussi directement contre ceux-ci par les violations graves des droits de l'homme perpétrées par un potentat pour se maintenir au pouvoir. Dans sa jurisprudence concernant les potentats, le TF a toutefois, pour l'instant, adopté une approche conservatrice s'agissant du lien entre crimes patrimoniaux et crimes de sang. Il a ainsi refusé d'établir un lien de causalité directe entre l'enrichissement de Jean-Claude Duvalier et les violations graves des droits de l'homme dont il était responsable, telles que crimes contre l'humanité, assassinats et atteintes à l'intégrité corporelle¹⁹³⁴. 963

S'agissant de l'entraide judiciaire internationale, les obstacles deviennent en principe insurmontables puisque, comme relevé précédemment¹⁹³⁵, les victimes ne peuvent y faire valoir aucun droit, même si elles sont reconnues comme lésées dans la procédure étrangère (si tant est qu'il y en ait une). Dans l'affaire *Marcos*, le TF avait pourtant laissée ouverte la possibilité pour des victimes de violations des droits de l'homme commises par Ferdinand Marcos et son régime de prétendre à une indemnisation perçue sur les fonds à remettre à l'État philippin¹⁹³⁶. Il avait également souligné la nécessité d'interpréter l'art. 74a EIMP au regard (i) des principes sous-jacents à l'EIMP, dont le respect des droits de l'homme ancré à l'art. 2 EIMP, ainsi que (ii) des obligations internationales de la Suisse, incluant en particulier la garantie des droits prévus par le Pacte ONU II et la Convention des Nations Unies contre la torture, dont le droit à un procès équitable et le droit à obtenir réparation. Dans la mesure où l'État requérant n'est pas à même de mettre en œuvre ces droits, la Suisse devrait ainsi en tenir compte, notamment en conditionnant l'entraide à des engagements spécifiques de l'État requérant, comme 964

1930 ATF 136 IV 4, c. 6.6 ; CR CP I-HIRSIG-VOUILLOZ, art. 70 N 16.

1931 Voir supra N 535 ss.

1932 ATF 136 IV 4, c. 6.6 ; ZIMMERMANN, *Coopération*, N 336. Voir ég. supra N 358 s., 368 et 370 ss.

1933 ATF 133 IV 215, c. 2.2.1. Voir ég. MOREILLON/NICOLET, 437.

1934 ATF 136 IV 4, c. 6.6. Voir ég. PIETH/DANNACHER, 171 s.

1935 Voir supra N 944.

1936 ATF 123 II 595, c. 7c.

permis par l'art. 80p EIMP. Le TF a cependant souligné que, même si sur la base de ses obligations internationales l'État philippin était tenu à réparation à l'égard des victimes, l'entraide requise devait lui permettre de pouvoir décider du sort des avoirs considérés, rappelant ainsi la souveraineté de l'État requérant sur les avoirs sujets à remise.

- 965 Plus tard, le TF a repoussé davantage les limites des concepts pénaux existants, en qualifiant le régime et l'entourage de l'ancien président nigérian Sani Abacha¹⁹³⁷ d'organisation criminelle au sens de l'art. 260^{ter} CP¹⁹³⁸. Le TF a ainsi considéré que la structure mise en place par Sani Abacha avait pour but de détourner, à des fins privées, des fonds provenant de la Banque centrale du Nigeria ainsi que le profit d'opérations de corruption. Il a, sur cette base, déclaré que l'art. 74a EIMP devait être interprété à la lumière de l'art. 72 CP relatif à la confiscation de valeurs patrimoniales d'une organisation criminelle, qui prévoit la présomption de l'origine illicite des fonds et le renversement du fardeau de la preuve à charge du prétendu propriétaire¹⁹³⁹. Le TF a également appliqué la notion d'organisation criminelle au cas *Duvalier*¹⁹⁴⁰ et, plus récemment, au cas *Ben Ali*, en se référant au rapport de la police judiciaire selon lequel le clan de l'ex-président tunisien s'était « caractérisé en particulier par une corruption massive, le népotisme, l'évasion fiscale et l'expropriation forcée »¹⁹⁴¹. Ce développement jurisprudentiel prend plus justement la mesure des aspects criminels de la kleptocratie et relève le caractère organisé de la spoliation. L'organisation criminelle est une infraction qui porte atteinte à la paix publique (Titre 12 CP) qui est un bien juridique collectif. Lorsque la norme protège un bien juridique individuel, la qualité de lésé appartient au titulaire de ce bien. Lorsque l'infraction protège un intérêt collectif, les particuliers ne sont considérés comme des lésés que si leurs intérêts privés ont été effectivement touchés par les actes en cause, de sorte que l'atteinte subie apparaît comme la conséquence directe de l'acte dénoncé¹⁹⁴². Or, comme nous l'avons déjà relevé, l'organisation de spoliation mise en place par un potentat, pour exister et se maintenir, est presque toujours intrinsèquement liée à des violations des droits des citoyens de l'État spolié. Reconnaître ce lien est toutefois un pas que le TF n'a pas franchi, excluant par là même les victimes de potentats des personnes lésées par l'infraction d'organisation criminelle¹⁹⁴³.
- 966 Il résulte du cadre juridique exposé qu'en droit suisse une victime de potentat n'a aucun droit – hormis celui de dénoncer¹⁹⁴⁴ les infractions qu'elle invoque à l'encontre d'un potentat – sauf à démontrer un lien direct entre les infractions considérées et le dommage qu'elle a subi – en principe rejeté par la jurisprudence *Duvalier* – ou à se prévaloir de la jurisprudence *Marcos* dans les limites de la souveraineté de l'État spolié.

1937 ATF 131 II 169, c. 9.1. Pour une critique de cette jurisprudence, voir PIETH/DANNACHER, 176.

1938 Il s'agit d'une entité stable d'au moins trois personnes « qui tient sa structure et son effectif secrets et qui poursuit le but de commettre des actes de violence criminels ou de se procurer des revenus par des moyens criminels » (Message modification CP 1993, 290).

1939 ATF 131 II 169, c. 9.1.

1940 ATF 136 IV 4, c. 6.5 ; TPE, 12.8.2009, RR.2009.94.

1941 TPE, 26.7.2018, BB.2018.86, c. 4 s.

1942 JEANNERET/KUHN, N 7016.

1943 En comparaison, le TF a considéré que celui qui a été lésé par l'infraction préalable (*Vortat*) d'un acte de blanchiment selon l'art. 305^{bis} CP est également lésé par le blanchiment lui-même, concurremment à la protection des intérêts de la justice (ATF 129 IV 322, SJ 1998 646).

1944 L'art. 301 CPP fonde le droit de chacun de dénoncer des infractions à une autorité de poursuite pénale. Le dénonciateur n'est toutefois considéré ni comme lésé ni comme partie plaignante et ne jouit d'aucun droit en procédure.

En comparaison, le droit français permet à des associations, ayant comme but social la lutte contre la corruption, de pouvoir initier des procédures pénales contre des potentats, tel qu'illustré par l'affaire des *Biens mal acquis*¹⁹⁴⁵. Cette procédure, initiée en 2007, puis après un premier classement, relancée en 2008 par les ONG Sherpa et Transparency International ainsi qu'un ressortissant gabonais, visait plusieurs chefs d'État africains, dont le gabonais Omar Bongo Ondimba (décédé en 2009)¹⁹⁴⁶, le congolais Denis Sassou Nguesso¹⁹⁴⁷ et l'équato-guinéen Teodorin Obiang¹⁹⁴⁸. Ces derniers étaient accusés d'avoir amassé en France une fortune avec de l'argent public détourné. Bien que l'intérêt à agir du ressortissant gabonais ait été dénié, la plainte des deux ONG a été déclarée recevable en 2010 donnant lieu à différentes saisies, dont l'hôtel particulier de Teodorin Obiang estimé entre EUR 100 à 150 millions, puis à un jugement de condamnation à trois ans de prison avec sursis, à une amende de EUR 30 millions et à la confiscation intégrale des biens saisis sur le territoire français au profit de l'État français. Même si le droit français ne prévoit pas un droit d'action direct pour les victimes de potentats, la possibilité qu'il offre à certaines associations d'agir contre des potentats permet de remédier au défaut de volonté de l'État spolié, respectivement à celui de l'État dans lequel les avoirs spoliés se trouvent, ce que le droit suisse ne permet pas en l'état actuel. 967

Relevons que la Suisse s'est également saisie de la question des avoirs de Teodorin Obiang, le Ministère public de Genève ayant ouvert une procédure pour blanchiment d'argent et gestion déloyale des intérêts publics le 31 octobre 2016¹⁹⁴⁹. Celle-ci a été classée par ordonnance du 7 février 2019¹⁹⁵⁰ suite à un accord entre la Guinée équatoriale et les autorités de poursuite, à charge pour le régime de Teodoro Obiang et de son fils Teodorin de verser CHF 1,3 million à l'État de Genève à titre de frais de séquestre, afin de récupérer le yacht *Ebony Shine* d'une valeur estimée à plus de CHF 100 millions. La Guinée équatoriale a par ailleurs accepté que les vingt-cinq véhicules séquestrés dans le cadre de la procédure, ainsi qu'une montre de haute valeur, soient vendus et que le produit de leur vente soit affecté à un « programme à caractère social sur le territoire de la Guinée équatoriale » mis en œuvre de manière transparente et efficace par une entité internationale ayant les compétences nécessaires au suivi du programme, conformément à un accord international négocié par la Confédération suisse représentée par le DFAE. 968

1945 Voir l'historique disponible à l'adresse <<https://transparency-france.org/aider-victimes-de-corrupcion/biens-mal-acquis>> (1.11.2019).

1946 Voir le descriptif disponible à l'adresse <<https://www.asso-sherpa.org/bma-gabon>> (1.11.2019).

1947 Voir le descriptif disponible à l'adresse <<https://www.asso-sherpa.org/bma-congo-brazzaville>> (1.11.2019).

1948 Voir le descriptif disponible à l'adresse <<https://www.asso-sherpa.org/detournement-de-fonds-publics-corrupcion-et-blanchiment-dargent>> (1.11.2019).

1949 TF, 10.1.2018, 1B_384/2017.

1950 MP GE, ordonnance de classement, 7.2.2019, P/20342/2016, rendue en application essentielle-ment de l'art. 53 CP qui prévoyait, dans son ancienne teneur, que l'autorité renonçait à la poursuite, au renvoi devant le juge ou à une peine, si l'auteur avait réparé le dommage ou accompli tous les efforts que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui pour compenser le tort causé. Les conditions d'application de cette disposition ont été durcies au 1^{er} juillet 2019 et requièrent dorénavant que l'auteur encourt une peine privative de liberté d'un an au plus et qu'il ait admis les faits (LF du 14 décembre 2018 modifiant la disposition sur la réparation ; RO 2019 1809).

9.5.2 Les victimes de potentats dans la LVP

- 969 La LVP a pour objet le blocage, la confiscation et la restitution de valeurs patrimoniales de potentats « lorsqu'il y a lieu de supposer que ces valeurs ont été acquises par des actes de corruption ou de gestion déloyale ou par d'autres crimes »¹⁹⁵¹. Comme l'indique le Message LVP, la liste des crimes à l'origine des valeurs soumises à la LVP n'est pas exhaustive et est susceptible d'englober tous les crimes au sens du droit suisse, dans la mesure où ils ont permis à un potentat d'acquérir des valeurs patrimoniales¹⁹⁵², ce qui inclut en principe, outre les crimes patrimoniaux, les crimes contre la vie ou l'intégrité corporelle, voire les crimes contre l'humanité.
- 970 Cette loi novatrice permet, d'une part, de sécuriser des avoirs de potentats dont on présume l'origine illicite en les bloquant dans l'attente d'une requête d'entraide judiciaire internationale¹⁹⁵³ et, d'autre part, de pallier l'échec d'une procédure d'entraide judiciaire par le blocage des avoirs en vue de leur confiscation¹⁹⁵⁴ par le biais d'une procédure administrative spécifique¹⁹⁵⁵. Toutefois, le dernier mot revient au Conseil fédéral qui, dans le cadre du pouvoir d'appréciation que lui attribue la loi, peut décider ou refuser d'agir si la sauvegarde des intérêts de la Suisse l'exige¹⁹⁵⁶.
- 971 La LVP ne comporte aucune disposition spécifique aux victimes de potentats. Celles-ci sont toutefois indirectement concernées par l'art. 16 LVP, qui exclut les prétentions de tiers, sauf circonstances particulières, de même que par l'art. 17 LVP, qui règle la restitution des valeurs patrimoniales confisquées.

9.5.2.1 L'exclusion du droit à réparation des victimes par la LVP

- 972 L'art. 16 LVP règle le droit des tiers dans le cadre de la procédure de confiscation prévue par la LVP et exclut la confiscation de valeurs patrimoniales si : « a) une autorité suisse fait valoir des droits sur elles ; b) une personne qui n'est pas proche de la personne politiquement exposée a acquis de bonne foi des droits réels sur elles : (1) en Suisse ; (2) à l'étranger si ces droits font l'objet d'une décision judiciaire susceptible d'être reconnue en Suisse ».
- 973 Cette disposition correspond à l'art. 7 aLRAI que la LVP a repris intégralement. Elle s'inspire directement de l'art. 74a al. 4 let. b et c EIMP¹⁹⁵⁷. Les termes mêmes de cette disposition (« droits sur ces objets ou valeurs ») font ressortir qu'il s'agit de droits réels ; les simples droits personnels sur les valeurs bloquées (par exemple découlant d'un bail, d'un prêt, d'un mandat ou encore d'une créance) ne bénéficient pas d'une telle protection¹⁹⁵⁸. Le TAF a retenu que les principes qui prévalent en matière d'entraide pénale internationale, dont s'inspire l'art. 16 let. b LVP, doivent également être appliqués aux gels d'avoirs prononcés en vertu de l'art. 3 LVP¹⁹⁵⁹.

1951 Art. 1 LVP.

1952 Message LVP, 5146.

1953 Art. 3 LVP.

1954 Art. 4 LVP.

1955 Art. 14 LVP.

1956 Art. 3 al. 2 let. d, art. 4 al. 2 let. c, art. 4 al. 3 et art. 14 LVP.

1957 Message LVP, 5183.

1958 CHABLAIS, N 68 s., qui détaille les raisons de cette approche restrictive. Voir ég. Message LVP, 5183 s. ; TAF, 7.4.2017, B-2682/2015, c. 4.1 ; TF, 3.7.2009, 1C_166/2009, c. 2.3.4 ; PAVLIDIS, 284.

1959 TAF, 7.4.2017, B-2682/2015, c. 4.1. Voir dans le même sens MEYER, 305.

Le blocage n'est ainsi exclu en raison des droits préférentiels d'un tiers que dans l'hypothèse où ce dernier, qui ne saurait être un proche de la PPE à l'étranger, (i) est de bonne foi et (ii) dispose sur les valeurs patrimoniales d'un droit réel (droit de propriété ou droit de gage). S'agissant de la bonne foi, le juge suisse n'a pas à déterminer si l'acquéreur était effectivement de bonne foi comme le ferait le juge civil saisi du fond. Le concept renvoie à la notion pénale de la bonne foi, qui suppose que la personne ait acquis le bien dans l'ignorance des faits qui justifient sa confiscation¹⁹⁶⁰. Les banques au bénéfice de droits de gage sur les papiers valeurs, créances et autres éléments de patrimoine détenus auprès d'elles dans le cadre de l'octroi de crédits peuvent ainsi bénéficier de cette disposition, dans la mesure où elles sont de bonne foi. Le Message LRAI cite également les intérêts prioritaires d'un garagiste au paiement des frais encourus pour l'entreposage d'une voiture soumise à confiscation¹⁹⁶¹. L'art. 16 LVP ne protège toutefois pas les droits individuels à la réparation des préjudices subis par les victimes des régimes dictatoriaux¹⁹⁶². 974

Les blocages fondés sur la LVP sont par ailleurs prioritaires sur d'éventuels séquestres relevant de la législation sur la poursuite pour dettes et faillite¹⁹⁶³. Selon l'art. 44 LP, la réalisation d'objets confisqués, en vertu des lois fédérales ou cantonales en matière pénale ou fiscale ou en vertu de la LVP, s'opère en conformité avec ces lois. Cette réserve en faveur de la LVP, déjà introduite par l'aLRAI, crée un droit de préférence en faveur de l'État lors de l'exécution de la décision de confiscation et permet d'écarter d'éventuelles prétentions fondées sur la LP qui affecteraient les biens confisqués. Le but est d'éviter que des créanciers, qui n'ont pas pu participer à la procédure de confiscation prévue à l'art. 16 let. b LVP, ne fassent obstacle à l'exécution du jugement de confiscation en s'appuyant sur les dispositions de la LP, par exemple par le biais d'un séquestre civil suivi d'une procédure de poursuite¹⁹⁶⁴. 975

9.5.2.2 La prise en compte des victimes dans le processus de restitution LVP

Le processus de restitution prévu par la LVP dépasse la simple restitution à l'État requérant. En effet, selon les art. 17 et 18 LVP, la restitution s'effectue par le financement de programmes d'intérêt public¹⁹⁶⁵, dont le but doit être l'amélioration des conditions de vie de la population d'origine ou le renforcement de l'état de droit dans l'État d'origine, de sorte à contribuer à la lutte contre l'impunité¹⁹⁶⁶. 976

1960 TPF, 9.7.2007, RR.2007.26, c. 5.3.

1961 Message LRAI, 3022.

1962 Message LVP, 5183.

1963 ATF 131 III 652, c. 3, jurisprudence transposable à la LVP, citée *in* CHABLAIS, N 46. Voir ég. PIETH/DANNACHER, 178, qui mentionnent les séquestres civils obtenus contre les avoirs de dictateurs en vue de l'indemnisation de certaines victimes. Les autorités de recours ont considéré que les séquestres prononcés dans les procédures pénales ou d'entraide judiciaire internationale primaient, dès lors que les fonds en cause ne pouvaient servir à indemniser que quelques personnes privées (TPF, 7.4.2009, RR.2009.91, c. 2.2.3, confirmé par TF, 3.7.2009, 1C_166/2009, c. 2.3.4).

1964 Dans l'affaire *Duvalier*, le séquestre LP obtenu par deux victimes haïtiennes sur la base d'un jugement fut ainsi écarté de par la primauté de l'aLRAI ; voir HENZELIN, 148.

1965 Art. 18 al. 1 LVP.

1966 Art. 17 LVP.

- 977 L'art. 17 LVP privilégie ainsi une réparation collective plutôt qu'une réparation individuelle des victimes de potents. Comme le relève le Conseil fédéral: « Lors de la procédure de consultation, cette disposition n'a pas été critiquée dans son principe. Un certain nombre de participants, notamment des ONG, ont cependant suggéré qu'elle prévoit expressément le droit des victimes à obtenir réparation. Cette nouveauté, qui poursuit certes un but louable mais qui irait à l'encontre des objectifs visés par la présente loi, n'a cependant pas été intégrée: la loi vise à saisir puis confisquer les avoirs des PPE en vue d'en faire bénéficier collectivement la population du pays par le biais d'une restitution obéissant à certains principes (cf. art. 17). Il n'est pas question de faciliter, par ce biais, une réparation individuelle des préjudices subis par les victimes. Une telle façon de faire présenterait en outre le risque que seul un petit nombre de victimes, particulièrement bien aidées sur le plan juridique et financier, puissent se voir attribuer la majeure partie ou même la totalité des valeurs confisquées. Cela se ferait au détriment de la population du pays concerné. Lors de la mise en place de programmes d'intérêt public, il sera cependant possible de faire en sorte que certaines régions ou certains groupes de population en bénéficient plus particulièrement. Une telle façon de faire serait parfaitement compatible avec l'art. 17, let. a, du projet »¹⁹⁶⁷.
- 978 La solution retenue par le législateur a le mérite du pragmatisme. Toutefois, si une réparation collective peut être une forme de réparation admise en droit international¹⁹⁶⁸, elle reste incomplète, la composante individuelle devant nécessairement être prise en compte pour assurer l'efficacité de la réparation. Notons également que certains des motifs invoqués à l'appui de cette solution sont maladroits, sinon malheureux.
- 979 Il est tout d'abord regrettable que la question de l'assistance, légale ou financière, des victimes soient un des motifs considérés dans le choix du système de réparation. Nous relevons à titre anecdotique les propos de la Conseillère fédérale en charge lors des débats relatifs à l'aLRAI au Conseil des États qui arguait de la cherté prétendument notoire des avocats genevois et de leur intérêt à ce que leurs honoraires soient payés par les avoirs confisqués pour justifier (i) l'exclusion de victimes bénéficiant d'un jugement américain leur allouant des dommages-intérêts pour les violations qu'elles avaient subies sous le régime Duvalier¹⁹⁶⁹ et, plus généralement encore, (ii) l'exclusion

1967 Message LVP, 5183.

1968 Voir not. Principe 13 Principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes; Titre VIII par. 2 Principes fondamentaux recours et réparation; Règles 97 par. 1 et 98 par. 3 Règlement de procédure et de preuve de la CPI; CPI (Chambre de première instance VIII), 17.8.2017, *Le Procureur c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, ordonnance de réparation, ICC-01/12-01/15-236, concernant les réparations (individuelles et collectives) en lien avec la destruction de bâtiments à caractère religieux et historique à Tombouctou (Mali), décision commentée par FISCHER PHILIPP, Réparation du dommage infligé à des biens culturels, *LawInside* 5 avril 2020, disponible à l'adresse <<https://www.lawinside.ch/897>> (10.4.2020), qui analyse comparativement l'indemnisation du dommage sous l'angle des règles du Statut de la CPI et du droit suisse; CPI (Chambre de première instance II), 24.3.2017, *Le Procureur c. Germain Katanga*, ordonnance de réparation, ICC-01/04-01/07-3728; International Center for Transitional Justice (en collaboration avec le Royaume du Maroc et la Confédération suisse), Rapport de la Conférence de Rabat: Le concept et les défis des réparations collectives, 12-14.2.2009, disponible à l'adresse <<https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Morocco-Reparations-Report-2009-French.pdf>> (1.11.2019). Voir ég. ROSENFELD, 731 ss; CONTRERAS-GARDUÑO, 40 ss; BASSIOUNI, 260 ss; HOUDJISSIN, 223 ss.

1969 Sur cette affaire, voir HENZELIN, 148.

complète de victimes de potentats du processus de confiscation prévu par l'aLRAI¹⁹⁷⁰. Rappelons, si besoin est, que les droits de la défense sont des droits fondamentaux et que l'avocat est un auxiliaire de la justice. Une telle méfiance à l'égard des conseils des victimes de potentats ne peut dès lors qu'étonner et ne saurait en aucun cas constituer un élément déterminant dans le choix de la solution retenue pour la confiscation et la restitution des avoirs de potentats.

Dans le Message LRAI, le Conseil fédéral justifiait également l'exclusion de la réparation des victimes par le danger résultant de la reconnaissance en Suisse de décisions étrangères douteuses, en expliquant qu'« une pesée des intérêts entre les créances des tiers de bonne foi et la finalité de la restitution des valeurs a été effectuée. L'expérience a en effet démontré que des tiers font parfois valoir sur le capital bloqué des titres juridiques dont la légitimité est discutable, par exemple sur la base de jugements étrangers ou de reconnaissances de dettes de complaisance difficilement vérifiables. Il convient donc d'éviter ici que le montant des valeurs ne soit atteint par des prétentions de tiers avec le résultat que le montant à restituer à la population de l'État d'origine ne soit substantiellement réduit et qu'une partie des fonds échappe en outre à tout suivi »¹⁹⁷¹. À son tour, ce motif est infondé puisque les règles prévues pour la reconnaissance et l'exécution en Suisse de décisions étrangères ne permettent que de reconnaître des jugements étrangers respectant des critères établis par le droit suisse¹⁹⁷². 980

9.6 Les lacunes de la LVP

La LVP constitue une innovation majeure de l'ordre juridique suisse, jusque-là assez démunie en matière de confiscation et de restitution des avoirs de potentats. Ce développement est clairement à saluer. Toutefois, les modalités et les conditions des processus institués par cette nouvelle loi comportent des lacunes, notamment sous l'angle des droits des victimes de potentats, qu'il convient d'identifier et de combler. 981

9.6.1 Nécessité d'une demande d'entraide judiciaire de l'État spolié

L'une des principales faiblesses de la LVP est qu'elle n'intervient que dans un rapport d'État à État entre la Suisse et l'État d'origine, qui doit soit s'apprêter à faire une demande d'entraide judiciaire internationale¹⁹⁷³, soit être dans une situation de défaillance¹⁹⁷⁴ ne lui permettant pas de répondre aux exigences de la procédure d'entraide judiciaire internationale. Dans les deux cas, une demande d'entraide judiciaire est nécessaire pour que la LVP puisse s'appliquer dans le temps. En l'absence d'une demande de l'État requérant, le Conseil fédéral ne peut en effet agir au-delà de la durée du blocage prévue à l'art. 6 al. 1 LVP, soit quatre ans, prolongeable à certaines conditions, et à dix ans au maximum¹⁹⁷⁵. À défaut de requête d'entraide judiciaire de 982

1970 BO 2010 E 700 s.

1971 Message LRAI, 3022.

1972 Voir art. 25-29 LDIP ; art. 32-56 Convention de Lugano ; ainsi que les nombreux traités bilatéraux conclus par la Suisse concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions étrangères.

1973 Art. 3 LVP.

1974 Art. 4 al. 2 let. b LVP.

1975 TAF, 7.4.2017, B-2682/2015, c. 8.2.3.

la part de l'État spolié dans ce délai maximal, la Suisse se voit contrainte de libérer les avoirs bloqués, comme dans l'affaire *Mobutu*¹⁹⁷⁶. Tel pourrait également être le cas de la Libye post-Kadhafi qui, du fait de luttes de pouvoir internes, n'a pas été en mesure d'initier de procédure judiciaire en Libye ou en Suisse, en vue de la confiscation des avoirs Kadhafi en Suisse pourtant estimés à CHF 650 millions¹⁹⁷⁷.

- 983 Dans une telle configuration, les victimes de potentats se trouvent donc privées de toute réparation, tant individuelle que collective. En ce sens, la LVP et le régime légal suisse actuel méconnaissent les Principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes, les Principes fondamentaux recours et réparation, ainsi que l'art. 57 par. 3 let. c de la Convention des Nations Unies contre la corruption qui prévoit en particulier, à défaut de restitution à l'État requérant aux conditions prévues par la Convention, la restitution prioritaire aux propriétaires légitimes antérieurs des biens confisqués ou le dédommagement des victimes de l'infraction¹⁹⁷⁸.
- 984 Pour remédier à cette situation et faire place aux droits des victimes, la Suisse devrait se doter d'une législation permettant à des victimes ou, à l'exemple de la France, à des associations représentant certains intérêts collectifs d'initier une procédure de blocage et de confiscation menant à une réparation, soit individuelle soit collective, en complément du système actuel de réparation dans un but d'intérêt public. Un tel système permettrait d'éviter le maintien d'avoirs spoliés entre les mains de potentats, tout en assurant une restitution équitable et indépendante des intérêts particuliers de certaines victimes.
- 985 Certains auteurs ont également proposé d'introduire un nouvel art. 72^{bis} CP qui prévoirait la confiscation des valeurs patrimoniales se trouvant « dans le pouvoir de disposition d'un ancien ou actuel haut responsable d'un régime, dont les représentants ont systématiquement ou dans l'exercice d'une fonction publique commis des délits graves contre les biens ou se sont rendus coupables de graves violations des droits de l'homme », et qui présumerait l'origine criminelle des fonds avec un renversement du fardeau de la preuve¹⁹⁷⁹. Une telle disposition inclurait ainsi les cas dans lesquels aucune demande d'entraide judiciaire internationale n'a été formée auprès des autorités suisses. La référence à de « graves violations des droits de l'homme » permettrait, par ailleurs, une interprétation plus extensive de la notion de lésé pour y inclure notamment les victimes de potentats et leur octroyer les droits usuels (restitution ou allocation) sur les avoirs résultant des infractions commises.

1976 CF, Communiqué de presse, La Suisse contrainte de débloquer les avoirs Mobutu, 16.7.2009.

1977 Voir Swissinfo, La Suisse prête à débloquer vite les avoirs libyens, 24.8.2011, disponible à l'adresse <<https://www.swissinfo.ch/fre/la-suisse-prête-à-débloquer-vite-les-avoirs-libyens/30978798>> (1.11.2019).

1978 Voir ONUDC, Profil de la Suisse pour la mise en œuvre de la Convention des Nations Unies contre la corruption, disponible à l'adresse <<https://track.unodc.org/LegalLibrary/Pages/home.aspx?country=Switzerland>> (1.11.2019), qui montre que le dédommagement des victimes de l'infraction, prévu à l'art. 57 par. 3 let. c Convention des Nations Unies contre la corruption, est totalement ignoré par la Suisse, contrairement à ce que considère le CF en affirmant que « [l]e droit suisse est en l'état déjà compatible avec les dispositions impératives de la Convention des Nations Unies contre la corruption, tant d'un point de vue général qu'en ce qui concerne en particulier la restitution de valeurs patrimoniales au sens de l'art. 57 Convention des Nations Unies contre la corruption » (Message LRAI, 3031).

1979 PIETH/DANNACHER, 180 s.

9.6.2 Omission des cas de corruption notoire sans défaillance

La LVP ne couvre pas non plus le cas où les avoirs spoliés sont requis par un État dont la corruption est notoire mais qui ne remplit pas le critère de défaillance de l'art. 4 al. 2 let. b LVP¹⁹⁸⁰. Dans ce cas, la confiscation, respectivement la restitution, procèdent selon les règles de la procédure pénale et/ou de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, selon qu'une procédure pénale a été initiée en Suisse et/ou qu'une demande d'entraide a été émise par l'État spolié. 986

Tel a été le cas des fonds liés au régime d'Hosni Moubarak qui avaient fait l'objet d'une ordonnance de blocage (aO-Égypte et aO-Égypte LVP) ainsi que de procédures pénales en Suisse et d'une demande d'entraide judiciaire de l'Égypte. Le gouvernement égyptien a toutefois acquitté en 2016, sur la base d'accords extrajudiciaires (« accords de réconciliation »), plusieurs détenteurs de fonds bloqués en Suisse. Il en est résulté, en décembre 2016, la clôture des procédures d'entraide judiciaire internationale en matière pénale en Suisse et le déblocage de CHF 180 millions (sur un total de CHF 700 millions bloqués en Suisse) ainsi que l'abrogation de l'aO-Égypte LVP avec effet au 20 décembre 2017¹⁹⁸¹. 987

Compte tenu de la corruption notoire prévalant en Égypte, ces décisions paraissent pour le moins surprenantes. Sur interpellation parlementaire, le Conseil fédéral s'est positionné sur cette affaire de manière acrobatique et, à notre avis, contradictoire. Il a ainsi indiqué que la procédure d'entraide judiciaire internationale en matière pénale était close « du fait de l'absence de résultats matériels ainsi que de nombreuses lacunes techniques dans les procédures en cause »¹⁹⁸² et que « malgré les efforts communs déployés, la coopération entre les deux pays n'a[vait] pas produit les résultats escomptés »¹⁹⁸³. Ce faisant, il relevait l'échec de la procédure d'entraide judiciaire internationale en matière pénale du fait de ses « lacunes », qu'on ne peut comprendre que comme étant celles de la demande d'entraide judiciaire égyptienne. Dans le même temps, le Conseil fédéral a toutefois considéré que la clôture de la procédure d'entraide judiciaire internationale ne résultait pas « d'une situation de défaillance des autorités judiciaires égyptiennes » mais que « l'entraide aurait pu aboutir à des remises à l'Égypte pour autant que l'origine illicite des fonds en Suisse eût été établie par des décisions de la justice égyptienne. Le système judiciaire égyptien a[vait] donc montré 988

1980 La notion de « défaillance » utilisée est inspirée de l'art. 17 par. 3 Statut de la CPI (Message LVP, 5158).

1981 CF, Communiqué, Le Conseil fédéral prolonge le blocage préventif des avoirs tunisiens et ukrainiens et abroge celui des avoirs égyptiens, 20.12.2017 : « Près de sept ans après le blocage prononcé en 2011 et malgré les efforts communs déployés, la coopération entre les deux pays n'a pas produit les résultats escomptés. La clôture des procédures d'entraide implique la disparition de perspectives réalistes de restitution de ces avoirs dans le cadre de l'entraide ». Les fonds restants (environ CHF 430 millions) sont toutefois demeurés séquestrés dans le cadre de procédures pénales menées en Suisse par le MPC afin d'en déterminer l'origine licite ou non. Ce dernier point semble presque illusoire puisque l'établissement de l'origine des fonds nécessite en général la collaboration de l'État dans lequel l'infraction préalable a été commise en tout ou partie, soit en l'espèce l'Égypte dont l'échec de la collaboration était soulignée dans le même communiqué du CF.

1982 CF, Avis à la Motion MUNZ 17.4068, 21.2.2018.

1983 CF, Communiqué, Le Conseil fédéral prolonge le blocage préventif des avoirs tunisiens et ukrainiens et abroge celui des avoirs égyptiens, 20.12.2017.

qu'il fonctionnait dans le cadre des procès menés pour corruption contre les principaux protagonistes de l'ancien régime »¹⁹⁸⁴. Ces affirmations contredisent toutefois le constat précédent sur l'incapacité de l'Égypte à mener à terme la procédure d'entraide judiciaire internationale en matière pénale, de même que celui du TPF en 2012 concernant la mainmise du pouvoir exécutif égyptien sur ses tribunaux¹⁹⁸⁵. Elles sont également en contradiction avec la réalité judiciaire égyptienne, qui est capable de juger en masse près de 740 personnes en une journée, dont certaines encourent la peine de mort¹⁹⁸⁶.

- 989 Malgré ces contradictions, le Conseil fédéral a indiqué qu'il n'entendait pas élargir les possibilités de confiscation à la lumière du cas égyptien, car « cela reviendrait à ignorer le résultat de procédures judiciaires valablement menées par les autorités compétentes d'un État souverain au motif qu'elles n'ont pas permis de conclure à l'illicéité des fonds déposés en Suisse. De plus, cela serait hautement problématique sous l'angle des principes de l'état de droit et de la garantie de propriété »¹⁹⁸⁷. Cette argumentation fait toutefois fi des victimes du régime Moubarak et de leur droit à obtenir réparation.
- 990 En réponse à une motion parlementaire, le Conseil fédéral avait pourtant précédemment indiqué être « disposé à examiner la possibilité de compléter la LVP par une nouvelle disposition permettant aux autorités judiciaires ou d'entraide de charger le DFAE d'assurer le suivi des restitutions qu'elles ordonnent dans le cadre de procédures pénales ou d'entraide »¹⁹⁸⁸. Il est regrettable que cette réflexion n'ait pas été menée à terme, suite au rejet de la motion¹⁹⁸⁹.

9.6.3 Caractère politique

- 991 La LVP comporte, par ailleurs, une forte composante politique, puisqu'elle n'est activée que sur décision du Conseil fédéral¹⁹⁹⁰ et uniquement si « la sauvegarde des intérêts de la Suisse [l']exige »¹⁹⁹¹. L'intérêt généralement admis d'avoir une place financière propre peut ainsi être concurrencé par d'autres intérêts permettant à un potentat de continuer à disposer librement de ses avoirs. On se rappelle, par exemple, la crise diplomatique entre la Suisse et la Libye, suite à l'arrestation d'Hannibal Kadhafi à Genève pour mauvais traitement envers ses domestiques, qui avait donné lieu à des représailles de la part de la Libye, dont la prise en otage de deux ressortissants suisses. Malgré la qualité notoire de potentat de Mouammar Kadhafi, père d'Hannibal, la question du blocage et de la confiscation des avoirs spoliés par sa famille¹⁹⁹² ne pouvait être qu'ex-

1984 CF, Avis à la Motion MUNZ 17.4068, 21.2.2018.

1985 TPF 2012 155. Voir ég. ZIMMERMANN, Rapports, 16.

1986 Amnesty International, Égypte: Procès de masse grotesque et verdicts attendus pour 739 accusés, dont certains encourent la peine de mort, 29.6.2018, disponible à l'adresse <<https://www.amnesty.org/fr/latest/news/2018/06/egypt-verdicts-expected-for-739-defendants-in-grotesque-mass-death-penalty-trial>> (1.11.2019).

1987 CF, Avis à l'Interpellation MAZZONE 18.3130, 16.5.2018.

1988 CF, Avis à la Motion SOMMARUGA 17.3547, 30.8.2017.

1989 D'autant que cette possibilité ferait écho aux considérations du TF formulées dans sa jurisprudence *Marcos* (ATF 123 II 595, c. 7c) ; voir supra N 964.

1990 Art. 3 al. 1 et art. 4 al. 1 LVP.

1991 Art. 3 al. 2 let. d et art. 4 al. 2 let. c et al. 3 LVP ; ATAF 2013/39, c. 2.2.

1992 Voir *The Guardian*, Gaddafis' hidden billions: Dubai banks, plush London pads and Italian water, 22.2.2011.

clue dans ce contexte. En 2020, se pose également la question de la position de la Suisse concernant le Venezuela et le Liban qui traversent tous deux une crise politique et économique majeures, alors que leurs élites dirigeantes et économiques respectives se sont enrichies de manière exceptionnelle et qu'elles auraient placé une partie de leur fortune dans des centres financiers étrangers, dont la Suisse¹⁹⁹³.

En outre, la qualification d'État « défaillant » nécessite un jugement relevant davantage de la politique que d'une appréciation juridique reposant sur des critères objectifs, d'autant que les tribunaux ont jusqu'à présent évité – à notre avis, à tort – de se pencher sur la question. Notons sur ce point le raisonnement circulaire du TAF en lien avec l'affaire *Duvalier*, lorsqu'il a examiné la question de savoir si la situation de défaillance de l'État haïtien relevait du champ d'application de l'aLRAI. En effet, le TAF a considéré que cette question avait déjà été tranchée dans une précédente décision¹⁹⁹⁴, alors que cette dernière ne traitait aucunement de la défaillance de l'État haïtien, mais se limitait à admettre l'application immédiate de l'aLRAI¹⁹⁹⁵. 992

À regret, la LVP se meut moins à l'intérieur du système judiciaire qu'au gré du grand jeu de la politique. Une telle justice se fait malheureusement au détriment des victimes de potentats. 993

9.6.4 Discrimination de fait en faveur des institutions financières

Enfin, il convient de relever la discrimination instaurée par l'art. 16 LVP entre les personnes ayant acquis de bonne foi des droits réels sur les valeurs patrimoniales confisquées et les personnes n'ayant qu'une créance personnelle à l'égard des potentats. Alors qu'elle privilégie les premières, la LVP empêche les secondes d'obtenir la mise en œuvre de leur droit à un dédommagement. En effet, dans la mesure où une créance en dédommagement, reconnue dans un jugement ou un accord transactionnel, ne donne naissance qu'à un droit personnel, celle-ci n'est pas prise en compte par la LVP. À l'inverse, les banques hébergeant des fonds incriminés se trouvent protégées, si elles peuvent – c'est plutôt la règle en pratique – opposer à la confiscation les droits découlant d'un contrat de prêt garanti par les biens en dépôt qui font l'objet de la procédure de confiscation¹⁹⁹⁶. Cette distinction, conduisant essentiellement à la favorisation d'institutions bancaires, est non seulement injustifiable, mais également contraire aux règles internationales en matière de réparation des victimes ; il conviendrait donc de la reconsidérer dans cette perspective. 994

1993 Concernant le Venezuela, voir Swissinfo, Switzerland investigating Venezuela-linked corruption, 11.2.2019, disponible à l'adresse <<https://www.swissinfo.ch/eng/money-laundering-switzerland-investigating-venezuela-linked-corruption/44747888>> (1.11.2019) ; concernant le Liban, voir Tribune de Genève, Le Liban, révolté, pointe du doigt les banques suisses, 26.2.2020. Ces développements sont à mettre en perspective avec TF, 11.3.2020, 2C_572/2019, c. 4.3.2 (destiné à la publication), dans lequel le TF a relevé la volonté du législateur fédéral « que la Suisse s'affiche en exemple dans le domaine du blocage des avoirs de potentats déchus ».

1994 ATAF 2013/39.

1995 ATAF 2013/40, c. 4.2. *Contra* voir supra N 267.

1996 Message LRAI, 3022.

9.7 Conclusion

- 995 Tant au niveau international que national, l'évolution du droit fait une place grandissante aux victimes. En parallèle, le lien entre crimes d'argent et crimes de sang ainsi que les effets de la corruption sur les droits humains sont de plus en plus étudiés, à défaut, pour l'instant, d'être reconnus législativement ou judiciairement. Dans ce contexte, il est primordial que la Suisse, pionnière de la restitution des avoirs de potentats et légataire d'une longue tradition humanitaire et de soutien au développement, permette aux victimes de potentats de faire valoir leurs droits en justice et d'obtenir réparation.
- 996 Depuis l'affaire *Marcos* en 1986, la Suisse n'a cessé d'étoffer son dispositif de lutte contre les avoirs de potentats. Le cas récent de l'Égypte conduisant à la libération des fonds liés au régime Moubarak démontre cependant les limites du système. L'embourbement des procédures portant sur la restitution des fonds Ben Ali (Tunisie) ainsi que l'impossibilité pour la Libye de se mobiliser pour récupérer les fonds spoliés par le régime Kadhafi sont d'autres illustrations de ces limites.
- 997 Progressiste dans la lutte contre les avoirs de potentats, la LVP prévoit un mécanisme pragmatique de réparation collective, par l'utilisation des fonds confisqués pour le financement de programmes d'intérêt public dans l'État spolié. Ces progrès sont toutefois à nuancer, car la LVP ignore les droits individuels à réparation des victimes de potentats et les défavorise face à des institutions bancaires. La LVP demeure, par ailleurs, un système essentiellement interétatique et politique, dans lequel les victimes de potentats n'ont guère de place.
- 998 Retenir l'État spolié et ses intérêts publics comme seule victime de la spoliation par un potentat va toutefois à l'encontre de l'évolution du droit international en matière de droits des victimes. De même, maintenir le processus de blocage et de confiscation des avoirs de potentats au niveau interétatique et politique ne permet pas d'appréhender toutes les situations de spoliation et repose sur une formule à géométrie variable, qui empêche l'action de la justice, dont l'un des fondements est justement l'indépendance. Pour toutes ces raisons, il nous paraît souhaitable d'autoriser les victimes de potentats à activer le processus judiciaire de blocage et de confiscation sans que cela compromette une restitution collective, même si une réparation individuelle devrait être privilégiée.
- 999 La problématique des avoirs de potentats reste plus que jamais d'actualité en Suisse et il est malheureusement prévisible que des situations de biens spoliés ne manqueront pas de se répéter. Dans ce contexte, il faut espérer que la Suisse saura faire évoluer son arsenal législatif et sa jurisprudence pour pleinement mettre en œuvre les droits des victimes de potentats, en leur permettant d'agir en vue de la confiscation et d'obtenir réparation, individuelle ou collective.