

## Restitution spontanée de fonds bloqués à des États défailants: les cas *Duvalier* et *Mobutu*



**SANDRINE GIROUD-ROTH**  
lic. iur., avocate,  
Lausanne



**LAURENT MOREILLON**  
Prof. Dr. iur., avocat,  
Doyen de la Faculté de  
droit de l'Université de  
Lausanne

2 juillet 2008<sup>1</sup> et 12 février 2009,<sup>2</sup> de maintenir le blocage, respectivement de restituer, les fonds Duvalier à Haïti dans le cadre d'une nouvelle procédure d'entraide judiciaire. De même, dans une affaire remontant à 1997, le Conseil fédéral (CF) a décidé, en date des 12 décembre 2008<sup>3</sup> et 25 février 2009,<sup>4</sup> de prolonger le blocage des fonds Mobutu, le dernier délai courant jusqu'au 30 avril 2009.

Si ces décisions sont à saluer pour l'esprit de justice qui les anime, elles soulèvent toutefois certaines interrogations quant à leur légalité, notamment concernant le fameux renversement du fardeau de la preuve qu'elles mettent en œuvre, ainsi que l'utilisation répétée du blocage «politique». Elles ne sont cependant que le reflet d'une situation tenue par quelques bouts de ficelle en ce qui concerne la confiscation des avoirs des criminels internationaux lorsque des États «défaillants» sont impliqués. La législation et la jurisprudence dans ce domaine font clairement apparaître les lacunes de la réglementation suisse que les autorités d'application, animées des intentions les plus honorables, ne peuvent contourner qu'au prix d'acrobaties juridiques se concluant souvent par une pirouette politique. C'est pour mettre fin à cette situation que le Conseil fédéral (CF) a chargé le Département fédéral des affaires étrangères (DFAE) d'établir un projet de loi qui permette la confiscation des avoirs d'origine illicite de personnes exposées politiquement (PEP).<sup>5</sup>

Le présent article retrace d'abord l'historique des affaires *Duvalier* et *Mobutu* et explique le contenu des récentes décisions de l'OFJ et du CF y relatives. Il met ensuite en évidence les interrogations et les problèmes suscités par la pratique actuelle des autorités suisses en la matière et, à la lumière de ces deux affaires, en examine les conséquences sous l'angle des garanties caractérisant un État de droit. Enfin, il dessine quelques pistes de réflexion en vue de la rédaction du futur projet de loi.

### Plan

- I. Introduction
- II. Les affaires *Duvalier* et *Mobutu*
  - A. L'affaire *Duvalier*
  - B. L'affaire *Mobutu*
- III. Les récentes décisions *Duvalier* et *Mobutu*
  - A. Les décisions des 2 juillet 2008 et 12 février 2009
  - B. Les décisions des 12 décembre 2008 et 25 février 2009
  - C. Deux États «défaillants»
- IV. La pratique suisse en matière de restitution spontanée de fonds à la lumière des récentes décisions *Duvalier* et *Mobutu*
  - A. Cadre légal
    1. Personnes exposées politiquement
    2. La confiscation
      - a. Absence de confiscation autonome
      - b. La confiscation internationale
      - c. La voie de l'entraide internationale
    3. Le blocage «politique»: l'art. 184 al. 3 Cst.
  - B. Les décisions *Duvalier* et *Mobutu*: un équilibre périlleux des intérêts juridiques en jeu
    1. Garantie d'accès au juge
    2. Respect du principe de la légalité
      - a. Garantie de la propriété
      - b. Bases légales fondant la restitution anticipée
    3. Respect du principe de la proportionnalité
    4. La charge du fardeau de la preuve au regard de la présomption d'innocence
- V. Propositions pour un projet de loi
- VI. Conclusion

### I. Introduction

Dans un ultime rebondissement d'une saga qui date déjà de 1986, l'Office fédéral de la justice (OFJ) a décidé, en date des

<sup>1</sup> Communiqué de presse de l'OFJ du 2 juillet 2008, disponible à l'adresse électronique: <http://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/dokumentation/medieninformationen/2008/2008-07-02.html>.

<sup>2</sup> Communiqué de presse de l'OFJ du 12 février 2009, disponible à l'adresse électronique: [http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/dokumentation/mi/2009/ref\\_2009-02-12.html](http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/dokumentation/mi/2009/ref_2009-02-12.html).

<sup>3</sup> Communiqué de presse du DFAE du 12 décembre 2008, disponible à l'adresse électronique: <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=24042>.

<sup>4</sup> Communiqué de presse du DFAE du 25 février 2009, disponible à l'adresse électronique: <http://www.eda.admin.ch/eda/fr/home/recent/media/single.html?id=25544>.

<sup>5</sup> Communiqué de presse du DFAE du 5 décembre 2008, disponible à l'adresse électronique: <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=23694>.

## II. Les affaires Duvalier et Mobutu

### A. L'affaire Duvalier

Succédant en 1971 à son père à la tête de l'État haïtien, Jean-Claude Duvalier, mieux connu sous le nom de «Baby Doc», resta au pouvoir jusqu'en 1986. Sous sa présidence, Haïti fut le lieu de nombreux crimes et violations des droits de l'homme: arrestations arbitraires, torture, disparitions forcées, exécutions extrajudiciaires, etc.<sup>6</sup> À cela s'ajoutèrent des détournements massifs de biens publics.<sup>7</sup>

Suite au départ forcé de Duvalier en 1986, le gouvernement haïtien demanda au CF l'entraide judiciaire relative aux avoirs ayant disparu sous sa présidence. Après avoir identifié plusieurs comptes bancaires de la famille Duvalier dans les cantons de Vaud, Zurich et Genève, le CF transmit l'affaire aux cantons respectifs qui donnèrent l'ordre aux banques de bloquer les fonds. Un montant d'environ 7,5 millions de francs fut ainsi bloqué à titre provisoire en vertu de l'art. 18 EIMP.<sup>8</sup>

Durant plus d'une décennie, l'affaire n'avança pas, notamment du fait des graves dysfonctionnements internes que connut Haïti dans les années 90. La procédure d'entraide semblant vouée à l'échec, le CF décida, en 2002, de bloquer les avoirs en Suisse de Duvalier sur la base de la compétence que lui confère l'art. 184 al. 3 Cst.<sup>9</sup> («blocage politique») en matière de sauvegarde des intérêts du pays.<sup>10</sup>

Le DFAE fut alors chargé d'assister les parties dans la recherche d'une solution transactionnelle. Une telle issue semblait à portée de main avant l'échéance du premier blocage en 2005. Sa finalisation nécessitait cependant de réunir tous les ayants droit de la famille Duvalier, ce qui ne se réalisa pas par manque de volonté des intéressés. Dans ce contexte, le CF décida de prolonger la mesure de blocage.<sup>11</sup>

Les représentants de la famille Duvalier ont, par la suite, perdu tout intérêt à la conclusion d'un accord en raison de l'arrêt du 27 avril 2006 du Tribunal fédéral (TF) dans l'affaire *Mobutu*.<sup>12</sup> Bien que reconnaissant la légitimité du blocage, le TF en critiqua la proportionnalité dans la mesure où le créancier n'était manifestement pas disposé à collaborer

pour trouver une solution négociée. Ainsi confortée dans son attitude non conciliante, la famille Duvalier se contenta d'attendre l'échéance de la mesure de blocage fixée au 3 juin 2007.

Le 1<sup>er</sup> juin 2007, le CF, s'appuyant une fois de plus sur sa compétence en matière de politique extérieure, ordonna un nouveau blocage politique des fonds pour trois mois supplémentaires. Contre toute attente, cette mesure fut renouvelée en date du 22 août 2007, pour une nouvelle période de douze mois.<sup>13</sup> Cette mesure se fondait sur les assurances données par le Président haïtien quant à la volonté de son État d'introduire des poursuites contre Duvalier. Cet ultime répit devait laisser au gouvernement haïtien la possibilité de concrétiser ses promesses. La décision de prolongation du blocage des fonds fit toutefois l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral (TAF) qui donna lieu à un arrêt limité à la recevabilité de la cause.<sup>14</sup> Ce recours devint par la suite sans objet, consécutivement à la décision du 2 juillet 2008 de l'OFJ.<sup>15</sup>

### B. L'affaire Mobutu

Président de 1965 à 1997 de la République démocratique du Congo (RDC) – qu'il avait lui-même rebaptisée Zaïre – Joseph Désiré Mobutu Sese Seko instaura un régime fondé sur la corruption et les violations massives des droits de l'homme. On estime à plusieurs milliards les fonds détournés par lui et son clan.<sup>16</sup>

Suite à l'éviction du pouvoir de Mobutu, la RDC présenta, le 13 mai 1997, une demande d'entraide judiciaire à la Suisse en vue du blocage, à titre conservatoire, d'une propriété à Savigny (Vaud). Le blocage fut prononcé à titre de mesure conservatoire au sens de l'art. 18 EIMP. Des mesures visant d'autres biens ne purent être prises car la demande ne contenait pas une description suffisante des avoirs à geler et présentait un caractère trop général pour qu'il puisse y être donné suite.

Dans l'attente d'une demande d'entraide plus complète, le CF édicta, le 17 mai 1997, une ordonnance<sup>17</sup> fondée directement sur l'art. 102 ch. 8 aCst. (art. 184 al. 3 nCst.) afin de sauvegarder les avoirs appartenant à la RDC en Suisse pour une durée d'une année. Des avoirs pour un montant d'envi-

<sup>6</sup> Amnesty International, Haïti: Les visages de la Répression, Paris 1985; Commission Inter-Américaine des Droits de l'Homme, Rapports annuels: 1971–1987; PATRICK LEMOINE, Fort-Dimanche, Fort-La-Mort, New York 2006.

<sup>7</sup> Rapport de la Banque de la République d'Haïti du 15 janvier 1987.

<sup>8</sup> Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP, RS 351.1).

<sup>9</sup> Constitution fédérale (Cst., RS 101).

<sup>10</sup> Communiqué de presse du DFAE du 14 juin 2002.

<sup>11</sup> PIERRE-YVES MORIER, Is Autonomous Confiscation the Acme of Asset Recovery?, in: Mark Pieth (édit.), *Recovering Stolen Assets*, Berne 2008, p. 265.

<sup>12</sup> MORIER (n. 11), p. 274 ss; ATF 1A.150/2004 du 27 avril 2006.

<sup>13</sup> MORIER (n. 11), p. 275.

<sup>14</sup> ATAF C-7589/2007 du 14 mars 2008 et décision C-7589/2007 du 17 juillet 2008 du TAF.

<sup>15</sup> Notons qu'il existe une procédure parallèle, intentée par des particuliers, visant également les biens de Jean-Claude Duvalier en Suisse (Arrêt *Juste c. Fondation Brouilly et Duvalier* ACJC/1521/2007 du 13 décembre 2007 de la Cour de justice de Genève = SJ 2008 I 369).

<sup>16</sup> Banque Mondiale, *World Development Report 2002*, Washington D.C. 2002, p. 232.

<sup>17</sup> RO 1997 p. 1149.

ron six millions de francs furent répertoriés.<sup>18</sup> Peu après, la RDC compléta sa demande d'entraide et l'OFJ ordonna le gel des avoirs appartenant au clan Mobutu dans la mesure où ils n'étaient pas déjà visés par l'ordonnance du CF. Ces mesures furent confirmées par le TF sur recours des hoirs de Mobutu.<sup>19</sup> Par la suite, l'OFJ étendit encore la procédure d'entraide aux comptes déclarés conformément à l'ordonnance du CF. Le montant finalement gelé par la Suisse s'éleva à environ 7,7 millions de francs.

Pour faire aboutir la requête d'entraide, la RDC devait encore démontrer l'existence d'un lien direct entre les infractions reprochées à Mobutu et les biens bloqués en Suisse.<sup>20</sup> Malgré de nombreux rappels successifs du côté suisse, les autorités congolaises ne montrèrent aucun empressement à fournir les preuves nécessaires à l'octroi de l'entraide.<sup>21</sup> En conséquence, l'OFJ, constatant qu'il n'était pas possible d'établir qu'une procédure pénale était encore ouverte en RDC contre Mobutu et ses proches et que les faits faisant l'objet de cette procédure semblaient prescrits au regard du droit suisse, dut finalement se résoudre, en décembre 2003, à rendre une décision négative terminant la procédure d'entraide.

Le CF ordonna alors un blocage «politique» des avoirs sur la base de l'art. 184 al. 3 Cst. pour une durée de trois ans. Durant cette période, le CF confia au DFAE un mandat de facilitateur pour assister les parties dans la recherche d'une issue aussi satisfaisante que possible. Le blocage, renouvelé en 2006, devait échoir le 15 décembre 2008. C'est dans ce contexte qu'intervinrent les décisions des 12 décembre 2008 et 25 février 2009.<sup>22</sup>

### III. Les récentes décisions *Duvalier* et *Mobutu*

#### A. Les décisions des 2 juillet 2008 et 12 février 2009

En date du 2 juillet 2008, l'OFJ a maintenu le blocage des fonds Duvalier dans le cadre d'une nouvelle procédure d'en-

traide judiciaire.<sup>23</sup> Dans le même temps, il a invité les détenteurs des comptes à prouver, pour la fin septembre 2008, que ces avoirs – totalisant environ sept millions de francs – n'étaient pas d'origine délictueuse.<sup>24</sup> Sans réponse des intéressés dans ce délai, les fonds seraient restitués à Haïti. Cette décision ayant rendu caduc le blocage politique des fonds en vigueur jusque là, le CF a, dans le même temps, mis fin à cette mesure.<sup>25</sup>

Le 12 février dernier, l'OFJ a ordonné la remise des fonds bloqués à Haïti, les détenteurs des comptes n'ayant pu démontrer que ces avoirs ne sont pas d'origine criminelle. Conformément à cette décision, les avoirs doivent être affectés à des projets de développement au profit de la population haïtienne.<sup>26</sup> La décision du 12 février 2009 est une décision de clôture de la procédure d'entraide<sup>27</sup> et reste sujette à recours devant la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral (TPF) dans un délai de 30 jours.<sup>28</sup>

#### B. Les décisions des 12 décembre 2008 et 25 février 2009

Dans la perspective de l'échéance du délai, au 15 décembre 2008, du blocage des fonds Mobutu, le gouvernement suisse a relancé une dernière fois les autorités congolaises. Donnant suite à la proposition suisse, la RDC a finalement mandaté un avocat suisse afin d'entreprendre les procédures utiles en vue de la confiscation des avoirs de l'ancien dictateur en Suisse. Vu les signes de bonne volonté de la part de la RDC, le CF a décidé, en date du 12 décembre 2008, de prolonger une «ultime» fois la mesure de blocage jusqu'au 28 février 2009 afin de permettre la concrétisation des démarches projetées par la RDC.<sup>29</sup>

<sup>18</sup> ALVARO BORGHI, *Le blocage et la restitution internationale des biens illicitement acquis*, Lausanne 2006, p. 188.

<sup>19</sup> *Hoirs de feu Mobutu Sese Seko c. Office fédéral de la police*, arrêt non publié du 28 janvier 1998, rés. in: MAURICE HARARI/CORINNE CORMINBOEUF, *EIMP révisée: Considérations critiques sur quelques arrêts récents*, AJP/PJA 1999, p. 145.

<sup>20</sup> Communiqué de presse de l'OFJ du 11 mai 1998.

<sup>21</sup> BORGHI (n. 18), p. 190.

<sup>22</sup> Notons encore que les fonds Mobutu en Suisse ont fait l'objet d'une procédure parallèle de poursuite de la part d'un de ses créanciers (ATF 132 I 229). Cette procédure a donné lieu à des réflexions intéressantes sur la hiérarchie entre une mesure «politique» de blocage et un jugement définitif et exécutoire allouant une partie de ces fonds au créancier.

<sup>23</sup> Il s'agit d'une décision incidente fondée sur l'art. 74a EIMP (remise en vue de confiscation ou de restitution) sujette à recours dans le délai de dix jours, conditionné toutefois à l'existence d'un «préjudice immédiat et irréparable». En l'espèce, aucun recours n'a été interjeté par le clan Duvalier.

<sup>24</sup> OFJ (n. 1). Relevons que, sur suggestion du gouvernement suisse, c'est un avocat suisse, mandaté par Haïti, qui a rédigé la nouvelle requête d'entraide. Ses honoraires sont pris en charge par la Direction du développement et de la coopération (DDC).

<sup>25</sup> Cette décision a été suivie d'une décision de clôture de la procédure de recours contre la prolongation du blocage des fonds du 22 août 2007 pendante devant le TAF (Décision C-7589/2007 du 17 juillet 2008 du TAF).

<sup>26</sup> Notons que les modalités imposées de restitution soulèvent de nombreuses questions quant au respect de la souveraineté étatique, d'une part, et à la manière d'éviter que l'argent vienne à nouveau alimenter un État victime de corruption, d'autre part.

<sup>27</sup> Art. 80d EIMP.

<sup>28</sup> Art. 80e et 80k EIMP.

<sup>29</sup> DFAE (n. 3). Comme dans l'affaire *Duvalier*, les frais de procédure et les honoraires de cet avocat sont supportés par la Suisse.

La RDC a déposé une dénonciation pénale auprès du Ministère public de la Confédération (MPC) le 23 janvier 2009. Suite à ce nouveau développement, le CF a estimé nécessaire d'ordonner une extension de deux mois de la prolongation du blocage, soit jusqu'au 30 avril 2009.<sup>30</sup>

La nature juridique de la mesure du CF du 12 décembre 2008, respectivement du 25 février 2009, est une question qui, déjà par le passé, a soulevé un certain nombre de problèmes.<sup>31</sup> Il s'agit d'une mesure fondée sur l'art. 184 al. 3 Cst. prise en vue de la sauvegarde des intérêts du pays. Selon cet article, ces mesures revêtent la forme de l'ordonnance lorsqu'elles constituent des règles de droit au sens de l'art. 22 al. 4 LParl<sup>32</sup> et celle de décision lorsqu'elles visent des cas particuliers.<sup>33</sup> La mesure du 12 décembre 2008, respectivement du 25 février 2009, s'apparente donc à une ordonnance puisqu'elle présente un caractère général et abstrait propre à une règle de droit.<sup>34</sup> Cette mesure s'adresse en effet à une pluralité de personnes et à différents biens, y compris ceux non encore connus.

### C. Deux États «défaillants»

Les affaires *Duvalier* et *Mobutu* présentent plusieurs points communs. Premièrement, elles concernent deux États «défaillants». L'instabilité politique, ainsi que les difficultés institutionnelles, économiques et logistiques propres à ces pays, compliquent les relations qu'ils ont avec d'autres États, notamment en matière d'entraide pénale internationale. La longueur et l'embourbement des procédures relatives à ces deux affaires en sont une illustration. Deuxièmement, ces affaires portent sur la confiscation et la restitution d'avoirs, situés en Suisse, en possession de leurs anciens dirigeants et dont l'origine, selon toute vraisemblance, est illicite.

Bien que partant d'une situation initiale similaire, ces États ont emprunté des voies différentes en vue de la restitution des fonds de PEP. Dans le cas haïtien, le gouvernement, après avoir introduit des procédures judiciaires contre Duvalier en Haïti, a procédé par la voie de l'entraide afin de demander la confiscation des fonds bloqués sur la base de l'EIMP. De son côté, le gouvernement congolais a choisi la voie du droit interne, en application de l'art. 72 CP,<sup>35</sup> en déposant plainte pénale auprès du MPC.

Le présent article considère toutefois ces deux affaires dans la perspective de l'entraide internationale sans s'attarder sur les voies traditionnelles de confiscation offertes par la législation domestique suisse. Ce choix se justifie, d'une

part, parce que la «défaillance» commune de ces deux États et les problèmes en résultant sont à l'origine de l'initiative du législateur de rédiger un projet de loi en vue de compléter sa législation sur l'entraide internationale en matière de confiscation d'avoirs des PEP. D'autre part, bien que l'affaire *Mobutu* semble s'être engagée sur la voie pénale, la voie de l'entraide reste une alternative valable dans le cas où le MPC viendrait à classer l'affaire.

## IV. La pratique suisse en matière de restitution spontanée de fonds à la lumière des récentes décisions *Duvalier* et *Mobutu*

### A. Cadre légal

Le blocage, respectivement la confiscation, d'avoirs appartenant à des PEP et leur restitution à des «États défaillants» est une configuration qui pose de nombreux problèmes. Nous y reviendrons plus loin, après avoir situé la question qui nous occupe dans le cadre légal existant et en avoir défini certaines notions.

#### 1. Personnes exposées politiquement

D'une manière générale, les PEP sont «des personnes qui exercent, ou qui ont par le passé exercé des fonctions publiques de premier plan dans un pays donné».<sup>36</sup> L'art. 1 OBA-FINMA<sup>37</sup> apporte une définition plus précise de cette notion et qualifie de PEP: «(1) les personnes suivantes qui occupent des fonctions publiques importantes à l'étranger: les chefs d'État ou de gouvernement, les politiciens de haut rang au niveau national, les hauts fonctionnaires de l'administration, de la justice, de l'armée et des partis au niveau national, les plus hauts organes des entreprises étatiques d'importance nationale; (2) les entreprises et les personnes qui, de manière reconnaissable, sont proches des personnes précitées pour des raisons familiales ou personnelles ou pour des raisons d'affaires».<sup>38</sup> De part leurs fonctions et leurs activités, Duvalier et Mobutu sont à qualifier de PEP.

<sup>30</sup> DFAE (n. 4).

<sup>31</sup> ATAF C-7589/2007 du 14 mars 2008 consid. 4.5; ATF 132 I 229 consid. 4.3 et les réf. citées.

<sup>32</sup> Loi sur l'Assemblée fédérale (LParl, RS 171.10).

<sup>33</sup> ATAF C-7589/2007 du 14 mars 2008 consid. 4.5; ATF 132 I 229 consid. 4.3 et les réf. citées.

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> Code pénal suisse (CP, RS 311.0).

<sup>36</sup> GAFI, Les quarante recommandations (2003), disponibles à l'adresse électronique: [http://www.fatf-gafi.org/document/23/0,3343,fr\\_32250379\\_32236920\\_34920215\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html#lesquarante](http://www.fatf-gafi.org/document/23/0,3343,fr_32250379_32236920_34920215_1_1_1_1,00.html#lesquarante).

<sup>37</sup> Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la prévention du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme dans le domaine des banques, des négociants en valeurs mobilières et des placements collectifs (Ordonnance 1 de la FINMA sur le blanchiment d'argent, OBA-FINMA 1, RS 955.022).

<sup>38</sup> V. aussi CARLO LOMBARDINI, Banques et blanchiment d'argent, Zurich 2006, p. 28.

## 2. La confiscation

### a. Absence de confiscation autonome

Relevons tout d'abord qu'il n'existe pas en Suisse de confiscation autonome. En droit suisse, la confiscation implique que la juridiction helvétique soit compétente.<sup>39</sup> Ainsi, en dehors de toute coopération internationale requise de la Suisse par un État étranger ou de tout rattachement de l'infraction à la Suisse, des valeurs patrimoniales ne sauraient, en l'état du droit actuel, faire l'objet d'une confiscation. Comme l'a relevé le TF, il appartient au législateur fédéral de définir à quelles conditions une mesure de confiscation autonome pourrait intervenir.<sup>40</sup>

Les art. 70 ss CP – en particulier l'art. 72 CP – prévoient certes la confiscation de valeurs patrimoniales qui sont le résultat d'une infraction. Mais celle-ci doit résulter d'une procédure pénale suisse, ce qui requiert que le juge suisse soit compétent.<sup>41</sup> Ce rattachement reste néanmoins difficile à établir.<sup>42</sup>

### b. La confiscation internationale

Parmi les instruments internationaux en matière de restitution de biens,<sup>43</sup> la Convention de l'ONU contre la corruption joue un rôle clé. Pour la première fois, un instrument multilatéral pose de manière contraignante le principe de la restitution des avoirs acquis illicitement.<sup>44</sup> Cette convention n'ayant pas encore été ratifiée par la Suisse, elle est toutefois exclue du cadre légal analysé dans le présent article.

### c. La voie de l'entraide internationale

#### i. Champ d'application

En l'absence de confiscation autonome et internationale, la confiscation de biens sur le territoire suisse appartenant à des PEP passe, pour l'heure, principalement par la voie de l'entraide judiciaire pénale. Les affaires *Marcos*,<sup>45</sup> *Abacha*<sup>46</sup>

et *Montesinos*<sup>47</sup> en sont quelques exemples. Avant de nous pencher sur les modalités de cette confiscation, il convient d'abord de bien circonscrire le champ d'application de l'entraide.

Conformément à l'art. 1<sup>er</sup> al. 4 EIMP, la loi ne confère aucun droit à un État requérant d'exiger une coopération internationale en matière pénale, sous réserve de l'obligation qui lui serait faite de fournir l'entraide en vertu d'un traité qui le lierait avec l'État demandeur. Or, dans le cas des avoirs *Duvalier* et *Mobutu*, ce traité fait précisément défaut. Traditionnellement, la Suisse s'est toutefois montrée disposée à procéder à des actes d'entraide en faveur d'États étrangers, même en l'absence d'un traité d'entraide.<sup>48</sup>

La coopération judiciaire internationale que la Suisse peut apporter à des États requérants est une procédure à vocation administrative qui ne porte ni sur une accusation en matière pénale, ni sur une contestation concernant des droits de nature civile au sens de l'art. 6 ch. 1 CEDH.<sup>49</sup> Elle ne représente pas non plus un simple prolongement, sur le territoire de l'État requis, de la procédure pénale ouverte dans l'État requérant.<sup>50</sup> Cependant, cette coopération présuppose – en particulier dans l'examen du contrôle de la double incrimination – que l'État requis vérifie que l'infraction motivant la demande soit punissable selon son droit pénal matériel interne.<sup>51</sup>

Par ailleurs, même si l'État requis prête assistance à l'État requérant, son bon vouloir est limité par la loi. Rappelons à cet égard l'existence de l'art. 67a EIMP (transmission spontanée de moyens de preuve et d'informations). C'est dans ce cadre-là que doivent être examinés les récents développements doctrinaux et jurisprudentiels en matière de restitution spontanée de fonds.

En outre, même si la Suisse est liée par des conventions, la restitution «spontanée» est soumise à des conditions strictes. On en veut pour preuve l'art. 18 ch. 4 let. f de la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime. Selon cette disposition, la Suisse peut refuser la coopération si la demande de confiscation de fonds se rapporte «à une décision de confiscation rendue en l'absence de la personne visée par la décision et si, selon la partie requise, la procédure engagée par la partie requérante et qui a conduit à cette décision n'a pas satisfait aux droits minima de la défense reconnus à toute personne accusée d'une infraction».

<sup>39</sup> MARK PIETH, Die Herausgabe illegal erworbener Vermögenswerte an sog. «Failing States», in: Marcel Niggli/José Pozo Hurtado/Nicolas Quelloz (édit.), Festschrift für Franz Riklin, Zurich 2007, p. 503.

<sup>40</sup> ATF 128 IV 145.

<sup>41</sup> ATF 6B.722/2007 du 9 mai 2008.

<sup>42</sup> C'est toutefois l'une des voies empruntées, avec succès, dans l'affaire *Abacha*. C'est également la voie actuellement privilégiée par la RDC.

<sup>43</sup> Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (RS 0.311.21); Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption (RS 0.311.55); Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (RS 0.311.53).

<sup>44</sup> La Convention contient un chapitre entier consacré au recouvrement d'avoirs et aux mesures connexes (Chapitre V, art. 51 à 59).

<sup>45</sup> ATF 113 Ib 257 = JdT 1989 IV 29.

<sup>46</sup> ATF 1A.215/2004 du 7 février 2005.

<sup>47</sup> ATF 1A.70/2003 du 8 septembre 2003.

<sup>48</sup> Ces actes ont pu prendre la forme de blocages de fonds (art. 18 et 63 EIMP), de remises de moyens de preuves (art. 74 EIMP) et, dans la mesure où il existe un jugement définitif et exécutoire conforme aux droits de l'homme et aux garanties fondamentales, de remises en vue de confiscation ou de restitution (art. 74a EIMP).

<sup>49</sup> ATF 123 II 161 consid. 3a = JdT 1999 IV 55.

<sup>50</sup> ATF 127 II 104 consid. 3d.

<sup>51</sup> ATF 124 II 120 consid. 4c = SJ 1998 I 487.

ii. *Remise en vue de confiscation ou de restitution:  
l'art. 74a EIMP*

Depuis la révision de l'EIMP,<sup>52</sup> la législation suisse permet une remise anticipée d'objets ou de valeurs saisis à titre confiscatoire par le biais de l'art. 74a EIMP.

L'alinéa 1 énonce le principe selon lequel, sur demande de l'autorité étrangère compétente, les objets ou valeurs saisis à titre conservatoire peuvent lui être remis au terme de la procédure d'entraide en vue de confiscation ou de restitution de l'ayant droit. Cela implique, d'une part, que la remise de tels biens à l'État requérant ne peut avoir lieu que dans un but précis et, d'autre part, que cet État doit avoir ouvert une procédure interne tendant à leur confiscation ou à leur restitution à l'ayant droit.<sup>53</sup>

L'alinéa 3 laisse à l'autorité un large pouvoir d'appréciation pour décider si et à quelles conditions la remise peut avoir lieu.<sup>54</sup> «*En règle générale*», les autorités de l'État requis doivent attendre «*une décision définitive et exécutoire de l'État requérant*», puis examiner si cette décision a été rendue à l'issue d'une «*procédure répondant aux exigences des art. 4, 58 [a]Cst. et 6 CEDH et si elle est conforme à l'ordre public suisse par son contenu, sans pour autant faire application des art. 94 ss EIMP*».<sup>55</sup> Cette formulation laisse penser que l'absence de décision exécutoire et définitive relève de l'exception, ce que porte d'ailleurs à croire le Message du CF.<sup>56</sup> Partant, des indices relativement forts sont nécessaires pour justifier son application. Faute d'une décision définitive et exécutoire, l'autorité compétente doit décider de la remise après avoir pris en compte toutes les particularités du cas.<sup>57</sup>

Si l'affaire n'est pas claire, la remise anticipée n'est pas accordée.<sup>58</sup> La Suisse dépend ainsi, dans une large mesure, de la bonne volonté et de la coopération des autorités judiciaires de l'État d'origine des fonds.<sup>59</sup>

La remise de nature confiscatoire est une mesure définitive.<sup>60</sup> Puisqu'elle atteint plus lourdement la personne concernée et les tiers, elle suppose davantage de circonspection de la part de l'État requis et ne peut être prononcée qu'en présence de solides éléments de preuve.<sup>61</sup> Cela est d'autant plus vrai lorsqu'il s'agit d'une remise intervenant en l'absence d'une décision définitive et exécutoire de l'État requérant. Les affaires *Duvalier* et *Mobutu* posent justement la question des éléments de preuve nécessaires à la motivation d'une telle requête.

iii. *La jurisprudence Abacha*

Dans son fameux arrêt du 7 février 2005 concernant la restitution des fonds Abacha au Nigéria, le TF a conclu que l'art. 74a al. 3 EIMP devait être interprété à la lumière de l'art. 72 CP (art. 59 ch. 3 aCP).<sup>62</sup> Le TF fonda son argumentation sur la volonté du CF, par l'introduction de cette nouvelle norme, de déroger à la règle – prévalant tant en droit interne qu'en matière d'entraide judiciaire internationale – selon laquelle une valeur ne peut être confisquée que s'il est possible d'établir l'infraction dont elle provient. Le but était ainsi de faciliter l'entraide judiciaire et l'exécution de confiscations étrangères portant sur des valeurs patrimoniales acheminées en Suisse par des organisations criminelles. Le TF alla même plus loin en déclarant que «*même si le Message ne le dit pas, l'art. 59 ch. 3 deuxième phrase [a]CP, s'applique aussi dans le domaine de l'entraide judiciaire*».<sup>63</sup> Il en résulte qu'un PEP et son entourage peuvent recevoir la qualification d'organisation criminelle. Partant, leurs fonds sont présumés d'origine délictueuse à moins qu'ils n'apportent la preuve du contraire. À défaut d'avoir renversé la présomption de l'art. 59 ch. 3 deuxième phrase aCP, la remise est ordonnée en application de l'art. 74a al. 3 EIMP, sans autre examen de la provenance des fonds réclamés.<sup>64</sup>

<sup>52</sup> Message du 29 mars 1995 (MCF EIMP), FF 1995 III 1. La révision du 4 octobre 1996 avait essentiellement pour but de simplifier et d'accélérer la procédure d'entraide en vue, notamment, de renforcer la collaboration internationale entre autorités de poursuite pénale. L'essentiel des modifications proposées portait sur la partie générale ainsi que la troisième partie de l'EIMP consacrée à l'entraide accessoire. L'une des nouveautés de cette révision a été l'introduction d'une disposition séparée relative à la remise d'objets ou de valeurs en vue de leur confiscation ou de leur restitution à l'ayant droit dans l'État requérant (art. 74a EIMP).

<sup>53</sup> BORGHI (n. 18), p. 175.

<sup>54</sup> *Id.*, p. 108.

<sup>55</sup> 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, Chêne-Bourg 1997, p. 198; MCF EIMP (n. 52), p. 8. Sur la question du rapport de l'art. 74a EIMP et de l'art. 94 EIMP v. ROBERT ZIMMERMANN, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, Berne 2004, p. 108.

<sup>56</sup> MCF EIMP (n. 52), p. 14 s.

<sup>57</sup> ATF 123 II 595 consid. 4 et 5. Dans cet arrêt relatif aux fonds Marcos, le TF a considéré que «*compte tenu de l'intérêt de la Suisse à une restitution immédiate des valeurs et de la provenance manifestement délictueuse de ces dernières, une remise immédiate se justifie, pour autant que les Philippines garantis-*

*sent une procédure de restitution ou de confiscation conforme au Pacte ONU II*».

<sup>58</sup> ZIMMERMANN (n. 55), p. 201.

<sup>59</sup> MORIER (n. 11), p. 273.

<sup>60</sup> *Id.*, p. 196.

<sup>61</sup> HARARI (n. 55), p. 197.

<sup>62</sup> ATF 1A.215/2004 du 7 février 2005 consid. 9.1.

<sup>63</sup> Dans ce sens également: HARARI (n. 55), p. 185; FLORIAN BAUMANN, in: Marcel Niggli/Hans Wiprächtiger (édit.), Basler Kommentar StGB, Bâle 2003, ad art. 59 aCP, n. 75, est plus réticent: tout en soulignant que l'art. 74a EIMP vise la remise du produit de l'infraction et non pas les valeurs soumises au pouvoir de disposition d'une organisation criminelle, il admet une telle remise pour autant que les droits des tiers de bonne foi soient sauvegardés.

<sup>64</sup> ATF 1A.215/2004 du 7 février 2005 consid. 9.1.

Le TF a conclu en donnant instruction à l'OFJ d'offrir aux détenteurs des comptes visés la possibilité de faire valoir les arguments propres à renverser la présomption posée à l'art. 59 ch. 3 deuxième phrase aCP, c'est-à-dire de démontrer que les fonds saisis ne sont pas d'origine criminelle.

La qualification d'organisation criminelle de certains PEP et leur entourage, de même que le renversement du fardeau de la preuve qui en découle, ont marqué un tournant dans la réflexion juridique relative à la confiscation des avoirs de criminels internationaux.

### 3. Le blocage «politique»: l'art. 184 al. 3 Cst.

L'art. 184 al. 3 Cst. (art. 102 ch. 8 aCst.) prévoit la compétence explicite du CF d'adopter des ordonnances et de prendre des décisions lorsque la sauvegarde des intérêts du pays l'exige. Une deuxième phrase précise que les ordonnances doivent être limitées dans le temps.<sup>65</sup> Cet article permet ainsi au CF d'ordonner le blocage de biens situés en Suisse lorsque leur remise pourrait être contraire aux intérêts de la Suisse, afin notamment de préserver la sécurité et l'intégrité de la place financière helvétique.

La première mesure de blocage de biens à titre de mesure de politique extérieure fut prise en 1986 à l'encontre des avoirs de l'ancien président philippin Marcos.<sup>66</sup> Par la suite, s'appuyant à nouveau sur l'art. 184 al. 3 Cst., le CF édicta l'ordonnance relative à la sauvegarde des avoirs de la RDC en Suisse. Les décisions des 12 décembre 2008 et 25 février 2009 reposent également sur cette norme. L'affaire *Duvalier* est un autre cas d'application de l'art. 184 al. 3 Cst. dont le CF usa à de nombreuses reprises.

### B. Les décisions *Duvalier* et *Mobutu*: un équilibre périlleux des intérêts juridiques en jeu

Malgré l'efficacité de la législation actuelle en matière de restitution des avoirs de PEP, les affaires *Duvalier* et *Mobutu* testent les limites du système prévu par l'EIMP qui présuppose la remise d'une requête d'entraide par un État étranger. Or, dans les cas d'Haïti et de la RDC, c'est précisément l'absence d'une requête d'entraide qui a conduit à la paralysie du système existant. Que faire donc lorsque l'État censé être requérant ne veut, respectivement ne peut, formuler de requête d'entraide demandant la restitution des fonds aux conditions exigées par la législation suisse? C'est là tout le problème des «États défailants» qui, soit par manque de volonté politique (corruption, climat d'impunité, etc.), soit par impossibilité matérielle (système judiciaire inexistant ou faible, incapacité

technique ou logistique, etc.), ne sont pas en mesure d'utiliser la voie de l'entraide internationale.

Dans un tel contexte, les récentes décisions *Duvalier* et *Mobutu* mettent en évidence l'exercice d'équilibriste auquel doivent s'adonner les autorités d'exécution confrontées à des fonds revenant à des États défailants. Ces autorités se trouvent en effet tiraillées entre leur devoir de fidélité aux principes de l'État de droit et leur bonne volonté d'aider des États nécessaires. Cet exercice se révèle d'autant plus complexe que les exigences de l'État de droit sont rigoureuses.

Les mesures prises à titre de confiscation – au contraire de la procédure d'entraide proprement dite – consistent, en effet, en une «contestation sur des droits ou obligations de caractère civil» au sens de l'art. 6 ch. 1 CEDH.<sup>67</sup> Celles-ci doivent donc, sauf exception expressément prévue par la loi, respecter les garanties procédurales qui en découlent, notamment la garantie d'accès au juge (1). De plus, l'exercice du pouvoir d'appréciation de l'autorité compétente reste limité par les principes généraux de la procédure administrative, à savoir ceux de la légalité (2) et de la proportionnalité (3), ainsi que les garanties de procédure fondamentales telle la répartition du fardeau de la preuve au regard de la présomption d'innocence (4).

#### 1. Garantie d'accès au juge

Une décision gelant des fonds équivaut à une saisie et touche directement la personne concernée par la mesure dans ses droits de caractère civil. Celle-ci dispose en conséquence du droit d'accès au juge (art. 6 ch. 1 CEDH).<sup>68</sup>

Dans le cas d'une confiscation au sens de l'art. 74a EIMP (affaire *Duvalier*), les voies de droit sont clairement réglées par l'EIMP et ne soulèvent aucun problème particulier quant au respect du droit d'accès au juge. Ce n'est par contre pas le cas d'un blocage ordonné sur la base de l'art. 184 al. 3 Cst. (affaire *Mobutu*), respectivement d'une décision d'exécution fondée sur une telle ordonnance. Ici, il faut distinguer entre une mesure prise sous la forme d'une ordonnance et une mesure prise sous la forme d'une décision du CF.

S'agissant d'une ordonnance, aucune voie de recours n'est ouverte contre celle-ci. La possibilité de se prévaloir du droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire (art. 29a Cst.) a été rejetée par la jurisprudence qui y a opposé l'exception expresse prévue à l'art. 189 al. 4 Cst.<sup>69</sup> De même, l'art. 6 ch. 1 CEDH ne permet pas de déduire un droit à voir sa cause examinée par un juge dans le cadre d'une ordonnance confiscatoire. Cette disposition implique l'existence d'une contestation réelle et précise; un lien ténu ou des répercussions lointaines ne suffisent pas. L'issue de la

<sup>65</sup> BORGHI (n. 18), p. 132.

<sup>66</sup> *Id.*, p. 133; PASCAL MAHON/JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich 2003, ad art. 18, rem. 13 ss.

<sup>67</sup> Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, RS 0.101).

<sup>68</sup> ATAF C-7589/2007 du 14 mars 2008 consid. 11.6; ATF 132 I 229 consid. 6.3.

<sup>69</sup> ATAF C-7589/2007 du 14 mars 2008 consid. 9.

procédure doit être directement déterminante pour le droit en question.<sup>70</sup> Or, la seule existence d'une ordonnance ne met pas encore en jeu les droits et obligations protégés par la disposition conventionnelle. Le lien concret fait dans ce cas défaut.<sup>71</sup> L'autorité a toutefois le devoir de publier cette ordonnance à caractère confiscatoire. Le CF n'a pas semblé très soucieux du respect de cette formalité, ce qui a obligé tant le TF que le TAF à des exercices divinatoires pour conclure à la qualification d'ordonnance.<sup>72</sup>

La situation est différente dans le cas d'une décision d'exécution d'une mesure ordonnée sur la base de l'art. 184 al. 3 Cst. Cette décision est susceptible de recours auprès du TAF puisqu'il s'agit d'une décision au sens de l'art. 5 PA émanant d'une autorité figurant à l'art. 33 let. d LTAF<sup>73</sup> – en règle générale du DFAE – et sujette à recours selon l'art. 31 LTAF. En outre, l'exception prévue à l'art. 32 al. 1 let. a LTAF ne s'applique pas puisque l'on est en présence de droits de caractère civil au sens de l'art. 6 ch. 1 CEDH. Il est vrai que l'application de cette disposition a été niée lorsque l'autorité dispose d'un libre pouvoir d'appréciation tel qu'en matière de prérogatives discrétionnaires ou d'actes de gouvernement.<sup>74</sup> Ces derniers n'échappent toutefois au contrôle judiciaire que s'ils relèvent de questions politiques pures comme, par exemple, la question de la reconnaissance d'un État étranger. Or, la composante politique d'une mesure se fondant sur l'art. 184 al. 3 Cst. réside uniquement dans la sauvegarde de l'image de la Suisse et de sa place financière à l'étranger. Ce but est en principe garanti par l'EIMP ainsi que par la loi sur le blanchiment d'argent.<sup>75</sup> Ce n'est que dans le cas d'États défaillants que l'art. 184 al. 3 Cst. intervient et que le gel des biens s'opère à titre de mesures exceptionnelles de politique extérieure. Or «[i]l ne serait pas conforme aux principes régissant un État de droit qu'en présence d'un même état complexe de faits, les parties se trouvent privées d'une voie de droit dans un cas (blocage basé sur des motifs politiques) alors qu'elles en bénéficient dans l'autre (blocage basé sur l'entraide)».<sup>76</sup> Dès lors, il n'y a pas de raison de nier l'application de l'art. 6 ch. 1 CEDH. Partant, la voie du recours administratif auprès du TAF est ouverte.

## 2. Respect du principe de la légalité

Ancré à l'art. 5 al. 1 Cst., le principe de la légalité implique que le droit soit la base et la limite de l'activité de l'État. La restriction à un droit fondamental est permise aux conditions de l'art. 36 Cst.

### a. Garantie de la propriété

Incontestablement, la mesure de blocage, respectivement de confiscation, porte atteinte au droit fondamental qu'est la garantie de la propriété (art. 26 Cst.).<sup>77</sup>

Une telle restriction doit être fondée sur une base légale, poursuivre un intérêt public, respecter le principe de la proportionnalité et ne doit, en principe, pas porter atteinte au noyau dur de la propriété (art. 36 al. 1 Cst.).<sup>78</sup> La base légale doit en outre présenter une certaine «densité normative», à savoir qu'elle soit suffisamment claire et précise. L'exigence découle non seulement du principe général de la légalité mais également de la sécurité du droit.<sup>79</sup> Ainsi, plus la gravité est importante, plus la base légale doit être claire et la restriction revêtir une forme qualifiée, c'est-à-dire une loi adoptée par le législateur formellement institué par la Constitution.<sup>80</sup> Enfin, comme le relève le TF, «pour déterminer quel degré de précision on est en droit d'exiger de la loi, il faut tenir compte du cercle de ses destinataires et de la gravité des atteintes qu'elle autorise aux droits fondamentaux (...). Une atteinte grave exige en principe une base légale formelle claire et précise, alors que les atteintes plus légères peuvent, par le biais d'une délégation législative, figurer dans des actes de niveau inférieur à la loi, ou trouver leur fondement dans une clause générale (...)».<sup>81</sup>

Il découle de ce qui précède que, s'il n'existe pas de base légale claire et suffisante, l'autorité pourrait tout au plus invoquer la «clause générale de police» pour justifier une dérogation aux droits fondamentaux. Cependant, celle-ci n'est admise en jurisprudence que pour prévenir ou faire cesser une «atteinte sérieuse et imminente à l'ordre public, atteinte qui ne saurait être écartée d'une autre manière».<sup>82</sup>

Concrètement, l'EIMP ne contient aucune disposition claire et précise justifiant une dérogation aux principes de l'entraide tels que contenus aux art. 1 et 67a EIMP. Il n'y a

<sup>70</sup> ATF 130 I 388 consid. 5.1; ATF 127 I 115 consid. 5b; Cour européenne des droits de l'homme (Cour eur. DH), Arrêt *Athanassoglou et autres c. Suisse* du 6 avril 2000, Recueil des arrêts et décisions, 2000 IV p. 217, par. 43; Cour eur. DH, Arrêt *Werner c. Autriche* du 24 novembre 1997, Recueil, 1997 VII p. 2496, par. 34; Cour eur. DH, Arrêt *Balmer-Schafroth et autres c. Suisse* du 26 août 1997, Recueil, 1997 IV p. 1346, par. 32 et les arrêts cités.

<sup>71</sup> ATAF C-7589/2007 du 14 mars 2008 consid. 9.3.

<sup>72</sup> *Id.*, consid. 5.1; ATF 132 I 229 consid. 4.4.

<sup>73</sup> Loi sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32).

<sup>74</sup> ATAF C-7589/2007 du 14 mars 2008 consid. 12.2 et les réf. citées.

<sup>75</sup> Loi sur le blanchiment d'argent (LBA, RS 955.0).

<sup>76</sup> ATAF C-7589/2007 du 14 mars 2008 consid. 12.5.

<sup>77</sup> MAHON/AUBERT (n. 66), ad art. 26 Cst. et les réf. citées.

<sup>78</sup> *Id.*, ad art. 26 Cst., rem. 10 et les réf. citées; BERNHARD EHRENZELLER/PHILIPPE MASTRONARDI/RAINER SCHWEIZER/KLAUS VALLENDER, *Die Schweizerische Bundesverfassung*, St. Galler Kommentar, Zurich 2002, ad art. 26 Cst., rem. 38 ss et les réf. citées.

<sup>79</sup> MAHON/AUBERT (n. 66), ad art. 36 Cst., rem. 9 et les réf. citées.

<sup>80</sup> *Id.*, ad art. 26 Cst., rem. 10 et les réf. citées; ATF 119 Ia 362, en particulier p. 366.

<sup>81</sup> ATF 123 I 112, en particulier p. 124, cité *expressis verbis* par MAHON/AUBERT (n. 66), ad art. 36 Cst., rem. 9.

<sup>82</sup> ATF 103 Ia 310, en particulier p. 311 s.; v. aussi MAHON/AUBERT (n. 66) ad art. 36 Cst., rem. 10 et les réf. citées.



donc pas de base légale formelle permettant non seulement de renverser le fardeau de la preuve, mais également d'accorder l'entraide de façon plus spontanée et facilitée à l'égard d'États requérants défaillants – tels Haïti et la RDC – qu'à l'égard d'autres États respectant les conditions posées par les autorités suisses. Ni la loi ni le Message du CF ne permettent une telle interprétation. Dans la mesure où l'EIMP ne contient aucune base légale expresse permettant de justifier les décisions des 2 juillet 2008 et 12 février 2009 ainsi que des 12 décembre 2008 et 25 février 2009, des doutes persistent quant à la légalité de ces mesures. Il s'agit toutefois d'examiner si d'autres dispositions peuvent remplir avec satisfaction la condition de la légalité.

## b. Bases légales fondant la restitution anticipée

### i. L'art. 184 al. 3 Cst.

Comme nous l'avons vu, l'art. 184 al. 3 Cst. permet au CF de prendre des mesures, sous la forme d'ordonnances ou de décisions, lorsque la sauvegarde des intérêts du pays l'exige, pour autant que celles-ci soient «nécessaires» et «limitées dans le temps». Lorsque ces conditions sont remplies, l'art. 184 al. 3 Cst. peut constituer une base légale provisoire suffisante pour la restriction des libertés fondamentales, pour autant qu'elles soient justifiées par un intérêt public et qu'elles soient proportionnées au but visé.<sup>83</sup> Toutefois, compte tenu de son caractère limité dans le temps, cette disposition ne saurait justifier à elle seule une confiscation – et encore moins une restitution anticipée – des fonds bloqués dans les affaires *Duvalier* et *Mobutu*.

### ii. L'art. 74a EIMP

L'art. 74a EIMP prévoit expressément la restitution anticipée d'objets ou de valeurs. Comme indiqué, cette disposition potestative laisse un large pouvoir d'appréciation à l'autorité. L'alinéa 3 esquisse toutefois un garde-fou: une saisie confiscatoire n'intervient en règle générale que sur décision définitive et exécutoire de l'État requérant. En l'absence de cette décision, l'autorité compétente doit procéder à une évaluation au cas par cas, afin d'établir l'opportunité d'une restitution.

Sans préjuger des conclusions de cette évaluation dans les deux affaires qui nous occupent, nous nous bornons à relever deux points dont doit tenir compte l'autorité compétente lors d'une éventuelle décision de remise anticipée: d'une part, l'existence d'un lien entre des crimes avérés et les fonds visés et, d'autre part, l'absence de prescription de ces crimes.

La confiscation des biens saisis n'est justifiée que si ceux-ci appartiennent bel et bien à *Duvalier*, respectivement à *Mobutu*, et que ceux-ci les ont acquis illégitimement. Une telle mesure ne peut viser que le produit résultant d'une infraction. L'autorité compétente doit être satisfaite des éléments

de preuve à disposition. Ceux-ci doivent être d'autant plus convaincants qu'aucune décision de confiscation, définitive et exécutoire, n'a été rendue en Haïti, respectivement en RDC.

La question de la prescription s'avère plus épineuse. Selon la jurisprudence du TF, la prescription absolue est une cause d'irrecevabilité de la requête d'entraide, lorsque, en particulier, la Suisse n'est liée à l'État requérant par aucun traité. Pour le TF, ce sont des raisons d'ordre public qui ont conduit le législateur à faire de la prescription absolue une cause d'irrecevabilité,<sup>84</sup> sous réserve de règles plus souples résultant de droits conventionnels, notamment de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (CEEJ).<sup>85</sup>

Dans l'affaire *Duvalier*, les faits remontent au temps de sa présidence (1971 à 1986). Il s'agit, pour la plupart, de crimes d'origine patrimoniale dont la prescription est aujourd'hui acquise. Il en va de même dans le cas *Mobutu* dont les faits remontent à 1997 et dont la prescription a déjà été relevée par l'OFJ.<sup>86</sup> L'exercice consiste donc à relier ces avoirs à des crimes imprescriptibles tels que des crimes contre l'humanité. Reste que cette infraction n'est pas encore reconnue en tant que telle en droit suisse. Quant à son imprescriptibilité, l'art. 101 al. 1 let. a CP n'est guère utile à l'heure actuelle. Rappelons en effet que la Suisse a tout au plus ratifié la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide,<sup>87</sup> après avoir auparavant ratifié les quatre conventions de Genève.<sup>88</sup> Il n'existe pas de convention concernant les crimes contre l'humanité. Dès lors, le droit positif suisse demeure aujourd'hui lacunaire. La partie générale du CP et du Code pénal militaire (CPM)<sup>89</sup> ne donne que quelques solutions – notamment sous l'angle de l'art. 6 CP – en relation avec la compétence des tribunaux pénaux suisses. La notion de crime contre l'humanité demeurant encore vague en droit suisse, le CF a jugé utile, en août 2005, de mettre en consultation un avant-projet portant sur la Loi fédérale relative à la modification du CP, du CPM ainsi que d'autres lois fédérales en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale.<sup>90</sup> En avril 2008, le CF a diffusé un nouveau projet (ci-après: *Projet*) accompagné d'un Message.<sup>91</sup> L'idée est de rendre imprescriptibles, outre le génocide, les crimes contre l'humanité (art. 264a al. 1 et 2 *Projet*), les crimes de guerre (art. 264c al. 1 à 3, 264d al. 1 et 2, 264e al. 1

<sup>84</sup> ATF 116 Ib 452 consid. 4a = JdT 1993 IV 159.3.

<sup>85</sup> RS 0.351.1. S'agissant de la CEEJ, rappelons que, selon le TF, il s'agit d'une lacune proprement dite (ATF 118 Ib 266).

<sup>86</sup> ATF 132 I 229 consid. C.

<sup>87</sup> RS 0.311.11.

<sup>88</sup> RS 0.518.12; RS 0.518.23; RS 0.518.42; RS 0.518.51.

<sup>89</sup> RS 321.0.

<sup>90</sup> LAURENT MOREILLON, La Suisse et les crimes contre l'humanité, in: Laurent Moreillon/Aude Bichovsky/Maryam Massrouji (édit.), *Droit pénal humanitaire*, 2<sup>e</sup> éd., Genève 2009, p. 459 ss, en particulier p. 460 et les réf. citées.

<sup>91</sup> Message du 23 avril 2008, FF 2008 p. 3461 ss.

<sup>83</sup> Art. 36 al. 2 et 3 Cst.; ATF 132 I 229 consid. 10.1; ATF 129 II 193 consid. 5.3.3.

et 2, 264f al. 2, 264g al. 1 et 2 et 264h Projet), ainsi que les crimes commis en vue d'exercer une contrainte ou une extorsion et qui mettent en danger – ou menacent de mettre en danger – la vie et l'intégrité corporelle d'un grand nombre de personnes, notamment par l'utilisation de moyens d'extermination massive, par le déclenchement d'une catastrophe ou par une prise d'otages.<sup>92</sup>

Notons encore que, dans le cas d'Haïti, l'OFJ a tenté de contourner l'obstacle de la prescription en réactivant la requête d'entraide initiale. En effet, la requête présentée par le gouvernement haïtien en juillet 2008 ne semble pas avoir été considérée comme une nouvelle requête mais comme un nouvel épisode de la procédure de 1986, avec pour conséquence l'interruption de la prescription à la date de la requête initiale. Il est vrai qu'en vertu des principes inhérents à la procédure administrative – notamment celui de l'absence d'exception de chose jugée – l'autorité peut se ressaisir du dossier, mais il n'est pas sûr que ce raisonnement résiste à l'épreuve du juge.

### iii. Application analogique de l'art. 72 CP

En l'absence de confiscation autonome, le TF a fait preuve d'innovation lorsqu'il a qualifié la structure mise en place par Abacha et ses complices d'organisation criminelle, ouvrant ainsi la voie à l'application analogique de l'art. 72 CP dans le cadre de l'entraide internationale (cf. IV.A.2.c.iii). Ce raisonnement soulève toutefois plusieurs questions.

Dans un arrêt récent, le TF a rappelé qu'une mesure de confiscation en Suisse requiert que la juridiction suisse soit compétente, soit sur la base d'un rattachement à la Suisse, soit sur la base d'une requête d'entraide. Il a indiqué qu'il n'y avait pas lieu de s'écarter de cette ligne s'agissant de la confiscation des fonds d'une organisation criminelle pour soumettre celle-ci au principe de l'universalité.<sup>93</sup> Or, en l'absence de rattachement à la Suisse, cette compétence fait précisément défaut dans le cas des États défaillants comme Haïti ou la RDC, soit que ce rattachement n'existe tout simplement pas, soit qu'il soit prescrit.

Qui plus est, la légalité de la confiscation pénale au sens de l'art. 72 CP (art. 59 ch. 3 aCP) est controversée. Pour le CF, le renversement du fardeau de la preuve n'est pas incompatible avec l'art. 6 ch. 2 CEDH dans la mesure où il n'a pas pour objet la question de l'innocence ou de la culpabilité d'une personne déterminée, mais porte uniquement sur le point de savoir à qui appartient le pouvoir de disposition sur des valeurs patrimoniales déterminées.<sup>94</sup> La doctrine suisse n'est pas unanimement convaincue de la conformité de la disposition avec la CEDH. TRECHSEL ne la met pas en doute, en se référant en particulier à des arrêts de la CEDH rendus

dans des affaires italiennes.<sup>95</sup> Afin de respecter les garanties de la CEDH, il lui paraît toutefois nécessaire que les autorités pénales ne se montrent pas trop strictes sur la contre-preuve offerte au détenteur des biens, en tout cas lorsque la personne concernée n'est pas elle-même membre d'une organisation criminelle.<sup>96</sup> Il est en outre essentiel que les éléments constitutifs visés à l'art. 260<sup>er</sup> ch. 1 al. 2 CP soient réalisés, ce qui suppose, en principe, que la personne sache que sa contribution pourrait servir à la poursuite du but criminel de l'organisation, ou qu'elle prévoie cette possibilité et l'accepte dans le cas où elle se réaliserait. En revanche, dans le cas de l'administration de valeurs patrimoniales, les éléments constitutifs du soutien à une organisation criminelle ne supposent pas que la personne sache ou doive supposer que ces valeurs proviennent d'une infraction concrète.<sup>97</sup> Si des doutes existent quant à la conformité de l'art. 72 CP à la CEDH, ceux-ci sont d'autant plus grands s'agissant d'une application analogique de cette disposition, par voie de jurisprudence, à l'entraide internationale.

Les considérations qui précèdent montrent que l'utilisation de l'art. 72 CP dans le cadre de l'entraide internationale n'est pas sans soulever des problèmes. Son application aux affaires *Duvalier* et *Mobutu* nous paraît difficile. La question de la compétence, tout d'abord, présente un obstacle insurmontable en l'absence d'une requête d'entraide. La requête d'entraide déposée par Haïti, ainsi que la plainte intentée par la RDC, ont permis, provisoirement, de passer outre cette difficulté. Toutefois, il reste encore la fragilité de l'exigence de la contre-preuve compte tenu de son origine jurisprudentielle. Enfin, cet article suppose, comme condition première, la qualification d'organisation criminelle. Or, il n'est pas avéré que cette qualification puisse s'appliquer à la famille Duvalier et au clan Mobutu.

### 3. Respect du principe de la proportionnalité

Une mesure de blocage, respectivement de confiscation, doit obéir au principe de la proportionnalité.<sup>98</sup> Celui-ci s'impose tant au regard de l'art. 184 al. 3 Cst. (affaire *Mobutu*) qu'au regard des art. 74a EIMP et 72 CP (affaire *Duvalier*).<sup>99</sup>

Pour qu'une mesure soit conforme au principe de la proportionnalité, il faut qu'elle soit apte à atteindre le but visé, que ce dernier ne puisse être atteint par une mesure moins incisive et qu'il existe un rapport raisonnable entre les effets de la mesure sur la situation de l'administré et le résultat

<sup>92</sup> MOREILLON (n. 90), p. 476 s.

<sup>93</sup> ATF 6B.722/2007 du 9 mai 2008.

<sup>94</sup> FF 1993 III 311.

<sup>95</sup> STEFAN TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, Kurzkommentar, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2005, ad art. 59 CP, n. 23 et les nombreuses réf. citées.

<sup>96</sup> *Ibid.*

<sup>97</sup> ATF 132 IV 132 consid. 4.1.4; ATF 131 II 235 consid. 12.2 = JdT 2007 IV p. 29; ATF 128 II 355 consid. 2.4 = JdT 2005 IV p. 270.

<sup>98</sup> Art. 36 al. 3 Cst.

<sup>99</sup> ATF 132 I 229 consid. 10.1; ATF 123 IV 29 consid. 3a.

escompté du point de vue de l'intérêt public.<sup>100</sup> Il n'est jamais inutile de rappeler que, au sens de la proportionnalité, le but doit être assez important et doit pouvoir être atteint de manière assez efficace pour justifier, dans son ampleur, la restriction imposée à la liberté.<sup>101</sup>

Savoir si une mesure est nécessaire à la sauvegarde des intérêts de la Suisse dans les relations avec l'étranger est une question de droit qui, au vu de ses implications politiques, comporte une importante marge d'appréciation. Par conséquent, le TF, outre qu'il ne saurait procéder à un contrôle de l'opportunité de la mesure, fait preuve d'une grande retenue dans l'appréciation des faits et la pesée des intérêts en présence qu'il ne revoit, pratiquement, que sous l'angle de l'arbitraire.<sup>102</sup>

Ainsi, au regard de la proportionnalité, une mesure de blocage qui perdure depuis plus de vingt ans peut s'apparenter à une confiscation portant atteinte à la garantie de la propriété protégée par l'art. 26 Cst.<sup>103</sup> Il s'ensuit que les blocages des fonds Duvalier et Mobutu, qui ont duré vingt-trois, respectivement onze ans, mettent ce principe à rude épreuve. Qui plus est, le fait que les États concernés n'aient, durant longtemps, montré aucun intérêt à la procédure de confiscation, remet en cause l'intérêt public de cette mesure. Il est donc légitime de se demander si une restitution, au nom de l'intégrité de la place financière suisse, à un État qui n'est pas à même de présenter une requête dans ce sens, est vraiment proportionnée. L'implication des victimes directes de la spoliation, dont les avoirs confisqués sont le fruit, de même que des garanties relatives à l'utilisation de ces biens pour des tâches d'utilité publique, permettraient de rétablir l'équilibre d'une mesure de confiscation.

#### 4. La charge du fardeau de la preuve au regard de la présomption d'innocence

Comme relevé précédemment, la règle de l'art. 72 CP demeure douteuse s'agissant de sa conformité à l'art. 6 ch. 2 CEDH. Certes, l'intéressé peut se voir attribuer la charge de prouver qu'il n'est pas lié à une organisation criminelle pour pouvoir revendiquer, en droit suisse, la restitution des fonds. Cependant, la règle se heurte à une autre, plus fondamentale, selon laquelle nul n'a l'obligation de s'auto-incriminer. Finalement, si le tiers n'arrive guère à faire la démonstration qu'il est un propriétaire légal et licite des fonds, ne court-il pas le risque d'être recherché pour participation active à une organisation criminelle?

Comme relevé ci-dessus, la procédure d'entraide judiciaire a une vocation purement administrative. Dès lors, l'application de l'art. 6 ch. 2 CEDH pourrait paraître douteuse,

s'agissant de l'interprétation telle que conférée par le TF à l'art. 74a EIMP. À supposer que l'on soit dans une procédure pénale, il faut encore se demander comment les juges de Strasbourg règlent la question du fardeau de la preuve. Celle-ci a été tranchée par la Cour européenne des droits de l'homme (Cour eur. DH) dans l'affaire *Salabiaku c. France*.<sup>104</sup> Pour la Cour, la règle du fardeau de la preuve n'est pas absolue. Tout système juridique connaît nécessairement des présomptions de fait ou de droit. La CEDH n'y met pas obstacle en principe. En matière pénale, «elle oblige les États contractants à ne pas dépasser à cet égard un certain seuil». Plus particulièrement, si l'art. 6 ch. 2 CEDH «se bornait à énoncer les garanties à respecter par les magistrats pendant le déroulement des instances judiciaires, ces exigences se confondraient en pratique, dans une large mesure, avec le devoir d'impartialité qu'impose l'art. 6 ch. 1 CEDH». Dans ce contexte, le grief de la violation de l'art. 6 ch. 2 CEDH doit être examiné de façon concrète. L'art. 6 CEDH «ne s'intéresse donc pas aux présomptions de fait ou de droit qui se rencontrent dans les lois répressives. Il commande aux États de les enserrer dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense».<sup>105</sup>

Plus particulièrement, si le renversement du fardeau de la preuve n'est pas un crime en soi, tout va dépendre de la gravité de la sanction et de la faculté, pour l'intéressé, de pouvoir participer efficacement et activement au procès équitable.<sup>107</sup> Pour la Cour, il s'agit de rechercher dans chaque cas si les limites de la présomption ont été franchies au détriment de l'accusé.<sup>108</sup> Dans la mesure où l'intéressé a la faculté d'apporter la preuve qu'il n'est pas l'auteur de l'infraction, qu'il peut amener des éléments établissant qu'il y a doute sur sa participation, qu'il peut invoquer le bénéfice de circonstances atténuantes ou qu'il peut faire état d'un cas de force majeure, il n'y a aucune trace de violation de l'art. 6 CEDH.<sup>109</sup>

En l'espèce, la contre-preuve qui incombe à la famille Duvalier, respectivement au clan Mobutu, porte sur des années d'activités à la tête d'un État, les faits s'étant en outre déroulés il y a plus de quinze ans. La difficulté de cette tâche doit toutefois être relativisée en comparaison de celle des États, spoliés et vidés de leurs ressources – avec les conséquences matérielles et humaines qui en découlent – de venir démontrer l'origine illicite des fonds bloqués.

<sup>104</sup> Cour eur. DH, Arrêt *Salabiaku c. France* du 7 octobre 1988, Recueil, Série A n° 141 par. 28.

<sup>105</sup> *Ibid.*

<sup>106</sup> *Ibid.*

<sup>107</sup> LAURENT MOREILLON, La recherche des preuves dans l'instruction pénale: maxime inquisitoire et droit de la défense, RPS 2004, p. 140 ss, en particulier p. 146 et les réf. citées.

<sup>108</sup> Arrêt *Salabiaku c. France* (n. 104).

<sup>109</sup> *Ibid.*

<sup>100</sup> ATF 125 I 474 consid. 3 et les arrêts cités.

<sup>101</sup> MAHON/AUBERT (n. 66), ad art. 36 Cst., rem. 16 et les réf. citées.

<sup>102</sup> ATF 132 I 229 consid. 10.3; ATF 129 II 193 consid. 5.1.

<sup>103</sup> ATF 1A.335/2005 du 18 août 2006 consid. 6.1.

## V. Propositions pour un projet de loi

L'analyse des décisions des 2 juillet 2008 et 12 février 2009, ainsi que des 12 décembre 2008 et 25 février 2009, a montré que la pratique actuelle en matière de restitution anticipée, dans le cas d'États défaillants, soulève des doutes en terme de légalité, de proportionnalité et de garanties procédurales. La confiscation ne s'impose que faiblement et sans convaincre, par des applications analogiques de la loi et des fondements jurisprudentiels fragiles. Si la jurisprudence *Abacha* a ouvert la porte à de nouveaux développements en matière de restitution anticipée de fonds, il est maintenant primordial de pouvoir les ancrer dans une base légale solide qui adresse formellement la problématique des États défaillants.

La question d'une réforme législative en matière de confiscation des avoirs des PEP a déjà donné lieu à de nombreux objets parlementaires.<sup>110</sup> C'est à la suite du Postulat Gutzwiller du 21 juin 2007 sur l'entraide judiciaire avec les États défaillants<sup>111</sup> que le CF a décidé d'agir sur le plan législatif en mandant le DFAE de rédiger un projet de loi réglementant la confiscation des avoirs d'origine illicite déposés en Suisse par des PEP.<sup>112</sup> L'ambition du présent article se limite à suggérer quelques éléments de réflexion à considérer lors de l'élaboration de la nouvelle loi.

Il est évident que le projet de loi ne peut échapper à la formulation de règles claires et précises concernant la confiscation et la restitution anticipée. Trois voies sont possibles: la voie de l'entraide (modification de l'EIMP), la voie pénale (modification du CP) ou la voie administrative (introduction d'une nouvelle norme législative).

Les avis sont partagés. PIETH privilégie une modification de la législation pénale. Dans ce sens, il propose l'adoption d'une norme de confiscation autonome – à l'exemple des législations autrichienne et liechtensteinoise – combinée à un renversement du fardeau de la preuve.<sup>113</sup> Relevant les difficultés liées à une application étendue de l'art. 72 CP, il favorise un renversement du fardeau de la preuve spécifiquement adapté au cas des PEP. Il s'agirait ainsi, d'une part, de délimiter de manière adéquate le concept de PEP et, d'autre part, d'établir un catalogue des actes incriminés. Tel n'est pas l'avis de MORIER qui considère que le CP ne peut pallier les dysfonctionnements d'États étrangers et rejette la voie pénale. Selon lui, le but d'une adaptation législative doit viser l'introduction d'une norme de confiscation et non la criminalisation de certains comportements. Il préconise,

en conséquence, une solution administrative qui reposerait sur la compétence du CF en matière d'«affaires étrangères» octroyée par l'art. 54 Cst.<sup>114</sup> Il rejoint toutefois PIETH en combinant cette norme administrative à un renversement du fardeau de la preuve. Enfin, tous les deux excluent la voie de l'entraide qui pose comme condition essentielle l'existence d'une requête de l'État étranger. Cette troisième voie a certes fait ses preuves dans le cas d'États requérants réactifs,<sup>115</sup> mais l'incapacité ou le manque de volonté de certains États («défaillants») à produire les éléments de preuve nécessaires – voire même à formuler une requête d'entraide – a bien montré les limites du système.

Le choix entre la voie pénale, la voie administrative et celle de l'entraide internationale, dépend essentiellement de deux éléments. Le premier est le degré de preuve exigé pour l'établissement de l'origine illicite des fonds. Le deuxième concerne la latitude que l'on compte laisser à l'autorité compétente dans l'application de la norme. La voie pénale permettrait une application plus systématique d'une telle norme mais exigerait, en retour, un degré de preuve plus élevé et précis, ôtant une partie de son pouvoir d'appréciation à l'autorité compétente. Or, le cas d'un État défaillant comporte toujours une dimension politique (pauvreté extrême, catastrophes naturelles, corruption endémique, etc.) qui nécessite un pouvoir d'appréciation adéquat, ce que la voie administrative permettrait de préserver au mieux. Quant à la voie de l'entraide, elle suppose une aide *inter* États qui semble illusoire dans le cas d'États défaillants, puisqu'une telle coopération ne peut exister lorsqu'un État requérant ne veut ou ne peut agir.

Quelle que soit la voie choisie, il nous paraît nécessaire que le nouveau projet de loi incorpore certains éléments indispensables au bon déroulement de la confiscation, à commencer par le renversement du fardeau de la preuve. D'autres problèmes comme celui de la prescription des actes incriminés doivent également être adressés. Il s'agira de fixer clairement le départ du délai de prescription ainsi que sa durée, voire l'imprescriptibilité de tels actes. Se pose en outre la question du rôle des victimes directes. En effet, les crimes patrimoniaux à l'origine des fonds vont souvent de pair avec des violations crasses des droits de l'homme, la mise en place d'un régime de terreur dans un pays favorisant la corruption et le pillage des ressources.<sup>116</sup> Il existe donc un lien entre ces violations des droits de l'homme et ces fonds. Il s'ensuit que les victimes de ces violations devraient également pouvoir participer à la procédure, en tant que partie pénale ou civile.<sup>117</sup>

<sup>110</sup> Interpellation Remo Gysin (07.3324 du 13 juin 2006); Question Luc Recordon (07.5168 du 11 juin 2007); Interpellation Didier Berberat (07.3336 du 14 juin 2007); Interpellation Dick Marty (07.3499 du 22 juin 2007); Initiative parlementaire Groupe socialiste, porte-parole Carlo Sommaruga (07.445 du 22 juin 2007); Question Didier Berberat (08.1049 du 12 juin 2008).

<sup>111</sup> Postulat Felix Gutzwiller (07.3459 du 21 juin 2006).

<sup>112</sup> DFAE (n. 5).

<sup>113</sup> PIETH (n. 39), p. 505.

<sup>114</sup> MORIER (n. 11), p. 277 s.

<sup>115</sup> V. les affaires *Marcos*, *Abacha* et *Montesinos* citées précédemment (n. 45 ss).

<sup>116</sup> Cette réalité apparaît d'autant plus clairement lorsque la qualification d'«organisation criminelle» est utilisée.

<sup>117</sup> L'art. 53 de la Convention de l'ONU contre la corruption pourrait servir de source d'inspiration. En effet, la portée de cet ar-

Ces pistes de réflexion ne sont pas exhaustives et se limitent à la question de la confiscation. Les modalités de restitution de ces fonds ainsi que la supervision de leur utilisation, afin d'éviter que les fonds restitués ne viennent alimenter la corruption endémique de certains États bénéficiaires, demeurent une question délicate qui devra être abordée avec grand soin.

## VI. Conclusion

Comme l'affaire *Marcos* en son temps, les affaires *Duvalier* et *Mobutu* servent aujourd'hui de cas d'école au législateur helvétique. Le système actuel de confiscation et de restitution des biens illicites de PEP repose sur la bonne volonté de l'État requérant. Que cet État, supposé requérant, vienne à faillir et la machine s'enraie. Loin des tergiversations politiques et des bricolages juridiques, il s'agit, à présent, d'apporter une solution claire à la problématique des biens illicites revenant à des États défaillants.

Cette démarche permettra à la Suisse de préserver au mieux ses intérêts, notamment en terme de réputation, dans les domaines financiers et de politique internationale. En effet, l'absence – voulue ou non – de coopération de la part de certains États peut faire de la Suisse le *coffre-fort international* involontaire de ces fonds litigieux, menaçant son image de place financière propre, déjà mise à mal ces derniers temps. Qui plus est, les citoyens de ces États défaillants sont souvent ceux à qui ces biens seraient les plus nécessaires. Dans la mesure où leur État n'est pas à même ou ne veut pas entreprendre les démarches utiles, il serait temps d'offrir à ces victimes la possibilité de faire valoir leur droit à la restitution de ces biens illégitimement acquis.

Souhaitons que le législateur saura relever ce défi dans le respect des principes d'un État de droit et de justice.

---

ticle qui prévoit la possibilité, pour l'ayant droit légitime, de recouvrer par le biais d'une action civile les avoirs dissimulés à l'étranger par un agent public corrompu, n'est pas limitée au seul État lésé, mais s'étend également à chaque particulier qui fait valoir un droit légitime.

Die Beschlagnahme und Rückgabe von Vermögenswerten, die von politisch exponierten Personen widerrechtlich angeeignet und in der Schweiz deponiert worden sind, haben im Zusammenhang mit den Affären *Duvalier* und *Mobutu* neue rechtliche Entwicklungen erfahren. Der vorliegende Aufsatz wirft einen kritischen Blick auf die heutige Rechtspraxis und zeigt die Grenzen des geltenden Rechts auf. Obwohl die heutigen Regelungen denjenigen Staaten, die sogleich ihre korrupten Potentaten zur Verantwortung ziehen, einen effektiven Schutz bieten, erweisen sie sich aber bei «Säumnis» dieser Staaten als weitgehend unwirksam. In diesen Fällen tun sich die schweizerischen Behörden schwer, Gerechtigkeit mit Rechtsstaatlichkeit zu vereinbaren. Nur grundlegende Gesetzesänderungen können diese Probleme, die dem Ansehen der Schweiz ausserpolitisch und mit Bezug auf den Finanzplatz schaden könnten, lösen. Der Aufsatz schliesst mit einigen Vorschlägen für eine neue Gesetzgebung.