

L'État requérant lésé par l'organisation criminelle : L'exemple des cas Abacha et Duvalier

Enrico Monfrini / Yves Klein

- I. Introduction**
- II. Définition de l'organisation criminelle en droit suisse**
- III. Procédure pénale**
- IV. Procédure d'entraide**
- V. Conclusion**

I. Introduction

À notre connaissance, la question de savoir quels sont les droits procéduraux d'un État étranger lésé par une organisation criminelle s'est posée la première fois en Suisse dans le cadre de l'affaire des avoirs de feu le général Sani Abacha, alors que se déroulaient parallèlement une procédure d'entraide à la demande du Nigeria et une procédure pénale genevoise, dans le cadre de laquelle le Nigeria avait été admis en qualité de partie civile.

Ces procédures ont conduit le Tribunal fédéral, notamment dans l'arrêt *Abacha* du 7 février 2005,¹ à se pencher sur des questions qui n'avaient que peu été étudiées par la doctrine, notamment sur les rapports entre le droit d'accès au dossier de l'État lésé, partie civile dans le cadre de la procédure pénale et de la procédure d'entraide, les conditions de la remise des avoirs en l'absence de décision judiciaire préalable dans l'État requérant, la qualification d'organisation criminelle appliquée à un ancien chef de l'État et à son entourage et

¹ ATF 131 II 169.

l'applicabilité de l'article 72 du Code pénal (CP) (article 59 al. 3 aCP) en matière d'entraide.²

Depuis lors, la jurisprudence du Tribunal fédéral a été précisée par le Tribunal pénal fédéral, notamment dans l'arrêt *Duvalier* du 12 août 2009 dans le cadre de la procédure d'entraide initiée par la République d'Haïti en 1986 concernant les avoirs en Suisse de Jean-Claude Duvalier.³

Ces deux affaires concernaient le même type d'état de fait, à savoir des chefs d'État et leur entourage, composé de certains hauts fonctionnaires, hommes d'affaires et proches, se livrant à un pillage systématique des caisses publiques, à l'abri de régimes se maintenant au pouvoir par la violence, et dont le produit était blanchi professionnellement, notamment en Suisse. Une difficulté particulière provenait du fait de la multiplicité des infractions – commises dans le cas *Duvalier* sur plusieurs décennies – et du nombre très élevé de comptes bancaires utilisés, ouverts dans plusieurs pays.

La présente contribution, qui se veut plutôt un point de vue de praticiens ayant agi pour le compte des États précités qu'une approche académique, examinera dès lors l'application de la notion d'organisation criminelle au phénomène de la kleptocratie ou de la « criminalisation de l'État »⁴ et son impact sur les droits procéduraux et de fond de l'État lésé en procédure pénale ainsi que sur la procédure d'entraide.

En premier lieu, nous examinerons dans quelle mesure les arrêts *Abacha* et *Duvalier* s'inscrivent dans le cadre de la définition de l'organisation criminelle, sur la base des travaux préparatoires et des définitions jurisprudentielles antérieures, en référence en particulier à la condition du secret (*infra* II). Nous décrirons ensuite dans quelle mesure l'État étranger peut être lésé par l'organisation criminelle et son droit en découlant à participer à la procédure pénale suisse et à l'allocation des avoirs confisqués à l'organisation criminelle (*in-*

² Code pénal (CP, RS 311.0).

³ ATPF RR.2009.94 du 12 août 2009.

⁴ JEAN-FRANÇOIS BAYART/STEPHEN ELLIS/BÉATRICE HIBOU, *La Criminalisation de l'État en Afrique*, Bruxelles 1997.

fra III). Nous nous pencherons enfin sur les rapports entre la procédure d'entraide et la procédure pénale quant à l'accès au dossier, puis à la faculté pour les autorités d'entraide suisse d'appliquer l'article 72 CP et de transmettre les valeurs saisies en Suisse sans décision judiciaire préalable dans l'État requérant (*infra* IV).

Les questions relatives à l'immunité du chef de l'État ou du gouvernement ne seront pas explorées, dès lors que la qualité d'État requérant et/ou d'État participant comme lésé à la procédure pénale suisse implique une levée de l'immunité par l'État concerné.⁵ Les dommages causés à l'État par les organisations criminelles de type mafieux, terroriste ou actives dans le trafic de drogue ne seront pas abordés.

II. Définition de l'organisation criminelle en droit suisse

A. Histoire législative

L'histoire de la criminalisation de la criminalité organisée en Suisse est intimement liée à la coopération internationale en matière pénale. Ainsi, la doctrine⁶ s'accorde pour faire remonter à 1973 la première définition juridique du crime organisé en droit suisse, par le biais du Traité sur l'entraide judiciaire en matière pénale du 25 mai 1973 avec les États-Unis (TEJUS),⁷ dont l'article 6 prévoyait que les États

⁵ ATF 115 Ib 496 du 2 novembre 1989 rendu dans le cadre de la demande d'entraide américaine concernant Ferdinand et Imelda Marcos : « [l]eur mise en accusation devant les juridictions américaines ne pouvait et ne peut entrer en ligne de compte qu'en vertu d'une renonciation expresse de l'État philippin à l'immunité que le droit international public leur a reconnue non comme un avantage personnel, mais en faveur de l'État qu'ils dirigeaient » (consid. 5d). Voir aussi ROBERT ZIMMERMANN, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 3^e éd., Paris/Berne 2009, p. 650, N. 694.

⁶ Voir notamment KONSTANTIN VON ZWEHL/MARIA-LUISA CESONI, *La Suisse, ou l'incrimination de l'organisation criminelle comme protection de la place financière*, in : Maria-Luisa Cesoni (édit.), *Criminalité organisée : des représentations sociales aux définitions juridiques*, Paris/Genève/Bruxelles 2004, p. 108.

⁷ Traité du 25 mai 1973 entre la Confédération suisse et les États-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale (avec échange de lettres) (TEJUS, RS 0.351.933.6).

parties s'accorderaient l'entraide judiciaire dans la lutte contre le crime organisé, même en l'absence d'une double incrimination.⁸ Le crime organisé était défini comme une « association ou un groupe de personnes constitué pour une période relativement longue ou indéterminée, afin de se procurer ou de procurer à autrui des revenus ou d'autres avantages financiers ou économiques par des moyens partiellement ou totalement illégaux et de mettre ses activités illicites à l'abri de poursuites pénales, et qui, systématiquement et méthodiquement, cherche à parvenir à ses fins » par la violence ou l'intimidation, et en s'efforçant, directement ou indirectement, d'exercer une influence sur la politique ou l'économie.

Par la suite, la Commission d'experts chargée par le Département fédéral de justice et police de préparer un projet de révision de la partie spéciale du code pénal a proposé d'incriminer l'association de malfaiteurs et les actes préparatoires délictueux.⁹ Devant les oppositions suscitées par ces propositions, portant notamment sur la présomption d'innocence et le principe que la punissabilité d'une infraction ne pouvait commencer qu'à partir de la tentative, le Conseil fédéral renonça – semble-t-il à contrecœur – à la proposition de la Commission d'experts concernant l'association de malfaiteurs et les actes

⁸ Voir Message du 28 août 1974 (MCF concernant le traité d'entraide judiciaire en matière pénale conclu avec les États-Unis d'Amérique), FF 1974 II 582, p. 587.

⁹ Message du 10 décembre 1979 (MCF concernant la modification du code pénal et du code pénal militaire (Actes de violence criminels)), FF 1980 I 1216, p. 1223 s : selon l'avant-projet d'article 260^{bis} P-CP « [s]erait puni de la réclusion pour cinq ans au plus ou de l'emprisonnement, celui qui s'entend avec d'autres pour former une association ou s'affilie à une association dont l'activité consiste à commettre l'une des infractions suivantes : (...) [suit une liste de crimes et délits]. Encourrait la même peine celui qui s'entend avec autrui pour former une association ou qui s'affilie à une association dont le but ou l'activité consiste à entraver l'action pénale (article 305 CP, article 176 CPM) engagée contre des personnes qui sont poursuivies pour avoir commis l'une des infractions susmentionnées, ou à faire évader de telles personnes (article 310 CP, article 177 CPM). Serait également punissable celui qui, à l'étranger, s'entend avec d'autres pour former une association ou s'affilier à une association qui entend commettre des actes délictueux en Suisse ».

préparatoires délictueux, « [q]uand bien même nous sommes pleinement conscients qu'en prenant cette décision, nous maintenons un obstacle à la coopération internationale dans la lutte contre le terrorisme – les autorités suisses ne seront toujours pas en mesure d'accorder l'entraide judiciaire pour de telles infractions (notamment en ce qui concerne l'association de malfaiteurs) ». ¹⁰ Une disposition sur les actes préparatoires délictueux fut néanmoins réintroduite par les Chambres dans la révision du code pénal du 9 octobre 1981 (article 260^{bis} CP).

C'est à la fin des années 1980, dans le cadre des débats sur la lutte contre le trafic de stupéfiants et le blanchiment d'argent, que le thème de l'incrimination de la criminalité organisée fut réintroduit. Dans son message du 12 juin 1989 sur l'incrimination du blanchiment d'argent, le Conseil fédéral avait cependant refusé l'idée d'introduire une disposition sur l'organisation criminelle en raison de son caractère trop vague. ¹¹

Les affaires dites de la *Pizza Connection*, de la *Lebanon Connection*, les cas *Licio Gelli* et *Adnan Kashoggi*, ainsi que l'affaire *Kopp*, à l'égard de laquelle en particulier la Commission parlementaire d'enquête avait relevé le retard pris par les autorités suisses dans leur prise de conscience du danger que représentaient le crime organisé et le blanchiment d'argent, ¹² pesaient également lourdement et de nombreuses interventions parlementaires avaient demandé de légiférer contre les organisations criminelles.

¹⁰ *Id.*, p. 1231.

¹¹ Message du 12 juin 1989 (MCF concernant la modification du code pénal suisse (Législation sur le blanchissage d'argent et le défaut de vigilance en matière d'opérations financières)), FF 1989 II 961, p. 989 : « Il est certes question de 'organized crime' en matière de criminalistique et de criminologie. L'on est même plus ou moins d'accord sur le sens qu'il convient de donner à cette notion. Elle demeure cependant beaucoup trop vague pour réaliser une condition de punissabilité qui doit répondre à des critères de précision bien différents ».

¹² Événements survenus au Département fédéral de justice et police – Rapport de la commission d'enquête parlementaire (CEP) du 22 novembre 1989 (89.006).

À la suite de l'adoption de deux postulats par le Conseil national,¹³ le principe de la punissabilité en droit suisse de la participation à une organisation criminelle fut également accepté par le Conseil fédéral, qui l'inclut dans le deuxième train de mesures destinées à lutter contre le blanchiment d'argent. Dans la loi du 23 mars 1990, le blanchiment (« blanchissage » à l'époque) d'argent pour le compte d'une organisation criminelle devint une circonstance aggravante du nouvel article 305^{bis} CP, sans pour autant que cette notion ne soit définie.

L'avant-projet de loi concernant la punissabilité de l'organisation criminelle, la confiscation, le droit de communication du financier, ainsi que la responsabilité de l'entreprise, qui était le produit du travail de trois groupes d'experts, fut présenté en mars 1991.¹⁴ Selon VON ZWEHL et CESONI,¹⁵ qui ont étudié les procès-verbaux des groupes d'experts chargés de la rédaction des dispositions légales et consulté d'anciens membres de ceux-ci, les deux motivations essentielles étaient, d'une part, de poursuivre une forme de criminalité face à laquelle il n'y avait pas d'outils juridiques suffisants, notamment les chefs des organisations criminelles auxquels il était impossible en pratique d'imputer des crimes spécifiques et, d'autre part, de pouvoir accorder l'entraide internationale en relation avec ce type d'infractions. L'incrimination des actes commis à l'étranger par une organisation exerçant son activité en Suisse fut ajoutée en fin de rédaction, sans provoquer de controverse.¹⁶ Comme l'indique l'utilisation des termes « organisation criminelle » plutôt

¹³ Postulat de la Commission du Conseil national du 11 septembre 1989 (89.043) concernant le crime organisé et Postulat de la Commission de gestion du Conseil national du 21 novembre 1989 (90.001) concernant le crime organisé.

¹⁴ Modification du code pénal et du code pénal militaire concernant la punissabilité de l'organisation criminelle, la confiscation, le droit de communication du financier, ainsi que la responsabilité de l'entreprise, Avant-projet et Rapport explicatif du Département fédéral de justice et police, mars 1991.

¹⁵ VON ZWEHL/CESONI, *op. cit.* (n. 6), p. 129–130.

¹⁶ Ce principe était déjà présent dans l'avant-projet d'incrimination de l'association de malfaiteurs. Voir MCF concernant la modification du code pénal et du code pénal militaire (Actes de violence criminels), *op. cit.* (n. 9), p. 1224.

qu'« association de malfaiteurs », le critère cardinal de la typicité est l'organisation.¹⁷

L'avant-projet ne comportait pas encore le principe de la confiscation des avoirs se trouvant sous le contrôle de l'organisation criminelle ni du renversement du fardeau de la preuve concernant les avoirs appartenant à un membre de l'organisation. Le rapport explicatif de l'avant-projet justifiait la nécessité de l'introduction de ce nouvel article 260^{ter} CP par le fait que le crime organisé, notamment le trafic de stupéfiants, avait pris de telles proportions que l'on ne pouvait maintenir le *statu quo* en matière de non-punissabilité de ces phénomènes. Les menaces sur l'économie par l'introduction de fonds illégaux et par la corruption ainsi que sur les structures démocratiques des États étaient présentées comme des répercussions négatives des activités du crime organisé dépassant largement les dommages directs provoqués par ses crimes.¹⁸ La condition du secret autour de la structure et de l'effectif de l'organisation fut ajoutée par la Commission d'experts sur la révision du code pénal sur l'organisation criminelle et la confiscation.¹⁹

Le 30 juin 1993, le Conseil fédéral adressa son message à l'Assemblée fédérale. La définition contenue dans l'article 260^{ter} P-CP était la suivante : « une organisation 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 ».

¹⁷ Message du 30 juin 1993 (MCF concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire (Révision du droit de la confiscation, punissabilité de l'organisation criminelle, droit de communication du financier)), FF 1993 III 269, p. 280 : « Celui qui aura participé à une organisation dont l'activité consiste à commettre des crimes, celui qui aura soutenu une telle organisation dans son activité criminelle, sera puni de la réclusion pour cinq ans au plus ou de l'emprisonnement ».

¹⁸ VON ZWEHL/CESONI, *op. cit.* (n. 6), p. 131.

¹⁹ Rapport de la commission d'experts sur la révision du code pénal sur l'organisation criminelle et la confiscation du 23 décembre 1992, cité in : VON ZWEHL/CESONI, *op. cit.* (n. 6), p. 137.

La méthodologie suivie par le Conseil fédéral était de décrire le phénomène existant du crime organisé sur la base de rapports commandés à des experts et d'y adapter les nouvelles dispositions légales, de manière à être certain d'inclure les organisations existantes dans la définition adoptée. Le Conseil fédéral décrivait le phénomène du crime organisé comme suit. « La réunion des critères mentionnés le plus fréquemment débouche sur l'hypothèse de travail suivante : il y a crime organisé lorsqu'une organisation, dont le fonctionnement est proche de celui d'une entreprise internationale, pratique une division très poussée des tâches, dispose de structures hermétiquement cloisonnées, conçues de façon méthodique et durable et qu'elle s'efforce de réaliser des profits aussi élevés que possible en commettant des infractions et en participant à l'économie légale. Pour ce faire, l'organisation a recours à la violence, à l'intimidation et cherche à exercer son influence sur la politique et l'économie. Elle présente généralement une structure fortement hiérarchisée et dispose de mécanismes efficaces pour imposer ses règles internes. Ses protagonistes sont en outre largement interchangeable. »²⁰

La motivation principale de l'incrimination, outre les besoins de l'entraide internationale, était de protéger la place financière, qui servait de plaque tournante du crime organisé étranger, le danger posé par les structures locales n'étant de loin pas aussi inquiétant.²¹ Les éléments constitutifs de l'organisation criminelle étaient décrits en faisant appel aux critères criminologiques précités.²² Il ne s'agissait

²⁰ MCF concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire, *op. cit.* (n. 17), p. 273.

²¹ *Id.*, p. 272.

²² *Id.*, p. 289–290 : « En dépit de nombreuses similitudes, chaque organisation présente des particularités et dispose de structures propres qui, dans le cas d'espèce, ne recouvrent qu'en partie les critères précités, mais sans que le caractère d'organisation du groupement criminel ne puisse être mis en doute pour autant. (...) C'est pourquoi la définition de l'organisation ne peut être formulée de manière exhaustive. Une norme pénale trop détaillée risquerait de s'avérer inefficace dans la pratique, car les organisations criminelles pourraient facilement se soustraire à son champ d'application en modifiant leurs structures ».

toutefois pas de légiférer uniquement sur le phénomène criminologique décrit, mais également de manière plus générale.²³

L'existence du secret – « une organisation qui tient sa structure et son effectif secrets » – comme un des éléments constitutifs de l'infraction était justifiée par le fait que le champ d'application de la nouvelle disposition devait se concentrer sur les groupements « dont la structure organisationnelle exclut la possibilité d'imputer les actes criminels aux différents protagonistes et de découvrir les tenants et aboutissants du cas d'espèce ». Il s'agissait en effet d'éviter d'incriminer une organisation légale « occasionnellement susceptible de commettre des délits dans son domaine d'activité ». Le terme de secret « ne se réfère pas à la discrétion généralement associée aux comportements délictueux » mais à la « dissimulation qualifiée et systématique ». Celle-ci était favorisée par « un haut degré de spécialisation et de division des tâches et qui réserve aux seuls organes suprêmes une vue globale des structures de l'organisation ». Selon le Message, « les règles internes de discipline et les codes d'honneur, la solidarité ethnique ainsi que les mesures d'assistance accordées aux membres inculpés ou condamnés et à leurs proches » n'étaient que des facteurs supplémentaires contribuant à assurer le maintien du secret. Le recours à la violence n'était mentionné qu'en relation avec les efforts de l'organisation pour préserver ce secret lorsqu'elle faisait l'objet d'enquêtes pénales.²⁴

Les dispositions sur l'organisation criminelle furent adoptées sans modifications par les Chambres. Les interventions dans les commissions parlementaires se concentrèrent sur le besoin de la Suisse de

²³ *Id.*, p. 272 : « Les tentatives faites pour définir le phénomène du crime organisé par le biais de la législation ne manquent pas. Ces définitions juridiques – dont il sera encore question à propos de la proposition de norme sur l'organisation criminelle – ont toutefois une fonction différente de la description criminalistico-criminologique envisagée en l'espèce. Les premières sont axées sur des effets juridiques précis (p. ex. l'octroi de l'entraide judiciaire ou l'ouverture et le déroulement d'une procédure pénale), alors que la seconde entend cerner un danger potentiel ».

²⁴ *Id.*, p. 290–291.

protéger sa place financière et d'accorder l'entraide internationale en matière de lutte contre le crime organisé.²⁵

L'article 260^{ter} CP a ainsi été élaboré pour prévenir le blanchiment en Suisse d'avoirs d'organisations criminelles étrangères, ainsi que pour faciliter l'octroi de l'entraide internationale. Il n'était pas alors envisagé que la notion puisse s'appliquer à des organisations kleptocrates, alors même que la présence en Suisse des avoirs Duvalier et d'autres dictateurs était notoire.²⁶

B. Jurisprudence générale

Le Tribunal fédéral a interprété l'article 260^{ter} CP pour la première fois le 27 août 1996. La cause portait sur la confiscation, en application de l'article 59 ch. 3 aCP, d'avoirs appartenant à un Italien qui avait été condamné en 1987 à Rome pour sa participation dans le cadre d'un réseau de trafiquants de cocaïne et qui avait été renvoyé en jugement à Florence en 1993 en relation avec son appartenance à un autre réseau important. La définition du Tribunal fédéral reprenait principalement celle du Message du Conseil fédéral :

« Cette infraction suppose d'abord l'existence d'une organisation criminelle. Il s'agit d'une notion plus étroite que celle de groupe, de groupement au sens de l'article 275^{ter} CP ou de bande au sens

²⁵ La seule proposition de modification vint du Conseiller national Paul Rechsteiner, qui aurait voulu inclure des précisions dans la définition de l'organisation criminelle, notamment concernant sa dangerosité. Sa proposition fut toutefois rejetée et le texte proposé par le Conseil fédéral resta inchangé. Voir VON ZWEHL/CESONI, *op. cit.* (n. 6), p. 148–150.

²⁶ Voir toutefois le risque d'infiltration de la politique et de l'économie par le crime organisé évoqué par le Conseil fédéral : « La véritable menace que constitue l'infiltration du marché légal par le crime organisé réside dans la capacité de celui-ci de supprimer partiellement les règles de ce marché, au besoin par le biais de la corruption et du chantage, et à fausser la concurrence. Ces mêmes moyens peuvent finalement permettre au crime organisé d'exercer également son influence sur la politique et l'administration » (MCF concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire, *op. cit.* (n. 17), p. 274). Dans les États gouvernés par les organisations Abacha et Duvalier, la politique et l'économie n'étaient pas seulement infiltrées par le crime organisé, mais complètement contrôlées par celui-ci.

des articles 139 ch. 3 al. 2 et 140 ch. 3 al. 1 CP ; elle implique l'existence d'un groupe structuré de trois personnes au minimum, généralement plus, conçu pour durer indépendamment d'une modification de la composition de ses effectifs et se caractérisant, notamment, par la soumission à des règles, une répartition des tâches, l'absence de transparence ainsi que le professionnalisme qui prévaut aux différents stades de son activité criminelle ; on peut notamment songer aux groupes qui caractérisent le crime organisé, aux groupements terroristes, etc.

Il faut ensuite que cette organisation tienne sa structure et son effectif secrets. La discrétion généralement associée aux comportements délictueux ne suffit pas ; il doit s'agir d'une dissimulation qualifiée et systématique, qui ne doit pas nécessairement porter sur l'existence de l'organisation elle-même mais sur la structure interne de celle-ci et le cercle de ses membres et auxiliaires. »²⁷

Les éléments constitutifs de l'organisation criminelle ont été confirmés par le Tribunal fédéral dans plusieurs arrêts successifs, qui reprennent en général les éléments ci-dessus.²⁸

C. *Jurisprudence spécifique aux organisations kleptocrates*

La jurisprudence spécifique au phénomène qui nous occupe a principalement été rendue en matière d'entraide.²⁹

1. *L'arrêt Abacha*

L'arrêt *Abacha* du 7 février 2005 a été rendu dans le contexte suivant. Le 20 décembre 1999, la République fédérale du Nigeria avait formellement demandé l'entraide en matière pénale de la Suisse afin

²⁷ Arrêt du 27 août 1996, SJ 1997 I p. 1 ss, p. 3.

²⁸ ATF 129 IV 271 consid. 2.3.1 ; ATF 131 II 162 ; ATF 132 IV 132 ; Arrêt 6P.166/2006 du 23 octobre 2006 consid. 5.1.

²⁹ Voir toutefois, dans l'affaire *Abacha*, les ordonnances de condamnation des 20 juin, 18 et 21 décembre 2000, citées dans la partie « en fait » de l'arrêt *Abacha*, l'ordonnance de condamnation du 19 novembre 2003, ainsi que les ordonnances de la Chambre d'accusation de Genève du 19 avril 2005 et du 6 mars 2009.

d'identifier, saisir et recouvrer le produit des crimes commis par le général Sani Abacha et ses complices. La demande d'entraide avait été précédée, le 30 septembre 2009, d'une annonce qui avait conduit l'Office fédéral de la police (alors compétent en matière d'entraide) à ordonner le 13 octobre 1999 le blocage d'avoirs Abacha en Suisse. Dans le chapitre consacré à l'examen de la double incrimination, la participation à une organisation criminelle (article 260^{ter} CP) figurait parmi les infractions qualifiant le comportement du général Sani Abacha et de ses complices.

Parallèlement, le 23 novembre 1999, le Nigeria avait déposé une plainte pénale devant le Procureur général de Genève pour abus de confiance (article 138 CP), escroquerie (article 146 CP), extorsion (article 156 CP), gestion déloyale (article 158 CP), recel (article 160 CP), faux dans les titres (article 251 CP), blanchiment d'argent (article 305^{bis} CP) et participation à une organisation criminelle (article 260^{ter} CP), se constituant partie civile.

Au cours des années qui suivirent, l'instruction pénale genevoise permit le blocage en Suisse de près de 700 millions de dollars américains, dont l'origine criminelle fut recherchée en décernant des commissions rogatoires vers plus de dix juridictions.

Le 24 mai 2000, le fils aîné du général Sani Abacha et son successeur à la tête de l'organisation, Mohammed Sani Abacha, fut inculpé de participation à une organisation criminelle, blanchiment d'argent, escroquerie et gestion déloyale. Une demi-douzaine d'hommes d'affaires, qui avaient ouvert des comptes bancaires en Suisse sur lesquels était déposé le produit de la corruption – souvent versé par ces mêmes hommes d'affaires – et des détournement de fonds – parfois transportés en liquide par ceux-ci – avaient fait l'objet d'inculpations et/ou de condamnations par voie d'ordonnances de condamnation pour blanchiment d'argent et/ou soutien à une organisation criminelle. Des avoirs totalisant plus de 150 millions de dollars américains avaient été confisqués sur la base des articles 59 ch. 1, 2 et 3 aCP et alloués au Nigeria en sa qualité de lésé sur la base de l'article 60 aCP.

Le 24 janvier 2002, l'Office fédéral de la justice ordonna la clôture de la procédure d'entraide.³⁰ Le 2 octobre 2003, sur la base des éléments recueillis dans le cadre de la procédure pénale genevoise, des enquêtes pénales en cours au Nigeria, au Liechtenstein et à Jersey, ainsi que de l'exécution des commissions rogatoires décernées vers le Luxembourg et le Royaume-Uni, la République fédérale du Nigeria demanda à l'Office fédéral de la justice la remise des avoirs bloqués, leur origine criminelle et le pouvoir de disposition d'une organisation criminelle à leur égard étant limpides.

Le 18 août 2004, l'Office fédéral de la justice rendit une décision dans le sens de cette requête, qui fut confirmée sur recours par le Tribunal fédéral. Après avoir indiqué que, faute de procédure pénale en cours au Nigeria à leur égard, les actes de corruption ne seraient pas examinés, le Tribunal fédéral examina de manière détaillée si les avoirs se trouvant sur les comptes saisis à l'égard desquels le recours était recevable – les comptes qui n'avaient pas été ouverts sous de fausses identités – provenaient des détournements de devises de la Banque Centrale du Nigeria sous des prétextes de sécurité fallacieux.³¹

À l'égard des avoirs dont le lien avec ces crimes n'avait pas été démontré, le Tribunal fédéral indiqua selon quels principes l'Office fédéral de la justice devrait se prononcer. Le raisonnement suivi par le Tribunal fédéral à propos de l'application de l'article 59 ch. 3 aCP sera examiné ci-dessous. Le Tribunal fédéral s'est prononcé pour la première fois sur la qualification d'organisation criminelle de la structure mise en place par le général Sani Abacha :

« Par organisation criminelle, on entend, selon l'article 260^{ter} CP, celle qui tient sa structure et son effectif secrets et qui poursuit le but notamment de se procurer des revenus par des moyens criminels. (...) Or, la structure mise en place par Sani Abacha et ses complices constitue une organisation criminelle au sens de l'article 59 ch. 3 CP, puisqu'elle avait pour but de détourner à des

³⁰ Le Tribunal fédéral confirma par ailleurs que celui qui ouvre un compte bancaire sous un faux nom n'a en principe pas qualité pour agir (Arrêt 1A.49-54/2002 du 23 avril 2003 ; ATF 129 II 268 consid. 2.3.3).

³¹ Arrêt 1A.49-54/2002 du 23 avril 2003 consid. 7.2 à 7.6.

fins privées des fonds provenant de la Banque centrale du Nigeria, ainsi que le profit d'opérations de corruption. »³²

Par la suite, l'Office fédéral de la justice, après avoir invité les titulaires des comptes concernés à se déterminer sur l'origine éventuellement licite des avoirs, rendit des ordonnances de remise des avoirs au Nigeria, contre lesquelles aucun recours ne fut interjeté.

L'*obiter dictum* de l'arrêt *Abacha* concernant la qualification d'organisation criminelle a fait l'objet de critiques de certains auteurs. En particulier, dans un article paru en 2009,³³ ENGEWALD-DANNACHER a contesté qu'un régime d'État criminel puisse correspondre à une organisation tenant sa structure et ses effectifs secrets. À notre sens, toutefois, celle-ci se méprend à la fois sur le caractère du régime Abacha et sur la notion de secret au sens de l'article 260^{ter} CP.

La structure mise en place par le général Sani Abacha n'était en effet pas l'État nigérian lui-même, ni même son gouvernement de l'époque, mais bien le cercle restreint de quelques proches qu'il avait placés à des postes clé de l'État – Ministre des finances, Ministre du pétrole, Ministre de l'énergie et de l'acier, Gouverneur de la Banque Centrale, Conseiller à la Sécurité intérieure, Gouverneur militaire de l'État de Lagos, Chef d'état major, etc. –, son épouse, ses enfants et son frère, qui ouvraient des comptes sur lesquels le produit des détournements de fonds publics et de la corruption étaient déposés et animaient les sociétés attributaires de contrats publics léonins, ainsi que plusieurs hommes d'affaires et avocats nigériens et étrangers qui faisaient partie de sa garde rapprochée et aidaient à l'ouverture des comptes ainsi qu'à la mise en place des contrats publics concernés.

C'est cette structure, qui était devenue un État dans l'État, qui faisait l'objet du secret constitutif de l'organisation criminelle. Celui-ci ne

³² *Id.*, consid. 9.1, citant BERNARD CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, vol. II, Berne 2002, ad art. 260^{ter} CP.

³³ MARNIE ENGEWALD-DANNACHER, *Aufarbeitung von Staatsunrecht in rechtstaatlichen Grenzen? Zum Revisionsbedarf des schweizerischen Einziehungrechts im Hinblick auf Potentatengelder*, PJA 2009, p. 288 ss, p. 290.

porte en effet pas sur l'existence de l'organisation mais bien sur les liens qui unissent ses membres et sur l'utilisation à des fins privées des pouvoirs publics dont ses membres étaient investis.³⁴ Comme dans le cas de la Mafia en Italie, l'homme de la rue nigérian avait de forts soupçons sur l'existence et la composition de l'organisation Abacha, qui n'agissait pas au grand jour, mais maintenait un paravent légal – contrats publics faisant l'objet de faux appels d'offre, demandes d'autorisation de retrait d'espèces de la Banque Centrale sous des motifs fallacieux de sécurité du Conseiller à la Sécurité intérieure, etc. – devant ses activités criminelles.

La motivation de l'*obiter dictum* de l'arrêt *Abacha* précité était pour le moins succincte. Toutefois, dans le cadre de l'arrêt *Duvalier*, le Tribunal pénal fédéral a rendu une décision plus précisément motivée, confirmant la jurisprudence *Abacha*.

2. L'arrêt Duvalier

En avril 1986, la République d'Haïti avait adressé à la Suisse une demande d'entraide en vue d'identifier et de bloquer les avoirs se trouvant sous le contrôle de Jean-Claude Duvalier et de son entourage. À la suite des coups d'État qui s'étaient succédé en Haïti, les autorités haïtiennes n'avaient toutefois pas été en mesure de donner à la Suisse les garanties de procédure suffisantes, ce qui avait conduit l'Office fédéral de la justice à décider, le 15 mai 2002, de mettre fin à l'entraide. Le Conseil fédéral avait toutefois ordonné le blocage des avoirs Duvalier le 14 juin 2002 sur la base de l'article 184 al. 3 de la Constitution fédérale (Cst.).³⁵

³⁴ Selon l'arrêt du Tribunal fédéral du 27 août 1996, « la dissimulation qualifiée et systématique (...) ne doit pas nécessairement porter sur l'existence de l'organisation elle-même mais sur la structure interne de celle-ci et le cercle de ses membres et auxiliaires » (SJ 1997 I p. 1 ss, p. 5). L'article 5 de la Convention de l'ONU du 15 novembre 2000 contre la criminalité transnationale organisée (Convention de Palerme, RS 0.311.54, entrée en vigueur pour la Suisse le 26 novembre 2006) ne comporte pas de référence au secret.

³⁵ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101).

En mai 2008, la République d'Haïti présenta une demande d'entraide complémentaire, réitérant les garanties procédurales données par le passé et confirmant que la procédure pénale en relation avec les crimes économiques de Jean-Claude Duvalier et ses complices était toujours pendante, et qu'une nouvelle information avait été ouverte concernant les crimes contre l'humanité et graves violations des droits de l'homme – torture, disparitions forcées, détentions arbitraires – qui avaient eu lieu sous son régime, faits non prescrits en droit haïtien. Le réexamen de la décision du 15 mai 2002 était demandé, sur la base de documents décrivant le *modus operandi* du pillage systématique des caisses de l'État haïtien se trouvant d'ores et déjà dans le dossier, ou de rapports se trouvant dans le domaine public concernant les graves violations des droits de l'homme commises par le régime Duvalier.

Le 27 juin 2008, l'Office fédéral de la justice rendit une décision d'admissibilité ordonnant le blocage des fonds Duvalier se trouvant encore en Suisse et, estimant que les faits présentés à l'appui de la demande d'entraide étaient susceptibles de relever en droit suisse de l'organisation criminelle au sens de l'article 260^{ter} CP, impartit un délai aux titulaires des comptes pour prouver que les avoirs bloqués n'étaient pas d'origine criminelle. Le 11 février 2009, l'Office ordonna la remise à Haïti des fonds bloqués, les détenteurs des comptes n'ayant pu démontrer que ces avoirs n'étaient pas d'origine criminelle.

Dans son arrêt du 12 août 2009, le Tribunal pénal fédéral rejeta le recours déposé contre la décision du 11 février 2009 par la Fondation Brouilly, dont l'ayant droit économique déclarée était Madame Simone Duvalier, mère de Jean-Claude Duvalier. Après avoir rappelé la jurisprudence générale du Tribunal fédéral en matière d'organisation criminelle,³⁶ le Tribunal pénal fédéral passa en revue le *modus operandi* du régime Duvalier, tant en matière de violation grave des droits de l'homme³⁷ que de pillage systématique des res-

³⁶ ATPF RR.2009.94 du 12 août 2009 consid. 3.1 ; ATF 129 IV 271 ; ATF 132 IV 132.

³⁷ ATPF RR.2009.94 du 12 août 2009 consid. 3.2.1.

sources des caisses de l'État,³⁸ et conclut que « les exactions commises en Haïti sous la “présidence à vie” de François, puis de Jean-Claude Duvalier sont une réalité évidente ; il en va de même du fait que ces régimes dictatoriaux ont donné lieu au pillage systématique des caisses de la République d'Haïti, au bénéfice du Chef de l'État, de ses proches et de ses complices au sein des entités publiques ».³⁹

Passant à la subsumption, le Tribunal pénal fédéral entreprend de déterminer si « les comportements des membres du clan Duvalier réalisent les conditions de l'infraction de participation ou de soutien à une organisation criminelle au sens de l'article 260^{ter} CP ». Le raisonnement du Tribunal pénal fédéral étant particulièrement limpide, il se justifie de citer les considérants de manière exhaustive :

« S'agissant du fait, pour un potentat et ses complices, de détourner de manière systématique les ressources de l'État à leur profit, le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de juger que la structure mise en place par le général Sani Abacha – qui fut à la tête du Nigéria du 17 novembre 1993 jusqu'au jour de son décès, le 8 juin 1998 – et ses complices constituait une organisation criminelle au sens de l'article 260^{ter} CP (...). Comme dit plus haut (...), la notion d'organisation criminelle se caractérise par quatre éléments, soit le nombre, l'organisation, la loi du silence et le but criminel. Il sied dès lors d'examiner ces critères dans le cas d'espèce.

(...) Il ressort des faits évoqués plus haut que François et Jean-Claude Duvalier disposaient de complices placés à la tête des départements de l'État et des entreprises publiques. Ces complices usaient de leurs pouvoirs de décision pour transférer des fonds publics propriété des organismes qu'ils dirigeaient sur les comptes privés du Chef de l'État et de ses proches (...), notamment de Simone Duvalier et de Michèle Bennett-Duvalier (...). La structure mise en place par le Chef de l'État à cette fin disposait en outre de blanchisseurs de fonds au sein du Ministère des finances, de la Banque de la République et de la Banque nationale de Crédit (...).

³⁸ *Id.*, consid. 3.2.2.

³⁹ *Id.*, consid. 3.2.3.

François et Jean-Claude Duvalier disposaient donc d'une structure hiérarchisée dont les membres se soumettaient, dans le cadre de leurs activités professionnelles, aux ordres donnés par le Chef de l'État ou par ses proches (...). Les détournements de fonds étaient ainsi opérés de manière professionnelle et systématique, dans l'exercice de fonctions publiques (...).

Nombre de fonctionnaires participant à cette structure étaient nommés par le "Président à vie" et bénéficiaient eux aussi des produits de l'activité criminelle. Ainsi, F., G. et H., respectivement à la tête du Département des finances, de la Banque centrale et du Ministère de l'intérieur haïtiens, se sont vus attribuer une partie des fonds publics détournés (...). Les fonctionnaires refusant de collaborer s'exposaient quant à eux aux sanctions arbitraires du Chef de l'État, dont le pouvoir absolu constituait par ailleurs le fondement de la loi du silence (...). Ainsi, les détournements de fonds publics étaient indissociables du climat de terreur que faisaient régner les assassinats en masse et autres exactions perpétrés sur ordre du "Président à vie" et de ses complices. La structure formée par ces personnes pouvait en outre durer indépendamment d'une modification de la composition de ses effectifs, même les plus haut placés. Ainsi, à la mort de François Duvalier, les mécanismes de pillage systématique des caisses de l'État et les exactions ont perduré sous la "présidence à vie" de Jean-Claude Duvalier, dont l'accession au pouvoir avait été garantie par son père (...).

Le but principal de cette structure consistait à user du pouvoir absolu du Chef de l'État afin de faire régner un climat de terreur en Haïti et de procurer à ses membres des revenus considérables par le détournement systématique des fonds publics, soit par des moyens criminels, au sens de l'article 260^{ter} ch. 1 CP. Au nombre des membres de cette structure figurent le Chef de l'État et ses proches, en leur qualité d'organiseurs ou de bénéficiaires de l'activité criminelle (soit en premier lieu François, Simone, Jean-Claude et Michelle Duvalier), ainsi que les nombreux fonctionnaires qui, moyennant une commission ou par crainte de sanctions, transféraient les fonds publics propriété des organismes qu'ils dirigeaient sur les comptes privés du Chef de l'État et de ses proches. Cette structure organisée constitue dès lors manifestement

une organisation criminelle [au sens de] l'article 260^{ter} ch. 1 CP. »⁴⁰

Toutefois, le 12 janvier 2010, le Tribunal fédéral a admis le recours de la Fondation Brouilly et annulé la décision de l'Office fédéral de la justice et l'arrêt du Tribunal pénal fédéral,⁴¹ estimant que la prescription était intervenue en droit suisse avant le dépôt de la nouvelle demande d'entraide et que celle-ci était irrecevable en application de l'article 5 al. 1 let. c de la Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP).⁴² Le Tribunal fédéral a néanmoins confirmé la jurisprudence de l'arrêt *Abacha* en matière d'organisation criminelle en ces termes :

« La décision de l'OFJ et l'arrêt attaqué retiennent, sous l'angle de la double incrimination, que les faits mentionnés dans la demande d'entraide seraient constitutifs de participation ou de soutien à une organisation criminelle au sens de l'art. 260^{ter} CP. Cette appréciation est conforme à la jurisprudence qui considère comme tels les détournements systématiques des ressources de l'État, par un haut responsable et son entourage (ATF 131 II 169 consid. 9.1 p. 182). »⁴³

3. Synthèse

La qualification d'organisation criminelle dans les arrêts *Abacha* et *Duvalier* suit le même cheminement juridique. Le Tribunal fédéral et le Tribunal pénal fédéral analysent de manière détaillée le fonctionnement de la structure impliquée sur la base d'un examen approfondi des pièces du dossier. Il en résulte que le *modus operandi* des structures analysées est similaire : désignation de complices aux postes-clé de l'État dans le cadre d'une dictature ; attribution à des membres de la famille du rôle de prendre en charge la partie privée des activités criminelles, soit l'attribution des contrats publics et l'ouverture de comptes bancaires et autres structures *offshore* pour blanchir le pro-

⁴⁰ *Id.*, consid. 3.3.1 et 3.3.2.

⁴¹ Arrêt 1C.374/2009 du 12 janvier 2010.

⁴² Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (Loi sur l'entraide pénale internationale, EIMP, RS 351.1).

⁴³ Arrêt 1C.374/2009 du 12 janvier 2010 consid. 6.5.

duit des crimes ; utilisation d'hommes d'affaires locaux et étrangers jouissant de la confiance de l'organisation en vue de l'exécution – quand elle avait lieu – des contrats publics et pour assister à l'ouverture de comptes bancaires à l'étranger aux fins de blanchiment.

On relèvera enfin que seul l'arrêt *Duvalier* du 12 août 2009 fait état de la violence politique comme moyen de faire respecter la loi du silence.⁴⁴ Bien que le régime Abacha se soit également caractérisé par une violence politique contre ses opposants, le Tribunal fédéral n'en mentionne pas l'existence dans son arrêt du 7 février 2005. Le Tribunal fédéral n'a pas non plus retenu le critère de la violence dans son arrêt du 12 janvier 2010, selon lequel « les détournements systématiques des ressources de l'État par un haut responsable et son entourage » sont suffisants.⁴⁵ On relèvera également que le Tribunal pénal fédéral a retenu la qualification d'organisation criminelle pour une « organisation, formée de personnages occupant des postes-clés au niveau politique et économique, [ayant] mis en place des mécanismes sophistiqués leur permettant de réaliser des gains importants dans le secteur de la santé, ceci au préjudice de l'État brésilien », utilisant des techniques de blanchiment sophistiquées, sans toutefois qu'une quelconque loi du silence ne soit mentionnée.⁴⁶ Dès lors, la condition de la violence n'apparaît pas être un élément nécessaire à la qualification d'organisation criminelle en cas de détournement systématique des ressources de l'État par un haut responsable et son entourage.

III. Procédure pénale

En 1999, dans l'affaire *Abacha*, la République fédérale du Nigeria a été admise en qualité de partie civile dans le cadre de la procédure pénale genevoise.

⁴⁴ ATPF RR.2009.94 du 12 août 2009 consid. 3.3.2.

⁴⁵ Arrêt 1C.374/2009 du 12 janvier 2010 consid. 6.5.

⁴⁶ ATPF RR.2007-120 du 29 octobre 2007 consid. 5. Voir ZIMMERMANN, *op. cit.* (n. 5), N. 591.

Précédemment et depuis lors, des États ont été admis à plusieurs reprises comme partie civile, tant en procédure pénale cantonale que fédérale. Un État étranger reconnu par la Suisse y jouit de la personnalité morale⁴⁷ lui permettant d'ester en justice, le fait d'apparaître volontairement comme demandeur à une action lui faisant perdre son immunité de juridiction.⁴⁸

Dans les cas de « criminalisation de l'État » du fait d'organisations criminelles kleptocrates, les infractions relevant de la compétence juridictionnelle helvétique ne se limitent en général pas à la participation et au soutien à une organisation criminelle, mais comprennent également le blanchiment d'argent (article 305^{bis} CP) et la corruption active d'agents publics étrangers (article 322^{septies} CP), ainsi que l'abus de confiance (article 138 CP), l'escroquerie (article 146 CP), l'extorsion (article 156 CP) et la gestion déloyale aggravée (article 158 CP), l'élément constitutif d'enrichissement de ces trois dernières infractions étant souvent réalisé en Suisse.

La question se pose néanmoins de savoir si l'État peut être qualifié de lésé, dans l'application des dispositions relatives à la participation à la procédure (article 34 de la Loi fédérale sur la procédure pénale (LFPP),⁴⁹ article 25 du Code de procédure pénale genevoise (CPP-GE), article 115 du Code de procédure pénale suisse (CPP/CH)⁵⁰) et dans le droit à l'allocation des montants confisqués à l'organisation criminelle sur la base de l'article 72 CP.

⁴⁷ PAUL REUTER, *Droit international public*, 6^e éd., Paris 1983, p. 179.

⁴⁸ ATF 107 Ia 171 consid. 4 : « Sa qualité d'État ne le prive pas du droit d'agir en justice comme demandeur, alors même qu'il pourrait, le cas échéant, le dispenser d'ester en qualité de défendeur. (...) Lorsqu'un État este spontanément devant la juridiction d'un autre État, il se soumet au principe de territorialité de celui-ci par le fait même qu'il recourt à sa juridiction. Il s'abstient par là de faire valoir sa propre souveraineté à l'encontre de la puissance publique de l'État à la juridiction duquel il recourt, renonçant implicitement à son immunité ». Voir également l'article 9 al. 1 de la Convention de l'ONU du 2 décembre 2004 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens et l'article 1 al. 2 let. a de la Convention européenne sur l'immunité des États du 16 mai 1972.

⁴⁹ Loi fédérale sur la procédure pénale (LFPP, RS 312.0).

⁵⁰ Code de procédure pénale suisse (CPP/CH, RO 2010 1881).

A. *Qualité de lésé et de partie civile*

Le lésé est la personne physique ou morale qui prétend être atteinte immédiatement et personnellement dans ses droits protégés par la loi lors de la commission d'une infraction.⁵¹

En cas de violation de dispositions pénales visant à protéger des intérêts collectifs, seuls peuvent être considérés comme lésés ceux que ces infractions atteignent aussi directement dans leurs droits, pour autant que cette atteinte soit bien une conséquence immédiate de celle-ci,⁵² soit :

- la personne mise en danger ou qui a subi un préjudice matériel, en cas d'infraction aux articles 221 ss, 237 et 238 CP ;
- la personne à qui le titre faux était destiné à nuire et qui est atteinte dans son patrimoine (article 251 CP) ;⁵³
- la personne visée par la menace en cas de provocation publique au crime (article 259 CP) ;
- la personne directement atteinte dans ses convictions religieuses par le délit d'atteinte à la liberté de croyance et des cultes (article 261 CP) ;⁵⁴
- la personne directement atteinte par un acte de discrimination raciale (articles 261^{bis} al. 4 et 5 CP) ;⁵⁵
- la personne lésée par le crime en amont en cas de blanchiment d'argent (article 305^{bis} CP) ;⁵⁶

⁵¹ GÉRARD PIQUEREZ, *Traité de procédure pénale suisse*, 2^e éd., Zurich 2006, p. 328.

⁵² *Id.*, p. 329 ; ATPF BB-2007-64+65 du 7 janvier 2008 consid. 2.2 ; ATF 123 IV 184 consid. 1c ; ATF 120 Ia 220 consid. 3b. Voir aussi LAURENT MOREILLON/MICHEL DUPUIS/MIRIAM MAZOU, *La pratique judiciaire du tribunal pénal fédéral : cinq ans de jurisprudence*, JdT 2008 IV 66, p. 96 s et les arrêts cités.

⁵³ ATF 119 Ia 342 consid. 2b, publié in : JdT 1995 IV 186, p. 188 : « des personnes doivent être considérées comme lésées par un faux dans les titres lorsqu'il vise précisément à leur nuire ».

⁵⁴ ATF 120 Ia 220 consid. 3b et c, publié in : JdT 1996 IV 84, p. 86.

⁵⁵ ATF 128 I 218 consid. 1.5.

⁵⁶ ATF 129 IV 322 consid. 2.

- la partie au préjudice de laquelle un faux témoignage a été commis (article 307 CP).⁵⁷

L'intervenant doit rendre vraisemblable notamment un lien de causalité directe entre l'acte punissable et le préjudice subi.⁵⁸ Pour qu'il existe un rapport de causalité naturelle entre un événement et un comportement coupable, il faut que celui-ci en constitue la condition *sine qua non*.⁵⁹

À l'égard de l'incrimination de la participation à une organisation criminelle, le choix du législateur – critiquable⁶⁰ – d'intégrer la disposition topique dans le titre douzième du Code pénal, les « Crimes et délits contre la paix publique », laisse penser que le bien juridique protégé serait seulement le bien collectif du sentiment de sécurité des citoyens. On a vu toutefois ci-dessus qu'une telle place n'est pas déterminante à l'égard du bien juridique protégé. Les exemples visés par le Message du Conseil fédéral concernant le danger que représente le crime organisé laissent par contre penser que c'est la structure même de l'économie et de la démocratie qui doit être protégée.⁶¹

Pour sa part, le Tribunal pénal fédéral a indiqué que « [l]es articles 260^{ter} CP et 19 LStup protègent des biens juridiques différents, soit la paix publique pour le premier (cf. titre douzième du CP) et la santé publique pour le second (cf. RS 81). En réalité, la paix publique est généralement protégée, de manière indirecte, par toutes les normes pénales, de sorte que l'article 260^{ter} CP ne vise pas un bien juridique spécifique, mais poursuit, avant tout, un but préventif dans la mesure où il tente de protéger divers biens menacés par des actes de violence ou d'enrichissement criminels ».⁶²

⁵⁷ ATF 123 IV 184 consid. 1c.

⁵⁸ ATPF BB.2005.51 du 12 décembre 2005 consid. 3.1.

⁵⁹ ATF 128 III 180 consid. 2d ; ATF 121 IV 207, consid. 2a.

⁶⁰ VON ZWEHL/CESONI, *op. cit.* (n. 6), p. 180 ; GÜNTER STRATENWERTH/FELIX BOMMER, *Schweizerisches Strafrecht, BT II, Straftaten gegen Gemeininteressen*, 6^e éd., Berne 2008, p. 225, N. 1.

⁶¹ Voir p. ex. MCF concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire, *op. cit.* (n. 17), p. 274.

⁶² ATPF BB.2006-130_A du 10 octobre 2007 consid. 2.1.3.1.

Une partie de la doctrine⁶³ se focalise sur l'aspect abstraitement préventif de la disposition – l'appartenance ou le soutien à l'organisation criminelle étant punissables avant même qu'un crime n'ait été commis – et affirme qu'en tant que disposition protégeant la paix publique – ce qui est le cas de toutes les infractions –, elle ne protège aucun bien juridique particulier. Toutefois, la plupart des autres auteurs reconnaissent que la disposition a un effet préventif à l'égard des biens juridiques menacés par les crimes violents ou ceux visant à enrichir l'organisation.⁶⁴

Il convient dès lors de déterminer si l'État est directement lésé par les activités de l'organisation criminelle, à savoir s'il existe un lien de causalité directe entre l'acte punissable et le préjudice subi.

Dans le cas particulier des régimes kleptocrates, l'objet de la détention du pouvoir, et dès lors celui de l'organisation criminelle, est le transfert du patrimoine public vers les membres de l'organisation.⁶⁵ Les actes de violence contre les personnes, voire les actes de dépossession de personnes privées ou encore les pertes commerciales subies par les concurrents des entreprises favorisées par le régime ne sont ainsi que des « dommages collatéraux » de l'activité de l'organisation.

On relèvera ainsi que, dans l'arrêt *Abacha*, le Tribunal fédéral ne mentionne pas les actes de violence ou de dépossession des personnes privées. Dans l'arrêt *Duvalier*, le Tribunal pénal fédéral, s'il rappelle que le clan Duvalier est soupçonné par les autorités haïtiennes

⁶³ STRATENWERTH/BOMMER, *op. cit.* (n. 60), N. 30 ; ANDREA STEGMANN, *Organisierte Kriminalität: feindstrafrechtliche Tendenzen in der Rechtsetzung zur Bekämpfung organisierter Kriminalität*, Berne 2004, p. 219.

⁶⁴ GÜNTER ARZT, *Kriminelle Organisation*, in : *Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen und Geldwäscherei (StGB 260^{ter})*, vol. I, 2^e éd., Zurich 2007, p. 349, N. 113 ; HANS BAUMGARTNER, *Ad Art. 260^{ter}*, in : *Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II*, 2^e éd., Zurich 2007, p. 1720 ss, N. 1 ; NICOLAS ROULET, *Organisiertes Verbrechen : Tatbestand ohne Konturen*, *Plädoyer* 5/1994, p. 24 ss, p. 26.

⁶⁵ JAMES RUPERT, *Corruption Flourished in Abacha's Regime*, *Washington Post* du 9 juin 1998, p. A1 : « *In Nigeria, corruption isn't part of government, it's the object of government* ».

d'avoir commis des crimes contre l'humanité,⁶⁶ ne s'y réfère pas dans la détermination des buts de l'organisation, qui est centrée sur les crimes patrimoniaux,⁶⁷ mais uniquement dans l'examen de la condition du secret, la violence étant vue comme un moyen de l'organisation pour parvenir à ses fins.

De manière analogue aux critères dégagés dans l'arrêt du Tribunal fédéral qui réserve la qualité de lésé en cas de faux dans les titres à celui à qui le faux vise à nuire,⁶⁸ il y a lieu, dans le cas d'organisations criminelles kleptocrates, de réserver cette qualité à l'État à qui l'organisation vise systématiquement à causer un dommage par un mécanisme direct (détournement de fonds, contrats publics léonins) ou indirect (corruption passive) de transfert de patrimoine de la sphère publique vers la sphère privée. L'organisation criminelle kleptocrate ayant pour unique objet le pillage des ressources de l'État, toutes les activités de l'organisation causent un dommage à celui-ci : perte des valeurs détournées, inflation des contrats publics faisant l'objet de commissions corruptives ou d'attribution à des proches, perte de ressources consécutives à l'attribution de concessions publiques à des conditions ne répondant pas à celles d'une situation de libre concurrence, dommage causé par la désignation aux plus hautes fonctions de l'État de membres de l'organisation, incompétents et corrompus, en vue d'assurer un contrôle sur l'utilisation des deniers publics.

On relèvera enfin que le 18 juin 2010, le Tribunal de police de Genève a reconnu Abba Abacha coupable de participation à une organisation criminelle, l'a condamné à une peine privative de liberté de 24 mois avec sursis et a ordonné la confiscation d'avoirs au Luxembourg et aux Bahamas se trouvant sous le pouvoir de disposition de l'organisation criminelle dont il était l'ayant droit économique. Conformément à ses conclusions, les droits de la République fédérale du Nigeria, partie civile, ont été réservés.

⁶⁶ ATPF RR.2009.94 du 12 août 2009 consid. 3.2.1.

⁶⁷ *Id.*, consid. 3.3.2.

⁶⁸ ATF 119 Ia 342 consid. 2b, publié in : JdT 1995 IV 186, p. 188.

B. Droit du lésé à l'allocation des montants confisqués

L'article 73 CP (article 60 aCP) prévoit que « si un crime ou un délit a causé à une personne un dommage qui n'est couvert par aucune assurance et s'il y a lieu de craindre que l'auteur ne réparera pas le dommage ou le tort moral, le juge alloue au lésé, à sa demande, jusqu'à concurrence des dommages-intérêts ou de la réparation morale fixés par un jugement ou par une transaction » notamment les montants confisqués.

La question se pose dès lors de savoir si l'État lésé par les actes de l'organisation criminelle a droit à l'allocation des valeurs confisquées en vertu de l'article 72 CP.⁶⁹

La notion de lésé répond ici à celle du dommage selon l'article 41 du Code des obligations.⁷⁰ En droit suisse, l'acte est illicite au sens de cette disposition lorsqu'il viole une norme de comportement destinée à protéger, directement ou indirectement, les particuliers.⁷¹ L'illicéité découle de la violation par l'auteur d'une norme de comportement dont l'un des buts est de protéger la victime de l'atteinte contre la survenance du dommage qu'elle a subi.⁷²

On a vu ci-dessus qu'il y avait lieu de considérer que le but de l'article 260^{ter} CP était non seulement de protéger la sécurité de l'État et de l'économie, mais également de protéger les biens juridiques

⁶⁹ La question est différente de celle de savoir s'il est possible, en vertu des règles de l'entraide, de remettre à l'État requérant les avoirs se trouvant sous le pouvoir de disposition d'une organisation criminelle (voir *infra*).

⁷⁰ Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) (Code des obligations, CO, RS 220). NIKLAUS SCHMID, *Verwendung zugunsten des Geschädigten (StGB 73)*, in : Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen und Geldwäscherei, vol. I, 2^e éd., Zurich 2007, p. 253 ss, N. 21 ; FLORIAN BAUMANN, *Ad Art. 73 StGB*, in : Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, 2^e éd., Zurich 2007, p. 1482 ss, N. 6.

⁷¹ HENRI DESCHENAUX/PIERRE TERCIER, *La responsabilité civile*, 2^e éd., Berne 1997, p. 70, N. 18 ; FRANZ WERRO, *La responsabilité civile*, Berne 2005, p. 76, N. 292.

⁷² Arrêt 4C.387/2000 du 15 mars 2001 consid. 3a, publié in : SJ 2001 I p. 525 ss.

menacés par les crimes violents ou ceux visant à enrichir l'organisation.

En conséquence, l'État ayant subi un dommage causé par l'organisation criminelle a droit à l'allocation des avoirs confisqués dans la mesure de ce dommage.⁷³

IV. Procédure d'entraide

A. *Rapports entre la procédure d'entraide et la procédure pénale*

Dans le cadre de l'affaire *Abacha*, le Nigeria avait à la fois demandé l'entraide de la Suisse et avait déposé plainte pénale auprès du Procureur général de Genève, étant admis en qualité de partie civile à la procédure pénale. Au moment de la première inculpation, au printemps 2000, la procédure était devenue contradictoire et les inculpés, la partie civile et leurs conseils ont eu accès au dossier en application de l'article 142 CPP/GE.

Le 7 novembre 2000, Abubakar Bagudu, le bras droit de Mohammed Abacha, qui avait été inculpé le 26 avril 2000 de participation à une organisation criminelle, de blanchiment d'argent, d'escroquerie et de gestion déloyale, s'était plaint de ce que le Nigeria avait accès à des renseignements et documents de la procédure pénale correspondant à ceux réclamés dans la demande d'entraide dont le traitement était en cours. De cette manière, le Nigeria aurait obtenu, de manière indue et prématurée, des informations qu'il n'aurait pu obtenir qu'au terme de la procédure d'entraide. Abubakar Bagudu a demandé au Juge d'instruction de suspendre le droit du Nigeria de consulter le dossier, subsidiairement de lui faire interdiction d'utiliser les renseignements obtenus dans le cadre de la procédure pénale jusqu'à droit connu sur la demande d'entraide judiciaire. Mohammed Abacha a fait sienne la demande de ce dernier.

Le 23 novembre 2000, le Juge d'instruction a rejeté cette requête. Le 14 février 2001, la Chambre d'accusation a rejeté les recours formés

⁷³ SCHMID, *op. cit.* (n. 70), N. 24 ; approuvé par BAUMANN, *op. cit.* (n. 70), N. 12.

par Bagudu et Abacha contre la décision du 23 novembre 2000, qu'elle a confirmée.

Dans son arrêt du 5 juin 2001, le Tribunal fédéral a admis les recours formés par Bagudu et Abacha (recours de droit public qu'il a traités comme des recours de droit administratif) et annulé les décisions du 14 février 2001 en renvoyant les causes au Juge d'instruction pour nouvelle décision au sens des considérants. Le Tribunal fédéral a alors relevé :

« Le cas d'espèce se singularise par le fait que la procédure d'entraide (CP/286/99) et la procédure pénale (P/12983/99) sont si étroitement liées qu'elles en deviennent indistinctes. Les documents saisis comme moyens de preuve dans le cadre de la deuxième pourraient être transmis en exécution de la première, comme le souligne la décision d'entrée en matière du 20 janvier 2000, invitant le Juge d'instruction à prendre en compte, pour la clôture de la procédure d'entraide, tous les documents et informations utiles réunis dans la procédure pénale. Le Juge d'instruction conduisant les deux procédures de front, il doit prendre en compte les intérêts de l'une comme de l'autre. Cette tâche est rendue délicate par la nature et les buts différents de l'entraide et de la poursuite pénale, d'une part, et la superposition du droit fédéral et cantonal, d'autre part. (...) [A]u fur et à mesure que la République fédérale a pu exercer, sans limite et sans conditions, son droit de consulter le dossier de la procédure pénale (P/12983/99), d'obtenir des copies des pièces que ce dossier contient et d'en user à sa guise, la procédure d'entraide (CP/286/99) a perdu son objet et sa substance, au point que le prononcé d'une décision de clôture portant sur la remise de documents et d'informations déjà en mains de la République fédérale, n'aurait plus guère de sens. Dans leur résultat, les décisions attaquées sont inconciliables avec le but de l'EIMP. Les recours doivent être admis sur ce point.

(...) Pour appliquer le droit cantonal de manière à sauvegarder l'EIMP, il est nécessaire de limiter le droit de la République fédérale de consulter le dossier de la procédure P/12983/99, dans toute la mesure nécessaire pour préserver l'objet de la procédure d'entraide. Cela suppose d'examiner à chaque fois quelles pièces peuvent être remises sans dommage pour la procédure d'entraide. Une telle restriction du droit d'être entendu pourrait s'appuyer sur

l'article 27 al. 1 let. a et al. 2 PA, appliqué par extension et par analogie (cf. article 12 al. 1 EIMP). Une autre solution pourrait consister à suspendre le droit de la République fédérale de consulter le dossier jusqu'à l'entrée en force de la décision de clôture de la procédure d'entraide ou à interdire à la République fédérale l'usage des documents et informations divulgués, jusqu'à l'entrée en force de la décision de clôture. Il serait aussi envisageable de rendre des décisions de clôture partielles, selon l'avancement des investigations du Juge d'instruction.

(...) Comme le soulignent le Procureur général et le Juge d'instruction, cette solution conduit au résultat paradoxal de traiter de manière plus défavorable l'État étranger qui requiert l'entraide et use de ses droits de partie civile à la procédure pénale, par rapport à celui qui, sans demander l'entraide à la Suisse, interviendrait uniquement dans la procédure pénale cantonale. Cette différence de traitement trouve sa source dans l'art. 142 CPP/GE qui confère aux parties un large droit de consultation du dossier de la procédure pénale. On ne saurait cependant en déduire que cette norme pourrait primer les règles et les exigences de l'EIMP. Pour le surplus, la République fédérale, qui a délibérément choisi d'agir sur le plan de l'entraide judiciaire comme sur celui de la procédure pénale, ne peut pas prétendre à bénéficier d'un quelconque traitement de faveur à cet égard. »⁷⁴

Le 20 juin 2001, le Juge d'instruction a décidé de limiter le droit du Nigeria à consulter le dossier de la procédure pénale de la manière suivante :

« La République fédérale du Nigeria ne peut faire aucun usage des pièces dont copies lui sont transmises en application de l'art. 142 al. 2 CPPG, et des informations auxquelles elle a accès en application de l'art. 142 al. 4 CPPG dans la procédure pénale dans le cadre de laquelle elle a formé la demande d'entraide internationale du 20 décembre 1999, à l'exception de toute démarche entreprise sur son plan interne ou international en vue de sauvegarder ses intérêts patrimoniaux, à savoir toute démarche visant à obtenir la saisie conservatoire ou la confiscation du pro-

⁷⁴ ATF 127 II 198 consid. 4.

duit des infractions dont sont soupçonnés les inculpés dans la procédure nigériane ;

– dit que ces restrictions subsisteront jusqu'à ce que la procédure d'entraide engagée en Suisse, suite à la demande d'entraide judiciaire du 20 décembre 1999, soit définitivement clôturée ;

– dit que le droit de la République fédérale du Nigeria de consultation et de communication du dossier P/12983/99 est suspendu jusqu'à ce que celle-ci se soit engagée à respecter les conditions précitées. »

Après que le Nigeria eut pris l'engagement requis, Abacha et Bagudu ont recouru à nouveau auprès de la Chambre d'accusation qui, le 24 août 2001, a admis les recours en annulant la décision du Juge d'instruction du 20 juin 2001 et a « [f]ait interdiction formelle et sans réserve à la République fédérale du Nigeria d'utiliser, directement ou indirectement, lesdites pièces dans le cadre de la procédure pénale à l'appui de laquelle elle a requis l'entraide, jusqu'à décision de clôture et d'exécution complète et définitive de cette procédure d'entraide ».

Saisi des recours de Abacha et Bagudu, le Tribunal fédéral a admis ceux-ci et a étendu l'interdiction d'accès aux procédures à « toute procédure pénale, civile ou administrative au Nigeria », afin de garantir le principe de la spécialité.⁷⁵ Le Nigeria s'est strictement conformé à cette interdiction.

Il convient de relever que le Tribunal fédéral n'avait pas fait interdiction d'utiliser les pièces de la procédure pénale dans le cadre des demandes d'entraide que le Nigeria a adressées à de nombreuses juridictions, ni dans le cadre des procédures pénales ou civiles initiées dans d'autres États, ce qui a permis de saisir la quasi-intégralité des avoirs Abacha se trouvant en Europe.⁷⁶

⁷⁵ Arrêts 1A.157/2001 et 1A.158/2001 du 7 décembre 2001 consid. 5b cc.

⁷⁶ On relèvera que la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral a rendu une décision incidente SK.2007.28A du 17 juillet 2008 (ATPF 2008 97) dans le cadre d'une affaire de blanchiment du produit de la corruption passive de fonctionnaires brésiliens, décidant que « des intérêts publics et privés prépondérants s'opposent à ce que la République fédérative du Bré-

B. Remise à l'État requérant des valeurs sous le contrôle de l'organisation criminelle

À teneur de l'article 74a EIMP, sur demande de l'autorité étrangère compétente, les objets de valeur saisis à titre conservatoire peuvent lui être remis au terme de la procédure d'entraide (article 80d EIMP), en vue de confiscation ou de restitution à l'ayant droit (al. 1) ; la remise peut intervenir à tous les stades de la procédure étrangère, en règle générale sur décision définitive et exécutoire de l'État requérant (al. 3).

L'article 74a EIMP est une disposition potestative (*Kann-Vorschrift*) qui laisse à l'autorité d'exécution un large pouvoir d'appréciation pour décider, sur la base d'un examen consciencieux de l'ensemble des circonstances, si et à quelles conditions la remise peut avoir lieu.⁷⁷

Lorsque le prononcé d'une décision définitive fait défaut parce que le procès est en cours, l'autorité d'exécution décide de la remise à titre exceptionnel, selon l'article 74a al. 3 EIMP, après avoir pris en considération toutes les particularités du cas d'espèce.⁷⁸

sil puisse accéder librement au dossier ; par conséquent, l'accès au dossier sera strictement limité à l'avocat de la République fédérative du Brésil, interdiction lui étant faite d'en communiquer le contenu à sa mandante ; il est également fait interdiction à la République fédérative du Brésil d'utiliser tout élément de la présente procédure dans toute procédure hors de la Suisse, de quelque nature qu'elle soit ». Dans la mesure où l'on ne dispose pas de tous les éléments relatifs à cette affaire, il est difficile de déterminer quels étaient les « intérêts publics et privés prépondérants » auxquels la décision fait allusion. Il découle cependant de la décision que le Brésil ne s'était constitué partie civile que peu avant l'ouverture du procès. Les limitations au droit du lésé d'utiliser les informations obtenues hors de Suisse ne semblaient dès lors pas de nature à porter atteinte à ses intérêts.

⁷⁷ ATF 123 II 134 consid. 7a ; ATF 115 Ib 517 consid. h ; MAURICE HARARI, *Remise internationale d'objets et valeurs : réflexions à l'occasion de la modification de l'EIMP*, in : Christian-Nils Robert/Bernhard Sträuli (édit.), *Procédure pénale, droit pénal international, entraide pénale : Études en l'honneur de Dominique Poncet*, Genève 1997, p. 167 ss, p. 176.

⁷⁸ ATF 123 II 595 consid. 4e.

Aucun obstacle ne s'oppose à la remise lorsque la situation est limpide en ce qui concerne l'identification des valeurs ou objets en question, ainsi que le caractère illicite de leur provenance.⁷⁹ Ainsi, dans l'affaire *Marcos*, le Tribunal fédéral a considéré que cette condition était remplie et que, par ailleurs, les intérêts de la Suisse exigeaient la remise rapide à l'État requérant des fonds détournés par le clan Marcos.⁸⁰ Lorsque la provenance délictueuse des objets ou valeurs réclamés est douteuse, il y a lieu de renoncer à la remise jusqu'à la clarification des faits dans le cadre d'une procédure judiciaire dans l'État requérant.⁸¹

L'article 74a EIMP vise précisément à pallier la situation législative insatisfaisante, voire insuffisante et ambiguë, qui prévalait jusqu'alors pour ce qui concerne la remise d'avoirs à l'État requérant, situation qui avait contraint le Tribunal fédéral à poser des règles relativement strictes et complexes en la matière.⁸²

Dans le deuxième arrêt *Marcos*, le Tribunal fédéral a interprété l'article 74a EIMP pour dégager les critères permettant de distinguer la situation légale normale du cas exceptionnel, sous l'angle de l'al. 3 de cette disposition. Parmi les critères à prendre en considération, le Tribunal fédéral a notamment retenu que l'ordre public et d'autres intérêts essentiels de la Suisse au sens de l'article 1a EIMP exigeaient la remise rapide à l'État requérant des fonds détournés par le clan Marcos.⁸³ Ces principes ont été confirmés dans les arrêts *Abacha*⁸⁴ et *Duvalier*.⁸⁵

⁷⁹ ATF 123 II 234 consid. 5c et d.

⁸⁰ ATF 123 II 595 consid. 5a et b.

⁸¹ *Id.*, consid. 4f ; ATF 123 II 268 consid. 4b.

⁸² Message du 29 mars 1995 (MCF concernant la révision de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale et de la loi fédérale relative au traité conclu avec les États-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale, ainsi qu'un projet d'arrêt fédéral concernant une réserve à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale), FF 1995 III 1, p. 26 ; ATF 115 Ib 517.

⁸³ ATF 123 II 595 consid. 5a et b.

⁸⁴ ATF 131 II 169 consid. 6.

⁸⁵ ATPF RR.2009.94 du 12 août 2009 consid. 4.1.1.

Le Tribunal fédéral a également indiqué, dans l'arrêt *Abacha*, que l'article 59 ch. 2 aCP (article 72 CP) s'appliquait en matière d'entraide, décision qui a été confirmée dans l'arrêt *Duvalier*.⁸⁶

Les décisions de confiscation rendues en 2005, 2006 et 2007 par l'Office fédéral de la justice dans le sens des considérants du Tribunal fédéral n'ont pas fait l'objet de recours de la part des titulaires des valeurs concernées.

Dans le cas de l'arrêt *Duvalier*, le Tribunal pénal fédéral a indiqué qu'en application par analogie de l'article 72 CP, il y a lieu de présumer que les avoirs dépendant d'une organisation criminelle sont d'origine délictueuse, à moins que leur détenteur n'apporte la preuve du contraire. Faute pour lui d'avoir renversé cette présomption, la remise est ordonnée en application de l'article 74a al. 3 CP, sans autre examen de la provenance des fonds réclamés.⁸⁷ Dans le cas d'espèce, la recourante s'était limitée à affirmer de façon vague que les avoirs déposés sur le compte concerné avaient « pour unique origine la fortune personnelle de Mme Simone Duvalier », sans fournir aucune autre explication à ce sujet ni alléguer une quelconque provenance licite de cette fortune, de sorte que le Tribunal pénal fédéral avait jugé que la présomption n'avait pas été renversée et, partant qu'il y avait lieu de considérer que les avoirs concernés étaient d'origine criminelle. Ils devaient par conséquent être remis en vue de confiscation à l'État requérant.⁸⁸

⁸⁶ *Id.*, consid. 4.1.2.

⁸⁷ *Id.*, consid. 4.1.

⁸⁸ Contrairement à ce qu'affirme ENGEWALD-DANNACHER, la dangerosité des avoirs de l'organisation n'est pas une condition légale de leur confiscation, ni même sa seule justification, le principe cardinal de la confiscation étant que le crime ne doit pas payer (ENGEWALD-DANNACHER, *op. cit.* (n. 33), p. 291 ; MARNIE ENGEWALD-DANNACHER, *Aktuelle Fragen des schweizerischen Einziehungsrecht*, Revue de l'Avocat, octobre 2009). Comme le dit le MCF concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire, *op. cit.* (n. 17), p. 308 : « Le simple fait que ces valeurs soient soumises au pouvoir de disposition d'une organisation criminelle justifie leur confiscation. Cette conception repose sur l'idée que, d'une part, des valeurs patrimoniales qui sont soumises au pouvoir de disposition d'une organisation criminelle sont selon toute probabilité d'origine délictueuse et

V. Conclusion

La jurisprudence développée dans le cadre des affaires *Abacha* et *Duvalier* est, on l'a vu, non seulement justifiée d'un point de vue juridique, mais également conforme aux obligations internationales de la Suisse et nécessaire d'un point de vue pratique pour permettre la confiscation des avoirs détournés par les kleptocrates et leur restitution aux États dont le développement a gravement souffert de la mainmise qu'ils ont exercée sur le pouvoir.

En ratifiant, le 24 septembre 2009, la Convention de l'ONU contre la Corruption (CNUCC),⁸⁹ la Suisse s'est engagée à accorder l'assistance la plus étendue à l'égard de la restitution d'avoirs, qui en est un principe fondamental (article 51 CNUCC), par la voie de l'entraide – il peut être renoncé à un jugement définitif préalable conformément à l'article 57 al. 3 let. a et b – ou de la confiscation selon le droit interne de l'État requis (article 55 al. 1 let. a). Dans ce dernier cas, la restitution à l'État requérant doit être envisagée à titre prioritaire (article 57 al. 3 let. c).⁹⁰ Les États parties s'engagent no-

que, d'autre part – et c'est ce qui leur confère un caractère particulièrement dangereux –, elles serviront à commettre de nouvelles infractions et permettront ainsi à l'organisation de poursuivre son activité criminelle ». Ainsi, même si les avoirs ne se trouvent plus sous le pouvoir de disposition de l'organisation criminelle, ils peuvent et doivent encore être confisqués tant que la prescription n'est pas acquise, soit quinze ans à partir du moment où ce pouvoir de disposition a cessé ou du moment où le membre de l'organisation auxquels ils appartenaient en est sorti. Cf. SCHMID, *op. cit.* (n. 70), N. 223. D'un avis contraire, ROBERTA TSCHIGG, *Die Einziehung von Vermögenswerten krimineller Organisationen*, Berne 2003, p. 137. Une autre interprétation conduirait à un résultat absurde : il suffirait au propriétaire des valeurs de sortir (momentanément) de l'organisation criminelle pour faire échapper celles-ci à la confiscation !

⁸⁹ Convention des Nations Unies du 31 octobre 2003 contre la corruption (CNUCC, RS 0.311.56).

⁹⁰ L'État requis doit restituer les biens confisqués à l'État requérant dans les cas de soustraction de fonds publics ou de blanchiment de fonds publics soustraits (article 57 al. 3 let. a CNUCC) et, dans le cas du produit de toute autre infraction visée par la Convention, lorsque l'État requérant « fournit des preuves raisonnables de son droit de propriété antérieur sur lesdits biens à l'État Partie requis ou lorsque ce dernier reconnaît un préjudice à

tamment à permettre aux autres États parties d'engager une action civile devant leurs tribunaux (article 53 let. a et b).

La qualification d'organisation criminelle, au sens de l'article 260^{ter} CP, des structures mises en place par les kleptocrates pour piller les ressources publiques est, dans certains cas, le seul moyen permettant la confiscation des avoirs détournés et leur restitution en vue d'allocation à l'État lésé par leurs agissements.

En effet, la multiplicité des infractions et surtout le passage du temps rendent impossible l'identification parfaitement précise de l'origine criminelle des avoirs contrôlés par les membres de l'organisation. Pendant que ces kleptocrates sont au pouvoir, souvent pendant des décennies, il est illusoire d'espérer que leurs autorités fournissent la moindre assistance permettant d'apporter la preuve du crime en amont. Quand enfin ils quittent le pouvoir, laissant derrière eux un pays exsangue et des institutions judiciaires et policières déficientes, la destruction des preuves documentaires et du *paper trail* – au bout de dix ans en Suisse et cinq ans au minimum dans les États suivant les recommandations du GAFI – ne permet souvent plus de retracer l'origine des fonds. La prescription empêche en outre de confisquer le produit des crimes les plus anciens.

Il est également essentiel de permettre à l'État lésé par l'organisation de pouvoir exercer la plénitude de ses droits dans le cadre des enquêtes pénales en lui permettant d'accéder aux pièces du dossier et d'en faire usage à l'étranger en vue de permettre de saisir sans délai, par la voie civile, pénale ou de l'entraide, des valeurs de l'organisation que les enquêtes diligentées en Suisse ont permis d'identifier. En effet, malgré des progrès notables, les procédures d'entraide en matière pénale continuent à être lentes et à être caractérisées par le fait qu'elles sont exécutées par des magistrats n'ayant pas une connaissance suffisante du fond du dossier pour exploiter immédiatement des informations pertinentes, de sorte que des informations qui auraient permis de saisir des avoirs supplémentaires de l'organisation parviennent à l'État requérant après de nombreux mois, voire plu-

l'État Partie requérant comme base de restitution des biens confisqués » (article 57 al. 3 let. b CNUCC).

sieurs années, laissant tout loisir à leurs titulaires de les déplacer hors de portée. Ce qui a permis le succès international des procédures *Abacha*⁹¹ est en effet le rôle proactif que les représentants de l'État lésé ont joué dans les procédures pénales initiées internationalement, permettant la circulation rapide des informations entre les juridictions concernées. Résultat : après dix ans d'enquêtes, moins de dix pourcent des avoirs identifiés comme appartenant à l'organisation Abacha ont échappé aux saisies, qui ont eu lieu au cours des premiers mois ayant suivi le début des procédures internationales. Par la suite, les autorités concernées ont pu obtenir les documents pertinents par la voie de l'entraide, ce qui a notamment permis de rendre des décisions de confiscation. À ce jour, 1,3 milliard de dollars américains, soit deux tiers des avoirs saisis, ont été restitués au Nigeria. Les règles de l'entraide ont été suffisamment sauvegardées par l'engagement pris et scrupuleusement respecté par le Nigeria de ne pas utiliser dans le cadre de procédures nigérianes les documents obtenus dans la procédure pénale suisse.

La remise en absence de décision judiciaire préalable dans les États requérants des avoirs se trouvant sous le contrôle des organisations criminelles, confirmée par le Tribunal fédéral et le Tribunal pénal fédéral, a permis de pallier le manque de preuves sur l'origine criminelle spécifique de certains des fonds saisis. Ces mesures ont été ordonnées après que ces tribunaux ont examiné de manière approfondie les pièces du dossier et conclu à l'existence d'une organisation criminelle au sens de l'article 260^{ter} CP.

L'application du concept d'organisation criminelle aux kleptocrates, bien qu'elle n'ait pas été envisagée par le législateur au moment de l'adoption de l'article 260^{ter} CP, s'est dès lors imposée, dans le cadre d'une justice pénale transfrontalière toujours en mouvement, comme une figure nécessaire et justifiée de la restitution à l'État lésé, afin de lui permettre de faire face aux besoins d'une population appauvrie par l'ignominie prédatrice de certains de ses dirigeants.

⁹¹ Voir ENRICO MONFRINI, *The Abacha case*, in : Mark Pieth (edit.), *Recovering Stolen Assets*, Berne 2008, p. 41.

**État de droit
et
confiscation internationale**

édité par

SANDRINE GIROUD

ALVARO BORGHI

Editions interuniversitaires suisses – Edis

2010

Table des matières

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

Annexe I

*Projet de loi fédérale sur la restitution des valeurs patrimoniales
d'origine illicite de personnes politiquement exposées* 221

Annexe II

*Message du Conseil fédéral relatif à la loi fédérale sur la restitution
des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes
politiquement exposées*..... 225

Annexe III

*Résumé des cas les plus récents de restitution de valeurs
patrimoniales d'origine illicite*..... 263

Annexe IV

Chronologie du blocage des avoirs Mobutu en Suisse (1997-2009)..... 267

Annexe V

Chronologie du blocage des avoirs Duvalier en Suisse (1997-2009) 269