

Zeitschrift:	Reihe Kriminologie / Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie = Collection criminologie / Groupe suisse de travail de criminologie
Herausgeber:	Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie
Band:	17 (1999)
Artikel:	Combattre le crime en confisquant les profits : nouvelles perspectives d'une justice transnationale
Autor:	Cassani, Ursula
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-1051185

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 12.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

URSULA CASSANI

COMBATTRE LE CRIME EN CONFISQUANT LES PROFITS: NOUVELLES PERSPECTIVES D'UNE JUSTICE TRANSNATIONALE¹

1. Le profit du crime, la troisième dimension de la politique criminelle contemporaine

La politique criminelle s'est orchestrée longtemps autour du seul auteur de l'infraction; plus récemment, les criminologues, puis les pénalistes, ont découvert la victime comme sujet de leurs préoccupations.

Ce n'est que ces dix dernières années que les profits issus du crime se sont imposés comme un enjeu important de politique criminelle. De formalité accessoire incombant au juge dont la mission principale consistait à juger l'accusé, la confiscation – *soit la décision judiciaire par laquelle l'Etat prive le criminel des avoirs issus du crime* – est devenue une fin en soi, dont la préparation par la saisie conservatoire constitue désormais une préoccupation centrale dans l'enquête pénale. A vrai dire, l'idée selon laquelle le crime ne doit pas payer et que le criminel doit par conséquent être dépouillé de ses gains illégitimes, n'est pas nouvelle. Cependant, l'énormité des profits amassés par certains criminels contemporains grâce à leur activité coupable, en particulier dans le domaine du trafic organisé de la drogue, a conféré une dimension nouvelle à cette idée.

Cette évolution a également affecté le but assigné à la confiscation, qui n'est plus perçue comme une mesure dont la seule finalité consiste à retirer au criminel un objet qui compromet la sécurité ou la moralité publique, ni un moyen de le priver de l'argent mal acquis et

1 Que mes assistants, Madame Carole-Anne Kast et Monsieur Stéphane Werly, trouvent ici l'expression de ma gratitude pour leur relecture attentive du manuscrit.

par conséquent entaché d'un vice moral. Depuis la fin des années '80, la confiscation du profit du crime est comprise comme un instrument de contrôle social et participe, avec son corollaire, la répression du blanchiment d'argent, des «*profit-oriented strategies of crime control*»².

Pour la Suisse, ce changement de paradigme est intervenu en même temps que s'est imposée la phrase de Paolo Bernasconi, si souvent citée, selon laquelle le blanchiment de l'argent – soit l'acte qui est destiné à soustraire l'argent de provenance criminelle à la confiscation – serait le «*talon d'Achille*» du crime organisé³. De mesure permettant d'empêcher le criminel de jouir des produits de son crime, la confiscation et la répression du blanchiment d'argent deviennent ainsi des instruments de lutte contre les organisations criminelles.

C'est au nom de ce combat contre les organisations criminelles qu'une série de mesures centrées sur les gains illicites ont été prises en Suisse, comme dans les pays de l'Union Européenne et ailleurs dans le monde. On notera cependant d'emblée que la plupart des instruments adoptés, tant sur le plan international que national, dépassent le but invoqué, en visant également des formes de criminalité non organisée.

Dans le processus d'élaboration de ces instruments, l'efficacité préventive de la confiscation et de la répression du blanchiment dans la lutte contre le crime organisé a été admise comme une évidence. Pourtant, l'on ne voit pas, *a priori*, comment le risque de perdre les gains illicites pourrait empêcher un criminel de passer à l'acte; au contraire, il pourrait être tenté de se livrer à une activité criminelle

2 Michael Kilchling, Comparative Perspectives on Forfeiture Legislation in Europe and the United States, Eur. Jnl of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 5/1997 342.

3 Paolo Bernasconi, Finanzunterwelt. Gegen Wirtschaftskriminalität und organisierte Verbrechen, Zurich, Wiesbaden, 1988, p. 27; Message du Conseil fédéral concernant la ratification par la Suisse de la Convention no. 141 du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, FF 1992 VI 8, p. 10; Message du Conseil fédéral concernant la modification du code pénal suisse (législation sur le blanchissement d'argent et le défaut de vigilance en matière d'opérations financières), du 12 juin 1989, FF 1989 II 961.

plus intense encore pour s'enrichir en dépit du fait qu'une partie de ses gains lui échappera⁴. L'autre motif souvent invoqué à l'appui de l'efficacité préventive de la confiscation est que l'appauvrissement des organisations criminelles affaiblit ces dernières et les empêche, par conséquent, d'étendre leur emprise tentaculaire sur la société civile⁵. Cette *ratio legis* est sans doute plus convaincante. Elle trouve son expression la plus parfaite dans l'art. 59 ch. 3 CP, visant la confiscation des avoirs qui sont dans le pouvoir de disposition d'une organisation criminelle, sans exiger l'établissement de la provenance d'une infraction précise, postulant ainsi le caractère dangereux de l'argent, dès lors qu'il est dans les mains d'une organisation criminelle.

Quoiqu'il en soit de l'effet préventif sur l'activité primaire des organisations criminelles de ces stratégies centrées sur le profit, il est incontestable que celles-ci ont eu un effet sur les intermédiaires financiers, qui ont été amenés à prendre des mesures pour éviter de se rendre coupables de blanchiment d'argent. Contrairement aux organisations criminelles, les intermédiaires financiers ont un établissement fixe en Suisse; ils sont identifiables et ils ont une réputation commerciale à défendre, voire même l'autorisation d'exercer leur activité. En huit ans séparant l'incrimination du blanchiment d'argent et du défaut de vigilance en matière d'opérations financières (1990) de l'entrée en vigueur de la Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier (1998), la Suisse a introduit progressivement, sous l'appellation de «*trains de mesures contre le crime organisé*», un régime qui oblige ceux qui sont les plus exposés au risque d'assister les criminels dans leurs opérations financières à faire preuve de vigilance et à renoncer à des affaires douteuses.

A supposer que cette stratégie soit propre à atteindre son but – ce qu'elle est partiellement, selon toute probabilité – son effet inévi-

4 Michael Levi, *Taking the Profit out of Crime: The UK Experience*, Eur. Jnl of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 5/1997 203, p. 228.

5 Message, op. cit. note 3, FF 1992 VI 10.

table serait d'éloigner l'argent de provenance criminelle des places financières classiques, telles que les centres financiers suisses, vers d'autres pays, plus accueillants. Or, le déplacement de l'argent illicite vers ces pays, dans lesquels l'opacité est plus grande et les informations plus difficiles ou impossibles à obtenir par les canaux de l'entraide internationale, ne facilite certainement pas la lutte contre le crime, qu'il soit organisé ou non. Reste, comme actif au bilan, que l'introduction de ces mesures a eu pour effet positif d'améliorer la réputation de la place financière suisse et d'éviter à notre pays de se mettre en marge d'une évolution qui s'impose progressivement dans la plupart des pays occidentaux, en fonctionnant comme coffre-fort abritant les avoirs douteux du monde entier.

2. Limites de la justice nationale et criminalité transnationale

La criminalité, surtout économique ou organisée, est devenue un phénomène international. Grâce aux moyens de communication modernes, des transactions financières peuvent être réalisées en quelques secondes, par-delà les frontières nationales, sans d'encombrants transports d'argent ni passages de douanes. Cette facilité des transactions ne profite naturellement pas qu'au citoyen honnête, mais également au criminel qui y trouve un avantage tout particulier, car il sait qu'à la perméabilité totale des frontières sous l'angle des transactions financières s'oppose la rigidité d'une justice pénale fondée essentiellement sur l'idée d'une coopération ponctuelle entre Etats veillant de manière pointilleuse au respect de leur souveraineté nationale.

C'est ainsi qu'une valeur patrimoniale d'origine criminelle peut faire le tour du globe en quelques minutes ou quelques heures par une succession de virements bancaires destinés à brouiller les pistes, alors que la justice pénale risque bien de mettre des mois et des années à reconstituer ne serait-ce qu'une partie de son cheminement. La cause de ce combat inégal réside dans le fait que la compé-

tence du juge pénal d'ordonner et de contraindre s'arrête aux confins du sol national en vertu du principe de la territorialité de l'enquête.

Le principe de la territorialité, tel qu'il est entendu en droit pénal, a deux versants:

- En premier lieu, il décrit la compétence pour juger l'auteur en reconnaissant le lieu de commission de l'infraction ou le lieu où son résultat s'est produit comme critère de rattachement du droit national et comme fondement du for pour l'action pénale (art. 3 et 7 CP). Ce critère prédomine dans les droits contemporains, mais il n'est pas nécessairement exclusif. Le droit des gens n'interdit pas aux Etats de conférer à leurs magistrats le droit de juger les auteurs d'infractions commises ailleurs que sur leur territoire national, en application des principes de juridiction généralement reconnus que constituent la personnalité active et la personnalité passive, le principe réel, celui du pavillon, de la représentation ou encore le principe de l'universalité. Sous l'angle de la compétence pour juger, le rayon d'action du juge national dépasse donc nettement ce qui découlerait de la seule application du principe de la territorialité.
- Le deuxième aspect du principe de la territorialité est celui de la territorialité de l'enquête pénale. Les actes nécessaires à l'enquête pénale⁶ relèvent de la puissance publique; or, le droit des gens interdit à un Etat de procéder à des actes de puissance publique à l'étranger sans le consentement des autorités du lieu, sous peine de violer la souveraineté territoriale de l'Etat concerné.

Comme toute autre décision au fond rendue par le juge pénal suisse, la confiscation suppose que la compétence territoriale soit établie en

6 Voir en particulier Bernhard Sträuli, *Territorialité de l'enquête pénale et garantie d'une activité irréprochable*, Journée 1995 de droit bancaire et financier, Berne, 1995, p. 123, pp. 124 ss..

application des art. 3 à 7 CP ou des dispositions spéciales, notamment de l'art. 24 LStup. A ce point de vue de la doctrine classique⁷, s'opposent Schmid et Harari⁸, qui soutiennent que la compétence territoriale pour la confiscation appartient toujours au juge du lieu où se trouve la valeur patrimoniale (*«forum rei sitae»*), sans égard à la compétence pour l'action pénale contre l'auteur⁹.

L'opinion de Schmid¹⁰ s'appuie essentiellement sur le texte légal de l'art. 58 CP, qui déclare que la confiscation d'objets dangereux ou contraires à l'ordre public peut avoir lieu *«(a)lors même qu'aucune personne déterminée n'est punissable»*. Cependant, la vocation de cette clause n'est pas de régler la question de la compétence territoriale, mais d'assurer la possibilité de confisquer, alors même que l'auteur de l'infraction ne peut être identifié, qu'il est décédé ou irresponsable ou qu'il ne peut être poursuivi en Suisse pour d'autres raisons, par exemple parce qu'il s'est enfui à l'étranger et qu'il n'a pas été extradé. Cette clause ne dispense donc pas le juge d'avoir à établir qu'un acte soumis à sa compétence locale et réalisant tous les élé-

7 Florian Baumann, «Deliktisches Vermögen». Dargestellt anhand der Ausgleichseinziehung (Art. 59 Ziff. 1, 2 und 4 StGB), Zurich, 1997, p. 16 s.; Ursula Cassani, Die Anwendbarkeit des schweizerischen Strafrechts auf internationale Wirtschaftsdelikte, RPS 114 (1996) 237, p. 259 s.; *idem*, La corruption de fonctionnaire: répression pénale d'un pacte, *in* Pacte convention contrat, Mélanges en l'honneur de Bruno Schmidlin, Genève, 1998, pp. 207 ss., p. 222; Robert Levi, Schwerpunkte der strafprozessualen Rechtsprechung des Bundesgerichtes und der Organe der Europäischen Menschenrechtskonvention, RPS 102 (1985) 345, p. 362; Jörg Rehberg, Strafrecht II: Strafen und Massnahmen. Jugendstrafrecht, Zurich, 6^{ème} éd. 1994, p. 196; Hans Schultz, Die Einziehung, der Verfall von Geschenken und anderen Zuwendungen, sowie die Verwendung zugunsten des Geschädigten gemäss StGB, RJB 1978/4 305, p. 325; Günter STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, AT II: Strafen und Massnahmen, Berne, 1989, § 14 n. 79; Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, Zurich, 2^{ème} éd., 1997, n. 10 ad art. 58 ; cf. également le Message du Conseil fédéral en vue de la ratification de la Convention no. 141 (cité note 3), FF 1992 VI 8, p. 22.

8 Niklaus Schmid, Das neue Einziehungsrecht nach StGB Art. 58ff., RPS 113 (1995) 321, pp. 325 et 332; *idem*, Kommentar Einziehung. Organisiertes Verbrechen, Geldwäsche, vol. I, Zurich, 1998, n. 30 ss. ad art. 58; n. 28 et 230 ad art. 59 ; Maurice Harari, Corruption à l'étranger: quel sort réservé aux fonds saisis en Suisse?, RPS 116 (1998) 1, p. 11 s.

9 La jurisprudence du Tribunal fédéral adhérait jusqu'il y a peu à l'opinion de la doctrine dominante (SJ 1994 110 (TF); ATF 117 IV 233, p. 238; 115 Ib 517, pp. 538, 553 (Pemex); 112 Ib 576; 109 IV 51, p. 55), mais un arrêt récent a laissé la question ouverte (ATF 122 IV 91). Dans un arrêt rendu en 1998, la Cour de cassation genevoise s'est ralliée à l'opinion de Schmid (SJ 1999 91).

10 Schmid, op. cit., note 8 (1998), n. 30 ss. ad art. 58.

ments constitutifs objectifs et subjectifs d'une infraction réprimée par le droit pénal suisse a été commise¹¹.

Or, le champ d'application *ratione loci* du code pénal suisse est défini aux art. 3 à 7 CP. Pour qu'il puisse être question d'une infraction au droit pénal suisse, il faut un point de rattachement à notre pays au sens de ces dispositions. En admettant la confiscation au lieu de situation des avoirs provenant d'une infraction commise à l'étranger selon le principe «*aut dedere aut confiscare*», Schmid¹² soumet la confiscation au principe de l'universalité. Celui-ci compte certes parmi les principes de juridiction reconnus par notre droit (art. 6bis CP), y compris en matière de confiscation, mais son application est limitée à certaines infractions précises et clairement définies. Le cas de figure le plus important en pratique est celui de la confiscation des fonds issus du trafic illicite des stupéfiants, pour laquelle l'art. 24 LStup dispose que les «*avantages pécuniaires illicites qui se trouvent en Suisse seront également acquis à l'Etat lorsque l'infraction aura été commise à l'étranger*». L'argent de la drogue peut donc être confisqué au lieu de situation du bien; or, le fait même que le législateur ait précisé cela dans une clause spéciale dont l'application se limite au domaine des stupéfiants dénote que le droit suisse ne reconnaît pas de manière générale la confiscation au *forum rei sitae*¹³.

Cette situation juridique ne sera pas modifiée par la révision de la partie générale du code pénal. Les art. 3 à 8 du projet rendu public en septembre 1998 (ci-après «P-CP»)¹⁴ reprennent dans les grandes lignes les principes du droit en vigueur, sous réserve de l'art. 5 P-CP¹⁵

11 ATF 117 IV 233, p.237; SJ 1997 186, p. 189 (Cour de cassation genevoise).

12 Schmid, op. cit. note 8 (1998), n. 31 ad art. 58.

13 Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant une modification de la loi sur les stupéfiants, FF 1973 I /2 1303, p. 1307.

14 Cf. Message concernant la modification du code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal) et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, du 21 septembre 1998, FF 1999 II 1787 ss., pp. 1798ss., 2101 ss.

15 Le projet propose de réprimer les infractions commise à l'étranger en application du droit pénal suisse, sans aucun égard à la punissabilité au lieu de commission de l'acte, ce qui constitue une entorse à la tradition juridique suisse en la matière (cf. art. 6bis CP).

soumettant les délits sexuels contre les mineurs au principe de l'universalité très largement conçu (art. 5 P-CP) et de l'art. 7 P-CP qui regroupe les actuels art. 5 et 6 CP visant la compétence en vertu des principes de la personnalité active et de la personnalité passive (art. 7 al. 1 P-CP), auxquels il adjoint la compétence déléguée (art. 7 al. 2 P-CP). Aucune disposition fondant une compétence générale pour la confiscation au lieu de situation des avoirs n'est proposée.

Il convient, par ailleurs, de ne pas sous-estimer l'étendue de la compétence qui découle du droit en vigueur, en particulier du principe de la territorialité¹⁶. En vertu du principe de l'ubiquité, l'infraction est réputée commise aussi bien au lieu où l'auteur a agi qu'au lieu où le résultat s'est produit (art. 7 CP). Or, la notion de lieu du «résultat» n'englobe pas seulement celui où le résultat décrit comme élément constitutif objectif d'un délit matériel s'est produit, mais aussi celui où le dessein d'enrichissement illégitime de l'auteur s'est réalisé¹⁷. C'est ainsi que le juge suisse sera également compétent pour statuer sur le sort d'avoirs versés en Suisse dans l'exécution d'un abus de confiance ou d'une escroquerie commise par un auteur agissant à l'étranger. De surcroît, les avoirs issus d'un crime à l'étranger peuvent faire l'objet de blanchiment en Suisse; cela découle clairement de l'art. 305bis ch. 3 CP. Lorsque c'est le cas, l'argent blanchi doit être considéré comme le résultat – au sens de l'art. 59 CP – d'une infraction commise en Suisse. Par ce biais, la compétence territoriale du juge en matière de confiscation peut être éten-

16 Pour une analyse de la portée de la territorialité, telle qu'elle est interprétée par la doctrine et la jurisprudence suisses, cf., en particulier, Robert ROTH, Territorialité et extraterritorialité en droit pénal international, RPS 112 (1994) 1 (*in toto*); CASSANI, op. cit. note 7 (1996), pp. 245 ss.

17 Depuis son revirement de jurisprudence intervenu dans l'ATF 105 IV 326, le Tribunal fédéral interprétait la notion de résultat au sens de l'art. 7 CP de la même manière que pour la définition du délit matériel, avec, toutefois, une extension en matière d'escroquerie, s'agissant du lieu où l'enrichissement visé par l'auteur se produit (ATF 109 IV 3). La doctrine a étendu ce dernier critère à tous les délits supposant un dessein d'enrichissement illégitime (ROTH, op. cit. note 16, p.7; TRECHSEL, op. cit. note 7, 3 ad art. 7 CP; CASSANI, op. cit. note 7 (1996), p. 255 ss.). Dans un arrêt récent et peu motivé, le Tribunal fédéral semble, cependant, revenir à une interprétation plus large de la notion de résultat, en s'appuyant sur les réflexions de Jean-Luc COLOMBINI (La prise en considération du droit étranger dans le jugement pénal, thèse, Lausanne, 1987, 29 s.), suggérant qu'il y aurait un for pour l'action pénale en matière d'abus de confiance au lieu où se produit le «résultat», défini comme le dommage subi par la victime (ATF 124 IV 245).

due de manière considérable. Même lorsqu'il n'y a aucun auteur agissant sur sol suisse, mais uniquement des intermédiaires financiers qui ignorent que l'argent qui leur a été confié provient d'un crime, il peut encore y avoir un *for* dans notre pays, du fait que l'intermédiaire sur sol suisse a été utilisé comme instrument par un auteur médiat à l'étranger, qui sera réputé avoir agi en Suisse¹⁸.

De la même manière, l'art. 59 ch. 3 CP permet la confiscation «*de toutes les valeurs sur lesquelles une organisation criminelle exerce un pouvoir de disposition*». La confiscation de ces valeurs n'exige pas la provenance d'un crime et doit, par conséquent, être prononcée au lieu où s'exerce effectivement le pouvoir de disposition de l'organisation criminelle, fût-ce par un membre d'une organisation criminelle, par un complice ou par un instrument utilisé à son insu¹⁹.

Ne font pas l'objet de confiscation autonome en Suisse, en revanche, les fonds provenant de simples délits commis à l'étranger et qui ne sont pas dans le pouvoir de disposition d'une organisation criminelle. C'est ainsi, par exemple, que le droit suisse ne permet pas la confiscation autonome d'avoirs provenant de délits d'initiés ou de manipulations de cours entièrement commis et achevés à l'étranger, transférés ultérieurement en Suisse.

Si la compétence locale pour prononcer la confiscation au sens de l'art. 59 CP ne découle pas du seul fait que des avoirs se trouvent sur sol suisse, ceux-ci peuvent néanmoins être saisis dans notre pays, en vue de la confiscation par le juge étranger compétent au fond. A l'inverse, les magistrats suisses peuvent confisquer des valeurs transférées à l'étranger²¹, en requérant l'aide de leurs collègues étrangers pour ordonner la saisie conservatoire des avoirs et des documents y

18 ATF non publié du 29 septembre 1997 dans l'affaire Cuperstein et Feuer c. PG GE.

19 Schmid, op. cit. note 8 (1998), n. 230 ad art. 59.

21 ATF 115 Ib 543 (Pemex); SJ 1986 520, 524s. (TF); Trechsel, op. cit. note 7, n. 1 ad art. 58; *contra*: Schmid, op. cit. note 8 (1998), n. 32 ad art. 58; cf., cependant, n. 110 ad art. 58 et n. 231 ad art. 59.

relatifs, voire même pour exécuter la confiscation. Dans toutes ces constellations, la coopération internationale est un outil indispensable.

3. Vers un ordre juridique transnational en matière de confiscation: la Convention no. 141 du Conseil de l'Europe

Le caractère indispensable de la coopération entre Etats s'étant imposé comme un évidence, des conventions internationales esquissant un ordre juridique transnational en matière de confiscation ont été élaborées. *La Convention des Nations Unis contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes* de 1988, à laquelle la Suisse n'est pas partie, met en place des règles en matière de confiscation et de blanchiment d'argent dans le domaine du trafic des stupéfiants. *La Convention no. 141 du Conseil de l'Europe, relative au blanchiment, à la saisie et à la confiscation des produits du crime*, conclue en 1990 à Strasbourg, est plus ambitieuse, puisqu'elle vise les instruments et produits de tout crime²², sans se limiter au trafic des stupéfiants, et qu'elle prévoit un arsenal législatif plus détaillé et plus contraignant en matière de confiscation et de répression du blanchiment d'argent²³. C'est à cet instrument international que les réflexions qui suivent seront consacrées.

La Convention no. 141 est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 1993; au 1^{er} octobre 1999, elle sera applicable dans 26 pays, dont la plupart des pays de l'Union Européenne, une série des nouvelles Républiques de l'Est européen et l'Australie. La Suisse fut un des premiers

22 Le Préambule de la Convention no. 141 précise que la préoccupation principale est la lutte contre le crime grave; toutefois, tous les crimes sont visés (cf. Rapport explicatif de la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1991, p. 17; Paolo Bernasconi, Nuovi strumenti giudiziari contro la criminalità economica internazionale, 1995, p. 349 ss, pp 367 ss.; Hans G. Nilsson, The Council of Europe Laundering Convention: A Recent Example of Developing International Criminal Law, in Albin Eser/Otto Lagodny, Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law, Freiburg i.Br., 1992, p. 457, p. 466; Joachim Vogel, Geldwäsche – ein europaweit harmonisierter Straftatbestand? ZStW 109 (1997) 335, p. 338).

23 Rapport explicatif, op. cit. note 22, p.10.

pays à déposer les instruments de ratification²⁴. Parmi les pays signataires qui n'ont pas encore ratifié la Convention, on peut mentionner en particulier le Luxembourg, le Liechtenstein, la Russie et la Pologne. Les Etats-Unis et le Canada ont participé aux négociations, sans signer l'acte qui en est issu.

La Convention no. 141 vise à instaurer une politique criminelle commune des Etats membres dans le domaine de la confiscation des profits illicites, en procédant par deux voies concurrentes: l'harmonisation – très partielle – des droits nationaux en matière de confiscation et de répression du blanchiment d'argent et l'instauration de mécanismes de coopération entre les Etats.

3.1. Harmonisation limitée des droits nationaux en matière de confiscation

Le premier but poursuivi par la Convention no. 141 est d'obliger les législateurs nationaux à mettre en œuvre, dans leur droit interne, un régime juridique permettant la confiscation, définie comme «*une peine ou une mesure ordonnée par un tribunal à la suite d'une procédure portant sur une ou des infractions pénales, (...) aboutissant à la privation permanente du bien*» (art. 1 lit. d). Il s'agit là d'une définition ouverte, englobant notamment les procédures civiles in rem («*civil forfeiture*»²⁵) du droit anglo-saxon²⁶.

La confiscation vise les instruments et les produits du crime, ainsi que d'autres biens de la même valeur (art. 2 § 1), englobant par là, selon la terminologie suisse, aussi bien la confiscation proprement

24 Ratification le 11 mai 1993, entrée en vigueur le 1er septembre 1993.

25 Pour des exposés circonstanciés des règles gouvernant la confiscation civile et pénale aux Etats-Unis, cf. Michael Tonry, *Forfeiture Laws, Practices and Controversies in the US*. Eur. Jnl of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 5/1997 294 ss. ; John A.E. Vervaele, *La saisie et la confiscation à la suite d'atteintes punissables au droit aux Etats-Unis*, Revue de droit pénal et de criminologie 78 (1998) 974, p. 983 ss..

26 Rapport explicatif, op. cit. note 22, p. 15 s..

dite (art. 58 et 59 ch. 1 CP) que le prononcé d'une créance compensatrice (art. 59 ch. 2 CP). Pour en permettre l'exécution, les Parties sont tenues de mettre en place les mesures d'investigation et de saisie nécessaires à la recherche et au blocage d'avoirs provenant d'une infraction ou d'autres avoirs, sur lesquels la créance compensatrice pourrait être exécutée (art. 3 et 4). Enfin, cet arsenal législatif visant les modalités de la confiscation doit être complété par des dispositions permettant la répression du blanchiment d'argent intentionnel, sans égard au lieu où l'infraction préalable a été commise (art. 6).

Le régime ainsi mis en place se limite à des règles minimales à la fois sommaires et souples qui sont propres à aboutir à une harmonisation très partielle des législations nationales. C'est ainsi que les Etats membres peuvent, par une déclaration au moment de la ratification, limiter l'application de la confiscation et la répression du blanchiment au produit de certaines infractions, en exerçant la faculté d'«*opting out*» prévue aux art. 2 § 2 et 6 § 4²⁷. Certaines clauses sont en outre laissées à la discrétion des parties (art. 6 § 2 lit. b et c et § 3) ou soumises à la réserve des principes constitutionnels et des concepts fondamentaux du régime juridique de chaque Etat (6 § 1 lit. c et d).

Nombreux sont les pays qui ont fait usage de la faculté «*d'opting out*», en limitant l'application de la Convention à certaines catégories d'infractions ou en procédant par énumération des infractions soumises²⁸. Le droit suisse définit le blanchiment d'argent comme un acte de dissimulation portant sur une valeur patrimoniale issue d'un crime au sens de l'art. 9 al. 1 CP; notre pays a donc fait une réserve

27 Rapport explicatif, op. cit. note 22, p. 17; Nilsson, op. cit. note 22, p. 461; les réserves ne peuvent pas s'étendre aux mesures d'investigation et aux mesures provisoires; Rapport explicatif, p. 18.

28 Cf. Conseil de l'Europe, Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, Réserves et Déclarations, état au 20 avril 1999.

en ce sens²⁹. Toutes les infractions peuvent, en revanche, déclencher une mesure de confiscation en vertu des art. 58 et 59 CP, dont la révision en 1994 a tenu compte des exigences découlant de la Convention no. 141³⁰. Parmi les mesures d'investigation, seule la surveillance des comptes bancaires, expressément prévue par l'art. 4 ch. 2 Convention no. 141, n'a pas encore trouvé une transposition complète dans le droit suisse³¹.

3.2. Coopération internationale

3.2.1. *Le standard minimum*

Dans ce domaine aussi, la Convention fait preuve de souplesse et d'un certain pragmatisme dans les exigences posées. Le principe directeur est celui d'une coopération large et généreuse; cependant, les Etats sont en droit de refuser de coopérer, lorsque leur propre droit ne permettrait pas la mesure demandée. L'obligation de coopération

29 La réserve suisse à propos de l'art. 6 § 4, en vertu de laquelle l'acte préalable au blanchiment doit être qualifié de crime en droit suisse, implique également qu'il s'agisse d'un acte punissable aux yeux du droit pénal suisse (double punissabilité). L'interprétation extrêmement large de la Convention préconisée par Nilsson (op. cit. note 22, p. 469), en vertu de laquelle le blanchiment serait punissable indépendamment de la question de savoir si l'infraction préalable est ou non considérée punissable selon la loi du lieu où le produit est blanchi, n'est donc pas pertinente pour notre pays.

30 Révision par la loi fédérale du 18 mars 1994, entrée en vigueur le 1er août 1994. La saisie d'éléments patrimoniaux en vue de l'exécution d'une créance compensatrice (art. 59 ch. 2 al. 3 CP) a été introduite en raison de la Convention no. 141; Message 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) du 30 juin 1993, FF 1993 III 269, p. 305.

31 Le Message en vue de la ratification de la Convention no. 141 (op. cit. note 3, FF 1992 VI 17) précise que le droit suisse présente une lacune en matière de surveillance de comptes bancaires. Cette mesure paraît admissible, de lege lata, en tout cas s'agissant de l'observation temporaire du compte d'une personne faisant déjà l'objet d'une procédure pénale, de même que lorsqu'il y a une communication au sens des art. 305ter al. 2 CP ou 8 LBA; pour les comptes de tiers, la doctrine n'admet la mesure qu'à titre exceptionnel (pour l'ensemble de la problématique, cf. Christiane Lentjes Meili, Zur Stellung der Banken in der Zürcher Strafuntersuchung, thèse, Zurich, 1996, pp. 271 ss.; cf. également, pour des opinions favorables, sous certaines conditions, à la conformité de la surveillance de comptes bancaires au droit suisse, Paolo Bernasconi, Les conventions internationales relatives au blanchiment et à la confiscation du produit du crime, in Maurice Aubert et al. (éd.), Le secret bancaire suisse, Berne, 1995, 3^{ème} éd., p. 517; Schmid, op. cit. note 8 (1998), n. 145 ad art. 59. De lege ferenda, l'art. 3 al. 1 lit. m du projet de loi fédérale sur la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications prévoit la surveillance des comptes de chèques postaux et des trafics de paiement, dans le but d'assurer la saisie; cf. le Message concernant les lois fédérales sur la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications et sur l'investigation secrète (FF 1998 IV 3689, pp. 3706 s., 3709, 3755 s.).

à laquelle un Etat ne peut se soustraire consiste donc à mettre à disposition des autres Parties les instruments qui sont compatibles avec son propre droit interne.

Dans cette optique, l'art. 18 énumère une série de motifs de refus que les Etats sont en droit d'opposer à une requête de coopération. Il s'agit de la violation des principes fondamentaux de l'ordre juridique et des intérêts essentiels de l'Etat requis (art. 18 § 1 lit. a et b), du fait que le délit sur lequel se fonde la demande d'assistance ne constitue pas une infraction selon le droit de l'Etat requis (double punissabilité, art. 18 § 1 lit. f), en raison de la prescription (art. 18 § 4 lit. c), de la violation du principe *ne bis in idem* (Art. 18 § 1 lit. e) ou de la nature politique ou fiscale de l'infraction (art. 18 § 1 lit. d). La Convention n'obligera donc pas la Suisse à changer sa pratique de l'entraide, dont l'angle aveugle principal reste l'accueil généreux d'argent provenant de délits fiscaux. Toutefois, en application de l'art. 3 al. 3 EIMP³², la Suisse accorde néanmoins les actes d'assistance relevant de la «petite entraide», soit ceux-là même qui sont visés par la Convention no. 141, en cas d'escroquerie en matière fiscale.

La Convention se contente ainsi d'un standard minimum, aménageable par les Etats membres en fonction des conceptions fondamentales de leur ordre juridique.

3.2.2. Assistance dans les investigations

La Convention no. 141 oblige les Etats à s'accorder assistance dans les investigations pénales, aussi bien pour dépister les profits du crime que pour les bloquer (art. 7–12). La coopération dans la saisie en vue de la confiscation n'était pas expressément visée par la Conven-

³² Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale, du 20 mars 1981, révisée par la LF du 4 oct. 1996, en vigueur depuis le 1er février 1997; RO 1997 114 ss.; Robert Zimmerman, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, Berne, Stämpfli, 1999, p. 316.

tion européenne d'entraide³³; toutefois, la Suisse accordait couramment cette forme d'entraide en application de l'EIMP³⁴.

Notre pays connaît, en effet, un système de l'entraide internationale pénale bien développé, y compris en matière de saisie de documents et d'avoirs. En tant que place financière réputée dans le monde entier pour la qualité et la discréction des services fournis, la Suisse est au centre de flux importants d'argent provenant de l'étranger, y compris des transferts d'argent sale. Il est donc naturel que la coopération dans la saisie et la confiscation de l'argent issu de crimes commis à l'étranger constitue une part importante de l'entraide internationale fournie par nos autorités pénales. C'est ainsi que l'art. 63 EIMP prévoyait, dès son entrée en vigueur en 1981, l'entraide dans la recherche de moyens de preuve, la remise de documents, la perquisition et la saisie conservatoire d'objets et de valeurs nécessaires à la procédure à l'étranger ou pour récupérer le produit de l'infraction.

La Convention no. 141 va néanmoins au-delà de ce qui était prévu par l'EIMP dans sa teneur de 1981, puisque l'art. 10 introduit une nouveauté, *la transmission spontanée d'informations*. Il s'agit d'une norme potestative qui se contente d'habiliter une Partie à transmettre à une autre Partie, sans demande préalable, des informations sur les instruments ou les produits d'infractions, lorsqu'elle estime que cette communication pourrait aider le destinataire dans ses investigations ou procédures, ou l'inciter à présenter une demande de coopération³⁵.

33 Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (CEEJ), du 20 avril 1959 (RS 0.351.1); Rapport explicatif, op. cit. note 22, p. 7; Nilsson, op. cit. note 22, p. 461 s. En Suisse, le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si la saisie conservatoire en vue de la confiscation à l'étranger pouvait se baser sur la CEEJ (ATF 99 Ia 94; 105 Ib 218; 106 Ib 34 s.; 112 Ib 598; 115 Ib 517 (Pemex); Lionel Frei, *Beschlagnahme und Einziehung als Rechtshilfemaßnahmen*, RPS 105 (1988) 312, p. 314 n. 7, p. 320; Maurice Harari, *Remise internationale d'objets et valeurs: réflexions à l'occasion de la modification de l'EIMP*, in *Procédure pénale, droit pénal international et entraide pénale. Etudes en l'honneur de Dominique Poncet*, Genève, 1997, 167, p. 168, n. 2).

34 ATF 112 Ib 598; 115 Ib 517 (Pemex).

35 A noter que l'art. 32 § 2 de la Convention permet aux Parties de faire une réserve en faveur de l'application du principe de la spécialité, faculté dont la Suisse a usé.

A l'occasion de la révision de l'EIMP, entrée en vigueur en 1997, le législateur suisse a expressément réglé la transmission spontanée d'informations et de documents à l'art. 67a EIMP. Cette disposition permet aux autorités de poursuite pénale de communiquer à une autorité étrangère les moyens de preuve recueillis au cours de leur propre enquête, si cette transmission est de nature à permettre à celles-ci d'ouvrir une poursuite pénale ou si elle peut faciliter le déroulement d'une enquête en cours (lit. b). Toutefois, lorsque les moyens de preuve en question touchent le domaine secret – en particulier le secret bancaire – la transmission n'est licite qu'à condition que les informations en cause soient de nature à permettre à l'autorité étrangère de présenter une demande d'entraide à la Suisse (art. 67a al. 4 et 5 EIMP).

3.2.3. *Les obligations de coopération en matière de confiscation*

a) Le dispositif découlant de la Convention no. 141

Le noyau dur et la principale originalité de la Convention réside dans les règles gouvernant la coopération en matière de confiscation. L'art. 13 oblige les Etats membres à prévoir un mécanisme permettant de confisquer, à la demande d'un Etat étranger, les valeurs patrimoniales qui se trouvent sur leur territoire. Pour se conformer à cette obligation conventionnelle, les Etats ont le choix entre deux voies:

- soit, l'exécution des décisions de confiscation rendues à l'étranger en vertu de l'art. 13 § 1 lit. a;
- soit, le prononcé de la confiscation par une procédure autonome en application de l'art. 13 § 1 lit. b.

La première voie consiste à reconnaître et à exécuter le jugement prononcé à l'étranger et s'apparente donc au système mis sur pied par la *Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs* (1970). La seconde voie consiste à accepter d'exercer la juridiction en lieu et place d'autrui, sur le modèle de la compé-

tence déléguée («*stellvertretende Gerichtsbarkeit*») retenu par la Convention sur la transmission des procédures répressives de 1972³⁶.

Pour satisfaire à ses obligations découlant de la Convention, il suffit qu'un Etat aménage l'une des deux voies mentionnées³⁷, le choix de la forme de la coopération appartenant entièrement à la partie requise³⁸. Dans la mesure où un Etat veut instaurer une procédure de confiscation selon son propre droit en vertu de la lit. b, la Convention lui reconnaît expressément la compétence territoriale pour engager cette procédure (art. 13 § 2); à défaut de compétence territoriale en vertu du droit national, celle-ci découle de la demande présentée par la partie requérante³⁹.

Quelle que soit la voie choisie, l'Etat requis est lié par les constatations de fait de l'Etat requérant⁴⁰. Ce dernier conserve d'ailleurs le droit d'exécuter lui-même sa décision de confiscation (art. 16 § 1), sous la réserve toutefois que le montant total des avoirs confisqués ne soit pas supérieur à la somme fixée dans la décision de confiscation (art. 16 § 2).

b) La transposition des obligations conventionnelles dans le droit suisse

Exposant le choix entre les deux voies énoncés à l'art. 13, le Message du Conseil fédéral en vue de la ratification de la Convention révèle que la Suisse empruntera la voie de la confiscation autonome (art. 13 § 1 lit. b), lorsque la compétence territoriale des tribunaux suisses sera donnée, et qu'elle se contentera de l'exécution de la confiscation étrangère (art. 13 § 1 lit. a), lorsque tel ne sera pas le cas⁴¹. Dans

36 Rapport explicatif, op. cit. note 22, p. 9; Message, op. cit. note 3, FF 1992 VI 12, 24; Nilsson, op. cit. note 22, p. 464; à noter que la Suisse n'est pas partie aux deux conventions citées.

37 Nilsson, op. cit. note 22, p. 473.

38 Rapport explicatif, op. cit. note 22, p. 29; Message, op. cit. note 3, FF 1992 VI 24.

39 Rapport explicatif, op. cit. note 22, p. 29; Bernasconi, op. cit. note 22, p. 379.

40 Art. 14 § 2 Convention no. 141; Message, op. cit. note 3, FF 1992 VI 25.

41 Message, op. cit. note 3, FF 1992 VI 21 s.

cette deuxième hypothèse, l'exécution de la décision étrangère se baserait, selon le Message du Conseil fédéral⁴², sur l'art. 94 EIMP.

Cette dernière disposition permet l'exequatur selon une procédure prévue par les art. 105 ss. EIMP. La décision incombe au juge compétent au sens de l'art. 348 CP, qui doit recueillir les preuves nécessaires (art. 106 al. 1 EIMP) et entendre le condamné (art. 105 EIMP)⁴³.

A considérer le libellé des art. 94 et 105 ss. EIMP, leur invocation à titre de base légale de la coopération sous la forme de l'exequatur de décisions de confiscation étrangères peut sembler surprenante. Aussi bien selon sa teneur ancienne que selon sa teneur actuelle, l'art. 94 EIMP ne mentionne pas expressément la confiscation, pas plus d'ailleurs que la créance compensatrice. Les seuls objets explicitement visés sont l'exécution en Suisse d'une peine infligée à un condamné résidant habituellement dans notre pays ou devant y répondre d'une infraction grave, ainsi que le recouvrement de l'amende et des frais. Cependant, le Tribunal fédéral a déclaré, dans sa jurisprudence antérieure à la révision de l'EIMP, notamment dans un arrêt Pemex de 1989, que l'art. 94 EIMP permettait également l'exécution en Suisse d'un jugement de confiscation étranger, ou en tout cas ne s'y opposait pas⁴⁴. En réalité, il s'agissait d'une application par analogie de l'art. 94 EIMP, dont les conditions légales n'étaient manifestement pas réunies. Quant au renvoi par l'art. 105 EIMP aux règles gouvernant la compétence intercantonale en vertu de l'art. 348 CP – instituant, par ordre de priorité, un for au lieu de résidence de l'auteur, à son lieu d'origine, au lieu d'arrestation ou au lieu désigné par le canton ayant obtenu l'extradition – il ne sera, en règle générale, d'aucune pertinence. A défaut d'un des fors énumérés à l'art. 348 CP, l'attribution de la compétence pour l'exequatur au juge du lieu de situation des avoirs s'impose.

42 Message, op. cit. note 3, FF 1992 VI 22.

43 Sur les règles de procédure en matière d'exequatur, cf. Zimmerman, op. cit. note 32, p. 405 ss..

44 ATF 115 Ib 517, pp. 541–548 (Pemex); ATF 120 Ib 176 (*ad* créance compensatrice).

Quoiqu'il en soit, la jurisprudence rendue dans l'affaire Pemex était suffisante, aux yeux du Conseil fédéral, pour que le droit suisse fût «en mesure de satisfaire pleinement aux exigences de la Convention en matière de coopération internationale dans les domaines du séquestre et de la confiscation de valeurs patrimoniales provenant directement ou indirectement de délits»⁴⁵. La révision de l'EIMP en 1996 aurait néanmoins été l'occasion de modifier l'art. 94, de manière à régler expressément la question de l'exécution des décisions de confiscation et des créances compensatrices. Toutefois, les auteurs de la révision législative renoncèrent à reformuler l'art. 94 EIMP dans ce sens⁴⁶, préférant à l'exequatur la voie plus souple de la *remise des valeurs patrimoniales par la voie de l'entraide, en dehors d'une procédure d'exequatur*.

La remise à l'étranger, par la voie de l'entraide, d'objets et valeurs bloqués en vue de leur confiscation ou de la restitution au lésé est prévue par plusieurs traités bilatéraux d'entraide conclus par la Suisse⁴⁷, ainsi que par l'EIMP, qui la conçoit soit comme mesure accompagnant l'extradition («*Sachauslieferung*», art. 63 EIMP⁴⁸), soit comme décision *sui generis* prise dans le cadre de la petite entraide

45 Message, op. cit. note 3, FF 1992 VI 21.

46 Le Message à l'appui de la révision de l'EIMP exclut l'exequatur des décisions étrangères de confiscation, sans examiner la compatibilité de ce choix avec l'art. 13 Convention no. 141 (Message 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 Etats-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale, ainsi qu'un projet d'arrêté fédéral concernant une réserve à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, du 29 mars 1995, FF 1995 III 1, p. 26).

47 Il en va ainsi dans les rapports avec les Etats-Unis, conformément à l'art. 1 al. 1 lit. b TEJUS (Traité entre la Confédération helvétique et les Etats-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale, du 25 mai 1973, RS 0.351.933.6); cf. Harari, op. cit. note 33, p. 169. Il en va de même avec l'Allemagne et l'Autriche (art. II al. 3 de l'Accord entre la Confédération suisse et la République fédérale d'Allemagne en vue de compléter la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 et de faciliter son application, du 13 novembre 1969 (RS 0.351.913.61) et art. II al. 3 de l'Accord du même nom avec la République d'Autriche (du 13 juin 1972, RS 0.351.916.32)), avec la France (art. VI Accord entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République française en vue de compléter la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 (du 28 octobre 1996, FF 1997 IV 1077)) et l'Italie (art. VIII Accord entre la Suisse et l'Italie en vue de compléter la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 et d'en faciliter l'application (du 10 septembre 1998, FF 1999 II 1409)).

48 Dans l'EIMP de 1981, la remise d'objets et de valeurs dans l'extradition était régie par les art. 34 et 59.

(art. 63 al. 2 lit. d et 74a EIMP)⁴⁹. La remise des avoirs est définitive et ne permet aucun contrôle ultérieur sur leur destination⁵⁰; elle suppose donc une certaine confiance dans l'aptitude du pays requérant d'en disposer de manière équitable et conforme aux principes qui gouvernent l'Etat de droit.

Dans son arrêt Pemex, datant d'avant la révision de l'EIMP, le Tribunal fédéral avait admis le principe de la remise à l'étranger, en vue de la confiscation par l'Etat requérant, de valeurs patrimoniales provenant directement ou indirectement d'une infraction (ATF 115 Ib 537), lorsque la confiscation en Suisse paraissait impossible ou incertaine (ATF 115 Ib 538). Toutefois, la remise fut subordonnée par le Tribunal fédéral à l'existence de garanties suffisantes concernant la conformité de la décision étrangère tranchant le sort des avoirs aux principes découlant de l'art. 6 CEDH⁵¹. S'agissant, dans le cas d'espèce, d'une requête émanant du Mexique, le Tribunal fédéral estima qu'il y avait lieu d'attendre la décision mexicaine sur la confiscation des fonds, pour examiner sa conformité aux exigences posées dans le cadre d'une procédure d'exequatur. Cette décision n'ayant jamais été rendue, les fonds ont finalement dû être libérés⁵².

Le Tribunal fédéral fit preuve de plus de souplesse dans l'affaire des fonds de l'ex-dictateur Marcos, dans laquelle il subordonna également, dans un premier temps du moins, la remise des avoirs à l'exigence d'une décision judiciaire définitive et exécutoire de l'Etat philippin statuant sur la confiscation et l'indemnisation des victimes, respectant les principes des art. 4, 58 Cst. féd. et 6 CEDH (ATF 116

49 Dans l'EIMP de 1981, la remise d'objets et de valeurs dans la petite entraide découlait des art. 63 et 74; cf., sur l'ancien droit, Hans Schultz, *Bemerkungen zu IRSG Art. 74*, RPS 124bis (1988) 443 ss. (in toto); Frei, op. cit. note 33, p. 328 ss.; Bruno Trinkler, *Beschlagnahme und Einziehung von Vermögenswerten im internationalen Rechtshilfeverkehr*, Problèmes actuels de la lutte contre la criminalité, RPS 110 (1992) 463 (in toto).

50 Harari, op. cit. note 33, p. 175 ; Pierre-Dominique Schupp, *La révision de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP)*, RPS 115 (1997) 180, p. 192 ; Zimmerman, op. cit. note 32, p. 141.

51 ATF 115 Ib 550, 556 (Pemex); 116 Ib 460 (Marcos); Andreas Donatsch, *Konventionsrecht in Verfahren der kleinen Rechtshilfe*, RPS 114 (1996) 277, 286.

52 Schupp, op. cit. note 50, p. 193, note 38.

Ib 461). Contrairement à ce qu'il avait retenu dans l'arrêt Pemex, le Tribunal fédéral affirma, cependant, que la réalisation de cette condition pouvait être vérifiée, le moment venu, par un examen informel, sans passer par une véritable procédure d'*exequatur* au sens de l'art. 94 EIMP (ATF 116 Ib 462).

A l'occasion de la révision de l'EIMP, les principes élaborés par le Tribunal fédéral furent transposés dans le nouvel art. 74a EIMP⁵³. Toutefois, l'al. 3 de cette disposition déclare que la remise en vue de la confiscation ou de la restitution au lésé «*peut intervenir à tous les stades de la procédure étrangère, en règle générale sur décision définitive et exécutoire de l'Etat requérant*»⁵⁴. Les termes «*en règle générale*», insérés dans le texte légal lors des travaux parlementaires⁵⁵, permettent la remise anticipée d'avoirs, en l'absence d'une décision judiciaire étrangère exécutoire tranchant leur sort. La Suisse s'est d'ailleurs empressée d'user de cette nouvelle possibilité dans l'affaire Marcos, dans laquelle l'exigence d'une décision judiciaire définitive et exécutoire de l'Etat philippin a été abandonnée en décembre 1997, le Tribunal fédéral autorisant la restitution des fonds à l'Etat requérant, alors même qu'aucune décision n'avait été rendue dans ce pays et qu'aucune procédure pénale n'y était même pendante. Pour garder la face, la Suisse exigea du gouvernement philippin l'engagement formel que la confiscation ou l'attribution des fonds à d'éventuels lésés feraient l'objet de procédures judiciaires respectant les principes découlant de l'art. 14 du pacte de l'ONU sur les droits civils et politiques et qu'il informerait la Suisse de la progression de ces procédures et plus généralement des mesures prises pour dédommager les victimes des violations des droits de l'homme sous le régime Marcos (ATF 123 II 595, 624). Demeure ouverte la question de savoir par quel moyen le respect de cet engagement pourrait être imposé.

53 Sur le processus d'élaboration législative de l'actuel art. 74a EIMP, cf. Schupp, op. cit. note 50, pp. 192 s..

54 Il s'agit donc d'une norme potestative, qui laisse un certaine latitude aux autorités suisses, Harari, op. cit. note 33, p. 176.

55 BOCE 1996 229–233, 243; BOCN 1996 747; Zimmerman, op. cit. note 32, p. 142.

La voie de la remise sans *exequatur*, le cas échéant avant même qu'une décision définitive et exécutoire n'ait été rendue sur le sort des avoirs, est plus favorable à l'Etat requérant que l'exécution de la confiscation prévue à l'art. 13 § 1 lit. a Convention no. 141.⁵⁶ Conformément au principe de *faveur*⁵⁷, la Suisse est libre de maintenir sa pratique actuelle en matière de remise, sans pour autant violer ses obligations conventionnelles. Toutefois, elle ne saurait compter sur le même traitement favorable de la part de ses partenaires, sauf lorsque celui-ci découle d'autres accords.

c) La coopération en matière de recouvrement de la créance compensatrice

En vertu de l'art. 13 § 3 de la Convention no. 141, les règles en matière de coopération dans l'exécution de la confiscation s'appliquent également à «*la confiscation consistant en l'obligation de payer une somme d'argent correspondant à la valeur du produit*». Il s'agit là de la mesure que le code pénal suisse vise à l'art. 59 ch. 2 sous l'appellation de *créance compensatrice*, soit la décision qui consiste à priver l'intéressé d'une somme équivalente aux valeurs soumises à confiscation, alors même que ces dernières ne se trouvent plus dans son patrimoine.

Un Etat requis sur la base de la Convention no. 141 a donc l'obligation de procéder au recouvrement d'une créance compensatrice en se servant sur tous les biens appartenant à l'intéressé qui sont situés sur son territoire. Pour ce faire, il a le choix entre l'exécution de la décision étrangère et une procédure domestique, conformément à l'art. 13 § 1 lit. a et b.

⁵⁶ A noter que la possibilité de prévoir la remise des valeurs par l'entraide semble avoir été envisagée pendant les travaux préparatoires de la Convention no. 141 (cf. FF 1989 I 1259), puis abandonnée en faveur de l'*exequatur* de la décision de confiscation.

⁵⁷ Zimmerman, op. cit. note 32, p. 84.

Cette forme de coopération, portant sur des valeurs dont la provenance délictueuse ne peut être établie, ne semble pas avoir été prise en considération lors de la révision de l'EIMP et continue à représenter une *terra incognita* pour beaucoup de praticiens de l'entraide. Elle n'est mentionnée ni à l'art. 94 EIMP sur l'exequatur de décisions étrangères, ni dans les dispositions régissant la remise de valeurs à l'étranger (art. 59, 74 et 74a EIMP).

La jurisprudence rendue sous l'égide de l'EIMP selon son ancienne teneur avait admis l'exequatur, sur la base de l'art. 94 EIMP, d'une décision danoise portant sur des valeurs patrimoniales appartenant à un trafiquant de drogue, mais dont la provenance d'une infraction n'avait pas pu être établie (ATF 120 Ib 167)⁵⁸. A l'époque, le Danemark n'avait pas encore ratifié la Convention no. 141; ce nonobstant, les fonds ont été transférés au Danemark sur la base de l'art. 94 EIMP, au titre de l'exécution de la décision danoise.

Dans le domaine de la créance compensatrice, la remise des avoirs en application des art. 59 et 74a EIMP paraît exclue⁵⁹, car ces dispositions ne visent que des valeurs patrimoniales qui ont un lien direct ou indirect avec l'infraction. Cependant, il convient de ne pas s'arrêter à la désignation formelle de la mesure requise. Les art. 59 al. 3 et 74a al. 2 EIMP prévoient la remise à l'étranger pour *les instruments ayant servi à commettre l'infraction, le produit ou le résultat, l'avantage illicite et les dons et autres avantages récompensant l'auteur, ainsi que leur valeur de remplacement*⁶⁰. En incluant les valeurs de remplacement, cette énumération dépasse le domaine des *instruments et produits*, auxquels l'art. 2 § 1 Convention no. 141 oppose *les biens*

58 Cf. Harari, op. cit. note 33, p. 181.

59 C'est ainsi que la remise est exclue par Harari, op. cit. note 33, p. 181 n. 64 et p. 195.

60 Cf. Harari, op. cit. note 33, p. 179.

*dont la valeur correspond à ces produits*⁶¹. Lorsque la requête de coopération dans le recouvrement d'une somme d'argent vise un actif patrimonial dont le lien avec l'infraction n'est pas suffisamment direct pour que l'on puisse parler d'un produit, il convient donc d'examiner s'il ne s'agit pas néanmoins d'une *valeur de remplacement* susceptible de remise à l'étranger en application de l'art. 74a EIMP.

S'agissant d'une valeur dont la provenance, même indirecte, d'une infraction ne peut être établie, la coopération doit prendre la forme de l'exequatur de la décision étrangère tendant au recouvrement d'une obligation de payer une somme d'argent. On se rappellera, à cet égard, que le droit suisse prévoit certes le séquestre pénal d'éléments patrimoniaux en vue de l'exécution de la créance compensatrice, mais que le recouvrement de cette créance se fait par la voie de la poursuite pour dettes, dans laquelle l'Etat ne jouit daucun droit de préférence vis-à-vis des autres créanciers (art. 59 ch. 2 al. 3 CP)⁶². Ce système est conforme aux exigences de la Convention no 141⁶³.

Il s'ensuit que le transfert pur et simple à l'étranger des éléments patrimoniaux séquestrés, tel qu'il a été pratiqué dans l'affaire danoise citée ci-dessus (ATF 120 Ib 167, p. 170 et 178), n'est pas admissible au regard du droit actuel. L'exécution, par la voie de la poursuite pour dettes, de la décision étrangère déclarée exécutoire par le juge pénal doit permettre aux éventuels autres créanciers de l'auteur de faire valoir leurs droits. Si, comme ce sera vraisemblablement le cas, l'auteur n'est pas sujet à la poursuite pour dettes en Suisse, le for peut être créé au lieu de situation du bien par un séquestre civil en application des art. 271 al. 1 ch. 4 et 52 LP.

61 La délimitation entre confiscation au sens de l'art. 59 ch. 1 CP et créance compensatrice au sens de l'art. 59 ch. 2 CP, en particulier s'agissant des valeurs de remplacement, est d'ailleurs controversée en droit interne. Pour une interprétation large de la confiscation, incluant les produits de remplacement de manière générale: Schmid, op. cit. note 8 (1998), n. 52 ad art. 59 CP; *contra*: Jürg Lucius Mueller, Die Einziehung im schweizerischen Strafrecht (Art. 58 und 58bis), Berne (etc.), 1993, pp. 66, 79 ss., 110 s.; Denis Piotet, Les effets civils de la confiscation pénale, Berne, 1995, n. 64.

62 Sur la procédure d'exécution selon la LP, cf. Schmid, op. cit. note 8 (1998), n. 181 ss.

63 Rapport explicatif, op. cit. note 22, p. 11; Message, op. cit. note 3, FF 1992 VI 15.

3.2.4. *Le sort des valeurs confisquées: solidarité et pragmatisme*

Attribuant au trésor public des sommes d'origine criminelle, la confiscation est la seule activité de la justice pénale qui rapporte de l'argent. Or, dans la situation économique précaire dans laquelle se trouvent à l'heure actuelle les collectivités publiques, la question de l'attribution des fonds confisqués éveille des convoitises de toutes parts.

La Convention no. 141 est peu prolixe sur ce sujet. L'art. 15 déclare que la «*Partie requise dispose selon son droit interne de tous les biens confisqués par elle, sauf s'il en est convenu autrement par les Parties concernées*». Cette phrase apparemment anodine en dit long sur la logique de la coopération voulue par la Convention:

- En premier lieu, elle exprime clairement que le but de la coopération est de priver le criminel de son gain illicite, non de sauvegarder les intérêts du trésor public étranger. En s'adressant à l'Etat sur le territoire duquel se trouve la valeur patrimoniale à confisquer, l'Etat requérant ne s'assure nullement une part du gâteau. La Convention n'exige donc pas que l'aide accordée à autrui le soit de manière désintéressée, puisque celle-ci peut, au contraire, se révéler très lucrative pour celui qui l'offre. Cette réglementation peut sembler d'autant plus étrange que la coopération peut être donnée sous la forme de l'exécution d'une décision de confiscation étrangère, soit d'une décision qui confère à l'Etat requérant le droit de disposer de certains biens.

La solution qui consiste à attribuer l'argent confisqué à l'Etat requis trouve son corollaire dans le fait que c'est également celui-ci qui supporte «*les frais ordinaires encourus pour exécuter une demande*», les Parties étant toutefois invitées à se concerter sur la répartition des frais, lorsqu'il apparaît que ces derniers seront importants ou extraordinaires. En attribuant les frais et les profits à la même partie, on évite des opérations comptables qui pourraient se transformer en comptes d'apothicaires.

- Le principe de l'attribution à l'Etat requérant étant posé, l'art. 15 réserve néanmoins les conventions contraires entre les parties sur l'attribution des fonds confisqués. Le Rapport explicatif de la Convention no. 141 précise que la réserve des accords de partage est «destinée à promouvoir l'esprit de coopération» entre les pays⁶⁴. En réservant les accords de partage, l'art. 15 de la Convention se réfère à une pratique établie sous l'appellation de «sharing», qui permet de tenir compte, dans l'attribution des fonds confisqués, de la contribution fournie dans l'enquête par les agents étrangers. Il s'agit d'une pratique qui s'est développée sur le plan domestique entre les différentes autorités policières et administratives américaines⁶⁵ et que les Etats-Unis ont su imposer à leurs partenaires étrangers également⁶⁶. Dans les rapports entre la Suisse et les Etats-Unis, la règle du partage par parts égales («fifty-fifty») s'est imposée⁶⁷. En Suisse, le «sharing» reste cependant entouré d'une certaine discréption et ne bénéficie pour l'heure d'aucune base légale⁶⁸. Une commission d'experts a cependant été chargée par l'administration fédérale d'élaborer des principes clairs, applicables aussi bien dans les rapports internationaux qu'internes⁶⁹. La nécessité d'une réglementation propre à résoudre les conflits d'intérêts s'était, en effet, fait ressentir suite à une affaire d'entraide internationale qui avait donné lieu à un différend entre la Confédération et deux cantons impliqués sur la manière dont le

64 Rapport explicatif, op. cit. note 22, p. 34; Message, op. cit. note 3, FF 1992 VI 26.

65 Sur le plan interne, le Procureur général des Etats-Unis procède au partage sur une base discrétionnaire, mais en suivant des lignes directrices relativement complexes, élaborées par l'Executive Office for Asset Forfeiture, Office of the Deputy Attorney General, «A Guide to Equitable Sharing of Federally Forfeited Property for State and Local Law Enforcement Agencies», mars 1994.

66 Le partage peut reposer sur un accord ponctuel ou sur une convention bilatérale (cf. «Agreement between the Government of the United States of America and the Government of Canada Regarding the Sharing of Forfeited Assets and Equivalent Funds», du 22 mars 1995, International legal Materials, vol. 35, 1996, p. 324).

67 Cf., à ce propos, Jacques Antenen, Problématique nouvelle relative à la poursuite pénale du blanchisage d'argent, à la confiscation et au sort des avoirs confisqués, RPS 114 (1996) 42, p. 54.

68 Gunther Arzt, Organisierte Verbrechen (StGB Art. 260ter), in Niklaus Schmid (éd.), Kommentar, Einziehung, Organisierte Verbrechen, Geldwäscherie, Zurich, Bd. I, 1998, n. 83 ad art. 260^{ter}; Schmid, op. cit. note 8 (1998), n. 234, 236, 238 ad art. 59 CP.

69 Cf. le communiqué de presse du DFJP, du 21 septembre 1998 «Le Conseil fédéral approuve la clé de répartition de l'argent de la drogue».

produit de la confiscation devait être partagé⁷⁰. Les conflits entre la Confédération et les cantons sur l'attribution de valeurs confisquées risquent d'ailleurs de se multiplier, dans la mesure où le projet d'extension des compétences d'investigation du Ministère Public fédéral en matière de délinquance économique grave et de crime organisé (art. 340bis CP) devait aboutir⁷¹.

En attribuant au pays requis les fonds confisqués et en renonçant à trancher la question du partage équitable, la Convention no. 141 fait preuve de pragmatisme. On peut se demander, cependant, dans quelle mesure l'attribution de principe des avoirs confisqués au pays dont les intermédiaires financiers peu regardants ont bien voulu les abriter est conforme à l'équité⁷². Est-il légitime qu'un pays tel que la Suisse, disposant d'une place financière importante, s'enrichisse grâce aux avoirs de provenance douteuse qu'elle a accueillis, que des écoles suisses soient construites grâce à l'argent provenant de l'exploitation des toxicomanes du monde entier et de l'oppression des paysans d'Amérique latine et d'Asie? Certes, le caractère inéquitable de l'attribution des fonds au pays requis s'estomperait, si tous les pays parties à la Convention étaient indifféremment requérants et requis et qu'un équilibre global était ainsi assuré du fait de la fréquence des rapports. C'est cependant loin d'être le cas, puisque tout porte à croire que les flux de fonds d'origine criminelle ont tendance à converger vers quelques centres financiers.

70 Il s'agit de l'affaire Arana de Nasser, dans laquelle des avoirs correspondant à 250 millions de francs déposés par une famille de trafiquants de drogue colombienne furent confisqués grâce à la coopération entre les USA, la Confédération et les cantons de Zurich et de Vaud. Sur la part des fonds revenant à la Suisse (125 millions de francs), la clé de répartition convenue fut de 20% pour la Confédération et de 40% pour chacun des cantons impliqués. Dans son communiqué de presse du 21 septembre 1998, le DFJP précisa que la solution politique trouvée dans le cas d'espèce n'avait aucune valeur de précédent et qu'elle ne pouvait «masquer le caractère insatisfaisant de l'actuelle situation juridique».

71 Message concernant la modification du code pénal suisse, de la loi fédérale sur la procédure pénale et de la loi fédérale sur le droit pénal administratif (Mesures tendant à l'amélioration de l'efficacité et de la légalité dans la poursuite pénale), du 28 janvier 1998, FF 1998 II 1253.

72 Pour une appréciation critique des dispositions belges attribuant le produit de la confiscation prononcée en exécution d'une décision étrangère au trésor public belge, cf. Damien Vandermeersch, La loi du 20 mai 1997 sur la coopération internationale en ce qui concerne l'exécution de saisies et de confiscations – l'introduction en droit belge de la saisie immobilière pénale, RDPC 1997 691 ss., p. 698.

Quant aux conventions de «sharing», elles privilégient tout naturellement les pays développés, disposant d'une police et d'une justice pénale efficaces, susceptibles de faire valoir, à l'appui de leurs prétentions, une contribution déterminante dans l'enquête qui a mené à la confiscation des fonds. On aurait pu souhaiter une réalisation plus ambitieuse de projets fondés sur la solidarité internationale, en prévoyant d'attribuer le produit de la confiscation en tout ou en partie à des programmes communs de lutte contre la délinquance organisée⁷³ ou l'assistance à des pays dont le système de justice pénale est en déliquescence, que se soit en raison de la guerre, de la dictature ou du sous-développement économique. A cet égard, on soulignera l'initiative prise par le canton de Genève, qui a créé un fonds alimenté par des avoirs provenant de la confiscation, affectés aux organismes locaux publics et privés de lutte contre la toxicomanie, ainsi qu'aux organisations non gouvernementales œuvrant à la coopération au développement dans le tiers monde⁷⁴.

Des considérations de justice élémentaires de ce type ont amené le Tribunal fédéral, toujours dans son arrêt Pemex, à juger que les fonds confisqués en exécution d'une décision étrangère devaient être virés à l'Etat requérant, sous déduction des frais encourus⁷⁵; la remise en application de l'art. 74a EIMP poursuit le même but. La pratique de la restitution des avoirs à l'étranger paraît, en tout cas, seule soutenable, s'agissant d'infractions profondément ancrées dans le tissu social et politique d'un pays, par exemple en matière de corruption et de gestion déloyale des intérêts publics. C'est ainsi que, dans l'affaire Marcos, la décision de remettre les fonds aux Philippines était non seulement politiquement opportune et conforme aux intérêts des

73 Le Rapport explicatif (op. cit. note 22, p.34) recommande aux Parties de tenir compte des travaux d'organisations ou des fonds internationaux engagés dans la lutte contre la criminalité grave.

74 Est versé dans ce fond, à concurrence de 3 millions de francs par an, la moitié des avoirs provenant de la confiscation à Genève et des conventions de partage conclues avec l'étranger; cf. la loi sur la création d'un fonds destiné à la lutte contre la drogue et la prévention de la toxicomanie, du 26 mai 1994, Recueil systématique de la législation genevoise, E 4 70.

75 ATF 115 Ib 547, appliquant par analogie l'art. 107 al. 3 EIMP régissant l'exequatur de décisions sur les frais. Le virement des avoirs à l'étranger a été retenue dans le cas de l'exécution de la décision danoise visant au recouvrement d'une créance compensatrice également (ATF 120 Ib 167); cf. III, B, 3 c *supra*.

banques suisses dépositaires des fonds⁷⁶, mais également conforme à l'équité. C'est en effet au gouvernement élu et aux tribunaux de ce pays qu'il appartient de rétablir les victimes dans leurs droits et de créer les conditions pour le retour à la démocratie et pour une paix civile durable.

4. La coopération dans la confiscation en vertu de la Convention no. 141, un instrument de justice internationale?

La réponse à cette interrogation ne saurait être que nuancée, tant le système mis sur pied est lacunaire. Les lacunes tiennent en premier lieu à la flexibilité du système mis en place, qui laisse aux pays membres la possibilité d'en restreindre le champ d'application en définissant de manière plus ou moins large les crimes dont le produit est susceptible de confiscation et de refuser la coopération pour les nombreux motifs admis. Chaque pays usera de cette latitude à sa convenance.

Mais les lacunes sont particulièrement frappantes s'agissant de *la protection des droits individuels dans la confiscation*. Les dispositions visant à sauvegarder les droits des tiers sont extrêmement succinctes. L'art. 5 se contente d'obliger les Parties à prévoir des recours juridiques effectifs, ce qui suppose que l'intéressé soit dûment averti de la procédure et qu'il puisse faire valoir ses droits dans un procès équitable⁷⁷. Quant à l'art. 22, il règle la question de savoir dans quel Etat les droits de tiers doivent être invoqués en cas de coopération dans la confiscation. En principe, les tiers doivent faire valoir leurs droits dans l'Etat qui confisque, l'Etat requis étant lié par la décision rendue (art. 22 § 1); ce n'est qu'à titre exceptionnel que les droits des tiers peuvent encore être invoqués dans l'Etat requis (art. 22 § 2)⁷⁸.

76 ATF 123 II 622 ss.; Zimmerman, op. cit. note 32, p. 145.

77 Ici encore, la Convention ne vise pas à conférer au particulier des droits procéduraux autres que ceux qui lui sont habituellement reconnus dans le droit interne de la Partie, Rapport explicatif, op. cit. note 22, p. 20.

78 Rapport explicatif, op. cit. note 22, p. 46.

Il s'agit là de règles très peu substantielles, qui n'imposent pas aux Etats un standard très élevé dans la protection des droits des tiers, sans toutefois leur interdire des garanties plus importantes. Il faut avoir à l'esprit, à cet égard, que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme se contente de garanties très minimales en matière de confiscation et qu'elle ne s'oppose pas, dans ce domaine, à des régimes juridiques particuliers en matière de preuve, pouvant aller jusqu'au renversement de son fardeau⁷⁹. Or, la question de l'établissement du lien entre la valeur patrimoniale et l'infraction préalable – et de l'admissibilité de présomptions permettant de renverser le fardeau de la preuve – fait l'objet de réglementations très diverses dans les différents pays membres⁸⁰. La Convention no. 141 n'unifie pas ces règles et n'impose aucun standard minimum; elle se contente de prendre acte des divergences découlant des traditions juridiques différentes, en permettant à l'Etat requis de refuser la coopération, au motif que le renversement du fardeau de la preuve

79 La confiscation étant conçue en règle générale comme une mesure et non une peine, la présomption d'innocence (art. 6 § 2 CEDH), qui ne bénéficie qu'aux «accusés» (voir l'arrêt Agosi du 24 octobre 1986, série A n° 108, pp. 15-16, §§ 63 à 66), ne s'applique pas. En effet, dans les affaires de confiscation qui lui ont été soumises, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que le caractère pénal n'était pas primordial (arrêt Agosi (précité), arrêt Raimondo c. Italie du 22 février 1994, série A n° 281-A, arrêt Air Canada c. Royaume-Uni du 5 mai 1995, série A n° 316-A). Toutefois, la Cour a estimé, dans une affaire (arrêt Welch c. Royaume-Uni du 9 février 1995, série A n° 307-A), qu'une ordonnance de confiscation s'analysait en une peine au sens de l'art. 7 § 1 CEDH. Selon la disposition applicable, le juge bénéficiait d'un pouvoir discrétionnaire lors de la fixation du montant de l'ordonnance de confiscation, lui permettant de prendre en considération le degré de culpabilité de l'accusé, et la loi prévoyait la possibilité de la contrainte par corps.

La procédure de confiscation représente une contestation sur un droit de caractère civil au sens de l'art. 6 § 1. La Cour a, en effet, une conception autonome et extensive de la contestation de caractère civil: selon elle, «*l'art. 6 CEDH s'applique à toute action ayant un objet patrimonial et se fondant sur une atteinte alléguée à des droits eux aussi patrimoniaux*» (arrêt Raimondo c. Italie, p. 14 § 43, citant l'arrêt Editions Périscope c. France du 26 mars 1992, série A n° 234-B, p. 66 § 40). Partant, la procédure de confiscation doit offrir les garanties d'un procès équitable qu'exige l'art. 6 § 1 CEDH (arrêt Air Canada c. Royaume-Uni, p. 16 § 61 ; arrêt Editions Périscope c. France, p. 12 § 44 ; arrêt Raimondo c. Italie, p. 14 § 44).

Pour un résumé de la jurisprudence de la Cour européenne en matière de confiscation, cf. John A.E. Vervaele, *Les sanctions de confiscation en droit pénal: un intrus du droit civil? Une analyse de la jurisprudence de la CEDH et de la signification qu'elle revêt pour le droit (procédural) pénal hollandais*, Rev. sc. crim. 1998 39 ss. (*in toto*).

80 Mark Pieth, *The Prevention of Money Laundering: A Comparative Analysis*, Eur. Jnl of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, vol. 6/2 (1998) 159, p. 162.

sur lequel se base la décision étrangère est contraire aux principes fondamentaux de son ordre juridique (art. 18 § 1 lit. a)⁸¹.

Enfin, la grande absente de la Convention no. 141 est sans aucun doute *la victime* de l'infraction, dont les droits ne font l'objet d'aucune mention. Cette absence se justifierait sans doute, si la Convention se limitait aux avoirs issus du trafic de stupéfiants, pour lesquels la question de l'indemnisation de victimes ne se pose guère. Or, tel n'est pas le cas, puisqu'en principe toutes les infractions pénales tombent dans le champ d'application de la Convention. L'omission de toute allusion aux droits du lésé peut dès lors surprendre. Certes, on pourrait considérer, à la rigueur, que la victime de l'infraction est un «tiers de bonne foi» et qu'elle bénéficie au moins des garanties très minimales prévues à ce titre, les avoirs qui lui reviennent devant lui être restitués avant confiscation. Cependant, lorsque cette restitution avant confiscation n'est pas ou plus possible, la Convention ne prévoit aucun régime d'indemnisation comparable à l'allocation à la victime en vertu de l'art. 60 CP. Pourtant, la nécessité de cette indemnisation découle, elle aussi, du droit conventionnel, en tout cas s'agissant des infractions violentes, pour lesquelles la *Convention européenne relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes*⁸² prévoit l'indemnisation par l'Etat sur le territoire duquel l'infraction a été commise (art. 3). On peut regretter que rien dans la Convention no. 141 n'oblige l'Etat sur le territoire duquel des avoirs criminels peuvent être confisqués à veiller à la juste indemnisation de la victime d'une infraction commise sur le territoire d'un autre Etat. Sous cet angle également, le transfert des valeurs à l'Etat sur le territoire duquel l'infraction a été commise, dans lequel les victimes peuvent plus facilement faire valoir leurs droits, paraît plus conforme à l'équité.

81 Rapport explicatif, op. cit. note 22, p. 37.

82 Conseil de l'Europe, Traité Européen, STE No 116, conclu à Strasbourg, le 24 novembre 1983.

A n'en point douter, le caractère très lacunaire de la Convention no. 141, sur le modèle d'une harmonisation «à la carte», répond au souci pragmatique de permettre à un maximum de pays de devenir partie prenante à la Convention. Le prix à payer est la renonciation à un projet fort et cohérent de politique criminelle commune, axé sur la justice matérielle.