



COMMENTAIRE EN LIGNE
LE COMMENTAIRE JURIDIQUE
EN OPEN ACCESS

COMMENTAIRE

Art. 74a EIMP

Un commentaire de Sandrine Giroud / Louise Aellen

Edité par Maria Ludwiczak Glassey / Lukas Staffler

État du traitement : 28.03.2025

PDF créé le : 06.10.2026

DOI: 10.17176/20250108-171154-0

PROPOSITION DE CITATION

Sandrine Giroud/Louise Aellen, Commentaire de l'art. 74a EIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (édit.), Commentaire en ligne de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale

Citation abrégée: OK-Giroud/Aellen, art. 74a EIMP N. XXX.

Art. 74a Remise en vue de confiscation ou de restitution

¹ Sur demande de l'autorité étrangère compétente, les objets ou valeurs saisis à titre conservatoire peuvent lui être remis au terme de la procédure d'entraide (art. 80a), en vue de confiscation ou de restitution à l'ayant droit.

² Les objets ou valeurs visés à l'al. 1 comprennent:

- a. les instruments ayant servi à commettre l'infraction;
- b. le produit ou le résultat de l'infraction, la valeur de remplacement et l'avantage illicite;
- c. les dons et autres avantages ayant servi ou qui devaient servir à décider ou à récompenser l'auteur de l'infraction, ainsi que la valeur de remplacement.

³ La remise peut intervenir à tous les stades de la procédure étrangère, en règle générale sur décision définitive et exécutoire de l'État requérant.

⁴ Les objets ou valeurs peuvent cependant être retenus en Suisse:

- a. si le lésé a sa résidence habituelle en Suisse et qu'ils doivent lui être restitués;
- b. si une autorité fait valoir des droits sur eux;
- c. si une personne étrangère à l'infraction et dont les prétentions ne sont pas garanties par l'État requérant rend vraisemblable qu'elle a acquis de bonne foi en Suisse des droits sur ces objets ou valeurs, ou si, résidant habituellement en Suisse, elle rend vraisemblable qu'elle a acquis de bonne foi des droits sur eux à l'étranger, ou

d. si les objets ou valeurs sont nécessaires à une procédure pénale pendante en Suisse ou sont susceptibles d'être confisqués en Suisse.

⁵ Les prétentions élevées par un ayant droit sur des objets ou valeurs au sens de l'al. 4 entraînent la suspension de leur remise à l'État requérant jusqu'à droit connu. Les objets ou valeurs litigieux ne sont délivrés à l'ayant droit que:

a. si l'État requérant y consent;

b. si, dans le cas de l'al. 4, let. b, l'autorité y consent, ou

c. si le bien-fondé de la prétention est reconnu par une autorité judiciaire suisse.

⁶ Les droits de gage au profit du fisc sont réglés par l'art. 60.

⁷ La remise des objets ou valeurs visés à l'al. 1 qui sont attribués à la Suisse en exécution d'un accord de partage en application de la loi fédérale du 19 mars 2004 sur le partage des valeurs patrimoniales confisquées ne sera pas ordonnée.

TABLE DES MATIÈRES

I. Genèse	4
II. Généralités.....	4
A. Procédure	4
B. Pouvoir d'appréciation des autorités d'exécution	5
III. Délimitations.....	9
A. Délimitation avec l'art. 59 EIMP	9
B. Délimitation avec les art. 70 ss CP	9
C. Délimitation avec les art. 94 ss EIMP	9
D. Délimitation avec la LVP	10
IV. Al. 1 – Remise	10
V. Al. 2 – Objets et valeurs.....	13
VI. Al. 3 – Moment de la remise	15
VII. Al. 4 – Motifs de refus de remise.....	17
A. Droits du lésé (let. a)	18
B. Droits d'une autorité (let. b).....	18
C. Droits de tiers de bonne foi (let. c).....	18
D. Besoins d'une procédure ou confiscation en Suisse (let. d)	20
VIII. Al. 5 – Suspension de la remise	21
IX. Al. 6 – Droits de gage fiscaux	21
X. Al. 7 – Partage des valeurs confisquées	22
XI. Voies de droit	22
Bibliographie	23

I. GENÈSE

- 1 L'EIMP, adoptée le 20 mars 1981, a été modifiée le 4 octobre 1996¹. Les buts de cette modification étaient, d'une part, de lutter efficacement contre la criminalité économique et, d'autre part, de pallier les faiblesses du système légal précédemment en place en simplifiant et en accélérant la procédure d'exécution des demandes d'entraide². Les affaires Pemex³ et Marcos⁴ ont en effet permis de mettre en évidence certaines faiblesses de la loi, telles que la durée de la procédure d'exécution⁵. Celle-ci s'est révélée excessive tant en raison des nombreuses voies de recours, que de la forte variation de son déroulement d'un canton à un autre⁶.
- 2 Cette révision a notamment mené à la modification de l'art. 74 EIMP et à l'ajout du nouvel art. 74a EIMP⁷, auparavant combiné à l'art. 74 aEIMP. Elle permet de distinguer la remise de moyens de preuve à l'État requérant, à présent réglée par l'art. 74 EIMP, d'une part, et celle d'objets ou de valeurs aux fins de leur confiscation ou de leur restitution à l'ayant droit dans l'État requérant, à présent réglée par l'art. 74a EIMP, d'autre part⁸.
- 3 L'art. 74a EIMP a aussi permis de clarifier la procédure à suivre en cas de remise d'objets et de valeurs saisis en Suisse et de remplacer une jurisprudence complexe qui exigeait auparavant la soumission de la décision étrangère de confiscation ou de restitution à une procédure d'exequatur⁹. Avec cette nouvelle disposition, seul suffit un contrôle sommaire de la décision étrangère basé sur le constat du respect des droits fondamentaux de procédure¹⁰.
- 4 Lors du débat parlementaire, le Conseil national a adopté sans discussion l'art. 74a proposé¹¹. Le Conseil des États a accepté la proposition visant à introduire, à l'al. 3, les mots « en règle générale » ; il a en revanche renoncé à modifier cette disposition en vue de subordonner dans tous les cas la remise du produit de l'infraction à l'existence d'un jugement définitif et exécutoire dans l'État requérant¹². Le Conseil national s'est rallié à cette solution¹³.

II. GÉNÉRALITÉS

A. Procédure

- 5 La révision de l'EIMP en 1996 a distingué la saisie probatoire, qui ne porte que sur des moyens de preuve, et de la **saisie conservatoire**, qui porte sur des objets ou valeurs à des fins de confiscation. La saisie conservatoire ne peut tendre qu'à la restitution des objets ou valeurs à l'ayant droit ou au lésé

1. RO 1997 114 (ci-après : aEIMP).

2. 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 États-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 (ci-après : Message EIMP), FF 1995 III 1 ss, 2.

3. ATF 115 Ib 517.

4. ATF 116 Ib 452.

5. Message EIMP 1995, FF 1995 III 1 ss, 2.

6. Message EIMP 1995, FF 1995 III 1 ss, 2.

7. Message EIMP 1995, FF 1995 III 1 ss, 26 ss.

8. Message EIMP 1995, FF 1995 III 1 ss, 3.

9. ATF 115 Ib 517 ; ATF 116 Ib 452, cons. 5.b.

10. Message EIMP 1995, FF 1995 III 1 ss, 26.

11. BO CN 1995 V 2641 ss, 2642 ; ATF 123 II 134, cons. 5.c.

12. BO CE 1996 I 223 ss, 229-233 et 243 ; ATF 123 II 134, cons. 5.c.

13. BO CN 1996 II 741 ss, 747 ; ATF 123 II 134, cons. 5.c.

(qui peut être l'État requérant), ou encore à leur confiscation ou à leur destruction. S'agissant de la restitution, la remise a pour conséquence de rétablir la situation antérieure de l'ayant droit¹⁴. L'art. 74a EIMP permet ainsi, sur demande de l'État requérant, la remise des biens saisis en Suisse en vue de confiscation ou de restitution à l'ayant droit dans l'État requérant.

- 6 La remise à des fins de restitution peut désormais intervenir en principe à **tous les stades de la procédure étrangère** pour autant que l'État requérant rende une décision définitive et exécutoire (art. 74a al. 3 EIMP). Le principe de la confiance entre États conduit à admettre que rien ne devrait s'opposer, en règle générale, à la remise des objets ou des valeurs après que l'État requérant a rendu une décision et qu'il n'y a pas lieu dès lors de procéder à l'exequatur de celle-ci, au sens des art. 94 ss EIMP¹⁵.
- 7 L'expression « **en règle générale** » a été employée par le législateur afin de permettre, à titre exceptionnel, une procédure rapide et peu formaliste dans les cas où une restitution s'impose à l'évidence, par exemple lorsqu'il n'existe aucun doute sur la provenance illicite des valeurs saisies et sur le bien-fondé d'une remise à l'ayant droit¹⁶ (cf. *infra* n. 42 et 47).
- 8 Avant la remise par voie d'entraide en vue de confiscation ou de restitution, l'autorité compétente doit **être en possession des objets et des valeurs à restituer**. Elle peut, à cette fin, ordonner des mesures provisoires au sens de l'art. 18 EIMP, tel qu'un séquestre conservatoire. Les objets ou valeurs peuvent finalement être remis à l'État requérant après décision finale exécutoire au sens de l'art. 80d. La remise des objets et des valeurs au sens de l'art. 74a EIMP – contrairement à la remise de moyens de preuve – est définitive et l'État étranger peut disposer des objets ou valeurs remis. Après le transfert, la Suisse perd donc toute maîtrise sur ceux-ci¹⁷.
- 9 L'art. 74a EIMP est complété par l'art. 33a OEIMP qui règle la durée de la saisie.
- 10 La remise d'objets et de valeurs patrimoniales en vue de leur confiscation ou de leur restitution constitue une atteinte grave aux droits fondamentaux de la personne concernée¹⁸. Contrairement à l'art. 74 EIMP, l'atteinte aux droits fondamentaux est plus grave, car les objets et valeurs sont remis définitivement à la personne concernée. Parmi les droits fondamentaux touchés on peut citer la garantie de la propriété (art. 26 Cst.), la liberté économique (art. 27 Cst.) ainsi que la protection de la sphère privée (art. 13 Cst. et 8 CEDH). Une décision de remise fondée sur l'art. 74a EIMP doit donc respecter les conditions de l'art. 36 Cst.¹⁹.

B. Pouvoir d'appréciation des autorités d'exécution

- 11 Il s'agit-là d'une **disposition potestative** (*Kann-Vorschrift*), contrairement aux art. 59 et 74 EIMP. L'autorité d'exécution suisse doit ainsi apprécier l'ensemble des circonstances du cas d'espèce pour déterminer si et quand une remise doit avoir lieu ; elle dispose pour ce faire d'un large pouvoir d'appréciation²⁰. Si ce pouvoir ne lui permet pas de remettre en cause – sous réserve d'une violation de l'ordre public – le contenu de la décision étrangère, l'autorité d'exécution est tenue d'examiner si la collaboration requise reste dans le cadre autorisé par l'art. 74a EIMP. Ainsi, l'autorité requise peut

14. Message EIMP 1995, FF 1995 III 1 ss, 14.

15. Message EIMP 1995, FF 1995 III 1 ss, 14.

16. ATF 123 II 268, cons. 4a; BO CE 1996 I 223 ss, 230 s.

17. CREIMP-Moreillon, Art. 74a N 12.

18. Stelzer-Wieckowska, p. 182.

19. BSK IRSG-Aeppli, Art. 74a N 5.

20. ATF 123 II 268, cons. 4.a ; ATF 115 Ib 517, cons. 7.h ; TPF RR.2010.169 du 26 août 2010, cons. 2.4 ; TPF RR.2007.207 du 6 novembre 2008, cons. 2.3 ; cf. également ATF 129 II 453, cons. 3.2 ; TPF RR.2021.20-23 du 27 mai 2021, cons. 3.3.2.

s'assurer que les valeurs dont la restitution est demandée correspondent bien aux objets décrits à l'art. 74 al. 2 let. a à c EIMP, c'est-à-dire qu'il s'agit bien de l'instrument ou du produit de l'infraction, voire de la récompense attribuée à son auteur²¹. La procédure étrangère doit en outre satisfaire aux garanties générales découlant de la CEDH ou du Pacte ONU II²². Les prétentions du lésé, d'une autorité ou des tiers acquéreurs de bonne foi, ainsi que les nécessités d'une procédure pénale en Suisse doivent également être prises en compte en vertu de l'art. 74a al. 4 EIMP²³.

- 12 L'autorité d'exécution suisse peut **interpeller** au besoin l'État requérant pour obtenir des **informations complémentaires** (art. 80o EIMP)²⁴. Elle peut également soumettre l'octroi de l'entraide à des **conditions** lorsque la procédure étrangère présente certains défauts que des garanties de l'État étranger peuvent combler (art. 80p EIMP)²⁵. Ces conditions peuvent inclure un engagement à respecter des règles de procédure notamment celles conférées par les instruments internationaux²⁶, la garantie de l'indépendance et l'impartialité de l'autorité de jugement ou encore au respect du principe de spécialité²⁷. Ces garanties peuvent être obtenues *a posteriori*²⁸. De telles garanties sont toutefois à considérer avec retenue²⁹. Même si possible³⁰, l'application de l'art. 80p EIMP à la remise de biens à l'État requérant est à relativiser puisqu'une remise fondée sur l'art. 74a EIMP n'est en principe possible que sur la base d'une décision définitive et exécutoire dans l'État étranger. À défaut, l'entraide devrait être refusée³¹.
- 13 Le TF a plusieurs fois souligné la nécessité de tenir compte des **droits des personnes lésées** par l'infraction considérée et de veiller à ce qu'une remise à l'État requérant au sens de l'art. 74a EIMP ne se fasse pas à leur détriment³². Cela étant, le TF n'a pour l'heure admis que restrictivement une remise fondée sur l'art. 74a EIMP avec des conditions spécifiques. Il s'agissait de la remise anticipée aux Philippines, avant le prononcé d'un jugement de confiscation, des biens appartenant à l'ancien chef d'État philippin Ferdinand Marcos et à sa famille. Le TF avait alors laissé ouverte la possibilité pour des victimes de violations des droits de l'homme commise par Ferdinand Marcos et son régime de prétendre à une indemnisation perçue sur les fonds à remettre à l'État philippin³³. Il avait également souligné la nécessité d'interpréter l'art. 74a EIMP au regard (i) des principes sous-jacents à l'EIMP, dont le respect des droits de l'homme ancré à l'art. 2 EIMP, ainsi que (ii) des obligations internationales de la Suisse, incluant en particulier la garantie des droits prévus par le Pacte ONU II et la Convention des Nations Unies contre la torture, dont le droit à un procès équitable et le droit à obtenir réparation. Dans la mesure où l'État requérant ne serait pas à même de mettre en œuvre ces droits, la Suisse devrait en tenir compte, notamment en conditionnant l'entraide à des engagements spécifiques de l'État requérant comme le permet l'art. 80p EIMP. Le TF a cependant souligné que,

21. TPF RR.2021.20-23 du 27 mai 2021, cons. 3.3.1.

22. ATF 129 II 453, cons. 3.2.

23. ATF 129 II 453, cons. 4.2.

24. Message EIMP 1995, FF 1995 III 1 ss, 26 ; ATF 123 II 268, cons. 4.c.

25. Message EIMP 1995, FF 1995 III 1 ss, 26 ; Bottinelli, Restitution, N 580.

26. ATF 123 II 511, cons. 7 ; ATF 134 IV 156, cons. 6.14.3.

27. TPF RR.2007.142 du 22.11.2007 cons. 5.

28. TPF RR.2022.170 du 14 juin 2023, cons. 3.5.

29. La doctrine en matière de garanties diplomatiques se concentre essentiellement sur les garanties liées à l'extradition qui sont également fondées sur l'art. 80p EIMP (ATF 123 II 511 cons. 4a ; ATF 134 IV 156 cons. 6.10) ; partant, les réserves exprimées dans ce contexte valent également pour les autres actes d'entraide auquel appartient l'art. 74a EIMP. Voir not. Charrière, p. 879 ss. ; ATF 148 I 127, cons. 4.6-4.9.

30. Message EIMP 1995, FF 1995 III 1 ss, 26.

31. Bottinelli, Restitution, N 581.

32. ATF 129 II 453, cons. 3.2 et 4.2 ; ATF 132 II 178, cons. 5.3 ; TPF RR.2014.156 du 18 décembre 2014, cons. 4.5 ; RR. 2021.20-23 du 27 mai 2021, cons. 3.3.1 ; RR.2020.126 du 10 septembre 2020, cons. 3.3.1 ; RR.2008.23 du 2 juillet 2008, cons. 2.1.

33. ATF 123 II 595, cons. 7.c.

même si sur la base de ses obligations internationales l'État philippin était tenu à réparation à l'égard des victimes, l'entraide requise devait lui permettre de pouvoir décider du sort des avoirs considérés, rappelant ainsi la souveraineté de l'État requérant sur les avoirs sujets à remise³⁴.

C. Interaction avec des accords internationaux

- 14 En vertu de l'art. 1 al. 1 EIMP, les lois ou accords internationaux priment l'EIMP³⁵. Les dispositions conventionnelles l'emportent sur le droit interne qui régit la matière, soit l'EIMP et l'OEIMP, qui sont applicables en cas de questions non réglées explicitement ou implicitement par le droit conventionnel³⁶ et lorsque le droit interne est plus favorable à l'entraide³⁷. En effet, selon le **principe de faveur**, c'est la norme la plus favorable à l'entraide qui doit s'appliquer³⁸. L'existence d'un traité ne prive ainsi pas la Suisse de la faculté d'accorder l'entraide en vertu de règles éventuellement plus larges de son droit interne puisque les traités d'entraide sont destinés à favoriser la coopération internationale ; ils ne s'opposent donc pas à un octroi plus large de cette entraide en vertu du droit suisse³⁹. Parmi les traités internationaux pertinents en lien avec l'art. 74a EIMP on peut relever :

- **La Convention européenne d'extradition** du 13 décembre 1957⁴⁰, entrée en vigueur en Suisse le 20 mars 1967, qui permet la remise d'objets susceptibles de saisie ou de confiscation mais uniquement sous condition de restitution (art. 20 al. 3 CEEextr) et sous réserve des droits de l'État requis ou des tiers sur ces objets (art. 20 al. 4 CEEextr).
- **La Convention européenne d'entraide en matière pénale** du 20 avril 1959⁴¹, entrée en vigueur en Suisse le 20 mars 1967, ne traite pas directement de la remise d'objets et de valeurs⁴². Celle-ci est en revanche prévue notamment à art. 12 2^e p.a. CEEJ.
- **La Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime** du 8 novembre 1990⁴³, entrée en vigueur en Suisse le 1^{er} septembre 1993. Il s'agit d'une convention spéciale complétant la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 selon l'art. 26 al. 2 et al. 3 CEEJ⁴⁴.

La CBI constitue un outil important de coopération internationale pour régler l'investigation et la confiscation des instruments et produits d'une infraction pénale (art. 7 CBI). Elle fixe un standard minimum de mesures à prendre au niveau national (chap. II) et pose le principe d'une coopération le plus large possible à tous les stades de la procédure pénale (chap. III). Ces différentes mesures sont ordonnées conformément au droit interne, ce dernier étant également applicable lorsqu'il pose des conditions plus favorables à l'entraide⁴⁵. L'art. 13 institue, à charge de l'État requis une obligation de confiscation du produit du crime soit en exécution d'une décision de confiscation étrangère, soit en instituant une procédure interne. Le droit suisse, au travers des art. 74a al. 2 EIMP et 94 ss EIMP concernant respectivement la remise des instruments et produits du crime et l'exécution des décisions

34. Giroud, Droit des victimes, N 964.

35. ATF 147 II 432, cons. 3.1 ; ATF 147 IV 182 cons. 2.1 ; ATF 122 II 140, cons. 2.

36. ATF 137 IV 33 cons. 2.2.2 ; ATF 129 II 462, cons. 1.1 ; ATF 123 II 134, cons. 1.a.

37. Sur l'application du droit interne conformément au principe de faveur, cf. ATF 147 II 432, cons. 3.1 ; ATF 136 IV 82 cons. 3.1 ; ATF 135 IV 212, cons. 2.3 ; ATF 132 II 178, cons. 2.1.

38. BSK IRSG-Aeppli, Art. 1 N 24 ss ; Donatsch/Heimgartner/Meyer/Simonek, 19 ; Popp, N 191 ss.

39. ATF 147 II 432, cons. 3.1 ; ATF 123 II 134, cons. 1.a ; ATF 122 II 140, cons. 2 ; ATF 120 Ib 189, cons. 2.b.

40. RS 0.353.10.353.1.

41. RS 0.351.1.

42. ATF 123 II 134, cons. 5.a.

43. RS 0.311.53.

44. ATF 123 II 134, cons. 5.b.aa.

45. ATF 133 IV 215, cons. 2.1.

étrangère, est ainsi conforme aux exigences de la présente Convention⁴⁶. Le TF a souligné que la CBI ne permet pas d'instituer des modes de coopération que le droit national ne prévoit pas⁴⁷.

Les arrangements différents entre États parties à la Convention demeurent réservés, par exemple en prévoyant le partage des produits confisqués entre États coopérants⁴⁸.

- **La Convention des Nations Unies contre la corruption** du 31 octobre 2003⁴⁹, entrée en vigueur en Suisse le 24 octobre 2009, constitue un instrument global de lutte contre la corruption. Elle consacre notamment un chapitre important au recouvrement de valeurs patrimoniales d'origine illicite (chap. V). Elle est le premier instrument international à instaurer, sur le plan multilatéral, le principe de la restitution, à certaines conditions, des valeurs patrimoniales illicitement acquises (art. 57)⁵⁰. Lors de son adoption, le Conseil fédéral a considéré que la CNUCC n'induisait aucune modification du droit interne puisque la Suisse avait déjà transposé les principes prévus par la CNUCC dans sa législation⁵¹, notamment concernant la confiscation de valeurs patrimoniales déjà réglées par les art. 70 ss CP et 74a EIMP⁵². Dans le cas de soustraction de biens publics, l'art. 57 par. 3 let. a CNUCC prévoit une obligation de remettre les biens confisqués à l'État requérant lorsque la confiscation a été exécutée conformément à l'art. 55 CNUCC et sur la base d'un jugement définitif rendu dans l'État requérant, exigence à laquelle l'État requis peut renoncer. Il n'y a pas d'automatisme en faveur de l'État requérant pour les autres cas de figure notamment ceux visés à l'art. 57 par. 3 let. b et c CNUCC. Dans les cas où l'État requérant ne peut pas faire valoir de droits prépondérants sur les avoirs confisqués, d'autres solutions, notamment en faveur des victimes de la corruption, devront être trouvées⁵³.
- **Convention de l'Unesco concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicite de biens culturels** du 14 novembre 1970⁵⁴, entrée en vigueur en Suisse le 3 janvier 2004. Elle a pour but d'améliorer la protection des biens culturels dans les États parties et de sauvegarder le patrimoine culturel de l'humanité grâce à la coopération internationale⁵⁵. Elle fixe les normes juridiques et administratives minimales que les États parties doivent appliquer pour juguler le commerce illicite des biens culturels. Ses axes principaux sont la lutte contre le vol, contre les fouilles clandestines et contre l'importation et l'exportation illégales des biens culturels. La Convention milite en outre pour la restitution des biens culturels volés et le retour des biens exportés illégalement⁵⁶. La Convention de l'Unesco de 1970 n'est cependant pas applicable directement et elle astreint les États parties à légiférer pour sa mise en œuvre. C'est ce qu'a fait la Suisse avec la LTBC⁵⁷, qui est entrée en

46. ATF 133 IV 215, cons. 2.2.

47. ATF 133 IV 215, cons. 2.3.

48. Message concernant la ratification par la Suisse de la Convention n° 141 du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépiage, à la saisie et à la confiscation du produit du crime du 19 août 1992, FF 1992 VI 8 ss, 26.

49. RS 0.311.56.

50. Message concernant la Convention des Nations Unies contre la corruption du 21 septembre 2007 (ci-après : Message CNUCC), FF 2007 6931 ss, 6932.

51. Message CNUCC, FF 2007 6931 ss, 6940.

52. Message CNUCC, FF 2007 6931 ss, 6988.

53. Message CNUCC, FF 2007 6931 ss, 6989. Voir Giroud qui considère que l'art. 57 par. 3 let. c CNUCC doit être interprété à l'aune des principes internationaux de protection des victimes ce que le droit suisse méconnaît (Giroud, Droit des victimes, N 949 ss et 983).

54. RS 0.444.1.

55. Pour une vue d'ensemble sur la question sur le recouvrement de biens culturels faisant l'objet d'un trafic illicite, voir Giroud, Cultural property.

56. Message relatif à la Convention de l'Unesco de 1970 et à la loi fédérale sur le transfert international des biens culturels (LTBC) du 21 novembre 2001 (ci-après : Message Unesco), FF 2002 505 ss, 507.

57. RS 444.1.

vigueur le 1^{er} juin 2005. L'art. 7 Convention Unesco prévoit que les États parties prennent les mesures appropriées pour saisir et restituer à la demande du pays d'origine les biens volés, « à condition que l'État requérant verse une indemnité équitable à la personne qui est acquéreur de bonne foi ». L'art. 13 Convention Unesco complète ce dispositif en prescrivant aux États parties d'admettre les actions en retour des biens culturels perdus ou volés.

La Convention de l'Unesco de 1970 ne prévoit aucun instrument pour la restitution ou le retour des biens culturels volés ou exportés illégalement, dans le respect des droits de l'acquéreur de bonne foi. C'est pourquoi, en 1984, l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), fut chargé par l'Unesco d'élaborer une convention destinée à régler ces domaines ce qui donna lieu à la Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés du 24 juin 1995⁵⁸. La Suisse la signa le 26 juin 1996 mais ne l'a pas ratifiée. La Convention UNIDROIT prévoit notamment que les biens culturels volés (ou provenant de fouilles illégales) sont soumis pendant 50 ans (75 pour des cas exceptionnels) à un droit de restitution (art. 3) ; de même, les biens culturels exportés illégalement, dont l'exportation porte atteinte à des intérêts culturels ou scientifiques importants, sont soumis pendant 50 ans à un droit de retour (art. 5). Si le bien culturel a été acquis de bonne foi, l'acquéreur a droit à une indemnité équitable (art. 4 et 6).

III. DÉLIMITATIONS

A. Délimitation avec l'art. 59 EIMP

- 15 L'art. 74a EIMP est le pendant de l'art. 59 EIMP qui s'applique en matière d'extradition. L'art. 59 EIMP ne crée pas une procédure de remise distincte de celle prévue aux art. 74 et 74a EIMP. Il permet toutefois que les objets ou valeurs en possession de la personne à extraditer puissent être remis à l'autorité requérante au moment de l'extradition.

B. Délimitation avec les art. 70 ss CP

- 16 Alors que les art. 70 ss CP fixent les conditions auxquelles est subordonnée la confiscation de valeurs patrimoniales dans le cadre d'une procédure pénale suisse, l'art. 74a EIMP énumère sur le plan de l'entraide pénale internationale les cas dans lesquels la Suisse, en tant qu'État requis, peut retenir les objets ou valeurs visés ou en suspendre la remise à l'État requérant, notamment si les objets ou valeurs sont nécessaires à une procédure pénale pendante en Suisse ou sont susceptibles d'être confisqués en Suisse (art. 74a al. 4 let. d EIMP).

C. Délimitation avec les art. 94 ss EIMP

- 17 Les art. 74a EIMP et 94 ss EIMP sont deux procédures distinctes pour l'exécution de décisions de confiscation étrangères. Selon les termes de Bottinelli, l'art. 74a, qui permet la remise à l'autorité étrangère « en vue de confiscation ou de restitution à l'ayant droit », constitue une procédure d'extradition des biens : ceux-ci sont livrés à l'État étranger pour que ce dernier puisse exécuter à leur rencontre sa décision domestique de confiscation ; à l'inverse, l'exequatur prévue par les art. 94 ss EIMP revient à transformer la décision de confiscation étrangère en une décision de confiscation suisse⁵⁹. Il s'agit donc de procédures dont le centre de gravité est différent : dans le cas de l'art. 74a EIMP, celui-ci se trouvera dans l'État requérant qui opérera selon son droit interne, alors que dans le deuxième cas, le centre de gravité sera en Suisse où la décision étrangère devra être mise en œuvre.

58. Message Unesco, 513 s.

59. Bottinelli, Restitution, N 399 et 575 ss.

D. Délimitation avec la LVP

- 18 La LVP⁶⁰ est une loi innovante qui règle le blocage, la confiscation et la restitution de valeurs patrimoniales de personnes politiquement exposées à l'étranger ou de leurs proches lorsqu'il y a lieu de supposer que ces valeurs ont été acquises par des actes de corruption ou de gestion déloyale ou par d'autres crimes. Elle s'inscrit dans la continuité de la pratique du Conseil fédéral en matière de blocage d'avoirs de potentats fondée jusque-là sur l'art. 184 al. 3 Cst. puis codifiée par la Loi fédérale sur la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées du 1^{er} octobre 2010 (Loi sur la restitution des avoirs illicites, aLRAI) que la LVP est venue remplacer et compléter. La LVP prévoit un double mécanisme de blocage de valeurs patrimoniales : un blocage préventif en vue de l'entraide judiciaire (art. 3 LVP) et un blocage en vue de confiscation en cas d'échec de l'entraide judiciaire (art. 4 LVP). Le blocage préventif vise à soutenir les enquêtes pénales et l'entraide judiciaire internationale en gelant des avoirs afin de ne pas rendre impossible leur restitution future à l'État d'origine⁶¹. Le blocage confiscatoire n'intervient qu'à un stade plus tardif de la procédure lorsque la restitution par voie d'entraide judiciaire internationale s'est avérée impossible⁶². La LVP est donc un système subsidiaire à l'entraide internationale prévue par l'EIMP qui ne peut être actionné que dans des cas spécifiques et limités⁶³.
- 19 Le blocage confiscatoire LVP est en principe suivi d'une procédure de confiscation (art. 14-16 LVP), respectivement de restitution (art. 17-19 LVP). L'art. 14 al. 4 LVP prévoit expressément le caractère subsidiaire d'une confiscation fondée sur la LVP par rapport aux mécanismes de remise et de confiscation prévues par l'EIMP⁶⁴.

IV. AL. 1 – REMISE

- 20 Selon l'art. 74a al. 1 EIMP, sur demande de l'autorité étrangère compétente, les objets ou valeurs saisis à titre conservatoire peuvent, au terme de la procédure d'entraide (art. 80d EIMP), lui être **remis en vue de confiscation ou de la restitution à l'ayant droit**. De manière générale, la saisie tend à assurer l'exécution des actes d'entraide requis et entraîne nécessairement une décision subséquente⁶⁵. L'al. 1 rappelle que le but ultime de la saisie d'objets ou de valeurs dans le cadre d'une procédure d'entraide est leur remise à l'État requérant, qui ordonne la confiscation ou la restitution des biens saisis dans le cadre d'une procédure interne⁶⁶.
- 21 L'État requérant demande en principe la **saisie conservatoire** avant ou avec sa demande de remise. Si l'État requérant ne la formule pas expressément, on admet toutefois que la demande de remise de l'État requérant comprend également une demande de mesures conservatoires, soit une requête de saisie implicite⁶⁷. La jurisprudence va même jusqu'à autoriser la Suisse à bloquer des fonds potentiellement détournés dès lors que l'État requérant est susceptible d'en demander la remise conformément à l'art. 74a EIMP⁶⁸. L'autorité d'exécution peut ainsi procéder au séquestre conservatoire en l'absence de demande expresse, surtout s'il y a péril en la demeure (art. 18 al. 2 EIMP)⁶⁹. Dans ce cas, elle doit interpellier l'autorité requérante afin de clarifier ce point⁷⁰.

60. RS 196.1.

61. Chablais, N 227 et 242 ss.

62. Idem, N 259 ss.

63. Sur les limites et lacunes de la LVP, voir Giroud, Droit des victimes, N 938 ss et 981 ss.

64. Bottinelli, Confiscation, N 363.

65. TPF RR.2009.159 du 8 mars 2010, cons. 3.1.

66. Message EIMP 1995, FF 1995 III 1 ss, 26 ; TPF RR.2017.261 du 15 décembre 2017, cons. 3.2 ; TPF RR.2017.262-263 du 28 décembre 2017, cons. 2.

67. BSK IRSG-Aeppli, Art. 74a N 16.

68. TPF RR.2015.71 du 12 août 2015, cons. 3.

- 22 A l'inverse, il faut une demande de restitution expresse de l'État requérant pour que la Suisse procède à la remise des biens et valeurs⁷¹ car la **requête de saisie n'équivaut pas, en elle-même, à une demande de remise**⁷². La remise à l'État requérant se fait en principe sur la base d'un jugement définitif et exécutoire qui se prononce sur la confiscation ou la remise à l'ayant droit (cf. *infra* n. 42 et 47).
- 23 L'**art. 33a OEIMP** précise que les **objets et valeurs demeurent saisis** jusqu'à réception d'une décision définitive et exécutoire de l'État requérant ou jusqu'à ce que l'État requérant fasse savoir qu'une telle décision n'est plus possible selon son propre droit, notamment en raison de la prescription⁷³. En particulier, le Tribunal fédéral a retenu que les séquestres devaient être maintenus même si la procédure d'entraide était suspendue⁷⁴. La Suisse restituera les objets et valeurs nonobstant la survenance de la prescription en droit suisse, pour autant que celle-ci ne soit pas acquise au moment de la saisie⁷⁵.
- 24 La durée d'un séquestre doit toutefois respecter le principe de **proportionnalité** et ne saurait se maintenir indéfiniment⁷⁶. S'agissant d'une procédure administrative ouverte à la requête d'un État étranger, la pratique se montre de manière générale plus tolérante s'agissant de la durée des séquestres qu'en matière de procédure pénale⁷⁷. Cela étant, la jurisprudence a reconnu à plusieurs reprises que ce système pouvait mener à des situations inadmissibles⁷⁸. De ce fait, après un certain délai, les autorités suisses peuvent être contraintes de lever le séquestre ou refuser d'accorder l'entraide⁷⁹. L'intérêt privé des titulaires de biens séquestrés doit être mis en balance non seulement avec l'intérêt public de l'État requérant et privé des victimes à obtenir la remise de valeurs en vue de confiscation ou de restitution, mais aussi avec le devoir de la Suisse de s'acquitter de ses obligations internationales et de ne pas servir de refuge pour des fonds d'origine criminelle⁸⁰.
- 25 La proportionnalité de la mesure s'apprécie notamment selon la conduite et l'avancement de la procédure dans l'État requérant⁸¹. En fonction des circonstances, l'autorité d'exécution peut être amenée à devoir se renseigner régulièrement sur l'évolution de la procédure étrangère⁸². L'analyse de la proportionnalité des saisies litigieuses doit être faite également en fonction du degré de complexité de l'affaire⁸³. Quand on ne peut reprocher aucun retard particulier ni à l'Etat requérant ni à l'autorité d'exécution, la durée du séquestre ne suffit pas à elle seule pour justifier la levée de la mesure ou le refus de l'entraide judiciaire⁸⁴. Différents critères peuvent encore entrer en considération dans

69. TPF RR.2015.71 du 12 août 2015, cons. 3; RR.2010.39 du 28 avril 2010, cons. 5.1 ; TPF RR.2017.261 du 15 décembre 2017, cons. 3.2.

70. TPF RR.2017.261 du 15 décembre 2017, cons. 3.2 ; TPF RR.2017.262-263 du 28 décembre 2017, cons. 2 ; RR.2010.39 du 28 avril 2010, cons. 5.1.

71. CREIMP-Moreillon, Art. 74a N 15.

72. TPF RR.2015.71 du 12 août 2015, cons. 3.

73. TPF RR.2020.136 du 31 août 2020, cons. 4.3.1 ; TF 1C_152/2018 du 18 juin 2018, cons. 6.1 ; ATF 149 IV 144, cons. 2.6.

74. ATF 149 IV 144, cons. 2.5.

75. TPF RR.2017.261 du 15 décembre 2017, cons. 3.2 ; TPF RR.2017.262-263 du 28 décembre 2017, cons. 2.

76. TPF RR.2012.255 du 22 mai 2013, cons. 4.1.

77. ATF 149 IV 144, cons. 2.6.

78. TPF RR.2020.329 du 11 mai 2021, cons. 1.2.3.

79. OFJ, Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen. Wegleitung, 9^e éd. 2009, p. 69 ; TF 1A.222/1999 du 4 novembre 1999 ; TF 1A.335/2005 du 18 août 2006, cons. 6.2 ; TF, 1C_152/2018 du 18 juin 2018, cons. 6.1 et 6.2 ; TPF RR.2013.164 du 11 février 2014, cons. 3 et 7.4.

80. TF, 1C_543/2023 du 7 mars 2024, cons. 5.1 (publication prévue) ; ATF 123 II 595, cons. 5a.

81. 1C_543/2023 du 7 mars 2024, cons. 5.1 et 5.2 in fine (publication prévue) ; ATF 126 II 462, cons. 5e ; TF, 1C_152/2018 du 18 juin 2018, cons. 6.2 ; TPF RR.2013.164 du 11 février 2014, cons. 3 et 7.4.

82. ATF 149 IV 144, cons. 2.6.

83. TF, 1C_543/2023 du 7 mars 2024, cons. 5.1 et 5.2 pour une revue des durées de séquestre admises par la jurisprudence ; TF, 1C_152/2018 du 18 juin 2018, cons. 6.2 ; TPF RR.2020.329 du 11 mai 2021, cons. 1.2.3.

l'analyse de la proportionnalité selon les spécificités du cas d'espèce, tels que l'adoption d'une nouvelle loi en matière de confiscation qui nécessiterait la réintroduction d'une demande dans l'État requérant sur la base de ces nouvelles dispositions⁸⁵, la cavale du prévenu rendant difficile l'enquête à l'étranger⁸⁶ ou encore le besoin de la personne concernée par la mesure d'entraide de disposer des fonds bloqués⁸⁷.

- 26 Sur la base de ces critères, le TF a considéré, dans le cadre de l'entraide avec les Philippines, en lien avec l'affaire Marcos, que le principe de proportionnalité n'avait pas été violé quand bien même quinze ans s'étaient écoulés depuis le séquestre⁸⁸, un ultime délai ayant été accordé, cinq ans plus tard, aux autorités requérantes pour qu'elles rendent une décision de première instance prononçant la confiscation des valeurs saisies depuis plus de vingt ans⁸⁹. À l'inverse, il a rejeté, dans le cadre de l'affaire Duvalier, une demande d'entraide haïtienne treize ans après le prononcé d'un séquestre, l'État requérant n'ayant pas répondu aux demandes de renseignements propres à démontrer qu'il avait encore un intérêt à l'exécution de la demande⁹⁰.
- 27 Les procédures fondées sur l'art. 74a EIMP entraînent inévitablement l'écoulement de plusieurs années entre la saisie et la remise des valeurs patrimoniales, notamment en raison des exigences procédurales de l'État requérant⁹¹. De plus, certaines infractions ou mesures de confiscation connaissent dans certains États des délais de prescription très longs voire sont imprescriptibles. Le maintien des séquestres sur les objets et valeurs pendant ce temps crée ainsi le risque de restriction disproportionnée des droits fondamentaux des personnes visées, notamment la garantie de la propriété prévue à l'art. 26 al. 1 Cst. ou l'obligation de célérité ancrée à l'art. 29 al. 1 Cst.⁹². Une partie de la doctrine considère pour ces raisons que l'art. 33a OEIMP (cf. *supra* para. 23) ne constitue pas une base légale suffisante pour justifier l'atteinte importante qui résulte d'un séquestre en vue d'une remise selon l'art. 74a EIMP. Cette restriction grave aux droits fondamentaux nécessite au contraire une base légale formelle⁹³.
- 28 Le blocage, respectivement la remise d'objets et de valeurs doit également respecter les principes prévus à l'art. 2 let. a EIMP, qui prévoit que la demande d'entraide doit être refusée lorsque la procédure à l'étranger ne respecte pas certaines garanties procédurales fondamentales. L'art. 2 let. a EIMP s'applique en priorité à l'extradition et aux cas où le prévenu se trouve sur le territoire de l'État requérant et peut faire valoir un risque concret de violation de ses droits procéduraux. Selon le TF, la remise d'objets et de valeurs doit être assimilée à l'extradition dans la mesure où elle confère à l'État requérant un contrôle sur le prévenu, respectivement ses biens, ce qui justifie l'application de l'art. 2 let. a EIMP dans ces cas⁹⁴.
- 29 Les mesures de contrainte prononcées dans les procédures d'entraide doivent encore respecter le **principe de double incrimination**⁹⁵. Les autorités suisses peuvent ainsi uniquement remettre des objets ou valeurs à l'autorité requérante en vue de confiscation ou restitution à l'ayant droit à la

84. TF, 1C_152/2018 du 18 juin 2018, cons. 6.2.

85. TF, 1C_152/2018 du 18 juin 2018, cons. 6.2 ;

86. TF, 1C_239/2014 du 18 août 2014, cons. 3.3.2

87. TF, 1C_543/2023 du 7 mars 2024, cons. 5.2 (publication prévue) ; ATF 149 IV 376, cons. 4.6.

88. ATF 126 II 462, cons. 5e.

89. TF, 1A.335/2005 du 18 août 2006, cons. 6.2.

90. TF, 1A.222/1999 du 4 novembre 1999.

91. TPF RR.2020.329 du 11 mai 2021, cons. 1.2.3.

92. ATF 126 II 462, cons. 5.e ; BSK IRSG-Aepli, Art. 74a N 19.

93. BSK IRSG-Aepli, Art. 74a N 19.

94. TF, 1C_543/2023 du 7 mars 2024, cons. 4.2 (publication prévue).

95. BSK IRSG-Aepli, Art. 74a N 17.

condition que la confiscation ou remise à l'ayant droit soit conforme à l'art. 70, respectivement l'art. 73 CP⁹⁶.

- 30 La remise à l'État requérant ne saurait enfin intervenir avant l'entrée en force d'une **décision de clôture** de la procédure d'entraide suisse (art. 80d EIMP), laquelle interviendra au terme d'une procédure ordinaire ou simplifiée (art. 80c EIMP) en cas de consentement de la personne concernée.

V. AL. 2 – OBJETS ET VALEURS

- 31 L'art. 74a al. 2 EIMP détaille la nature des objets et valeurs à remettre. L'énumération figurant à l'art. 74a al. 2 EIMP est identique à celle de l'art. 59 al. 3 EIMP et reflète les définitions des art. 70 ss CP. La liste de l'art. 74a EIMP doit être considérée comme exhaustive⁹⁷.
- 32 En premier lieu, ils comprennent les **instruments ayant servi à commettre l'infraction** (*instrumenta sceleris*, let. a). Il s'agit là d'objets qui compromettent la sécurité des personnes, la morale ou l'ordre public, par exemple des armes, des machines ayant servi à frapper de la fausse monnaie ou encore des chèques falsifiés⁹⁸.
- 33 Ils incluent ensuite le **produit de l'infraction** (*producta sceleris*, let. b *ab initio*) et le **résultat de l'infraction** (*quaesita sceleris* ou *fructa sceleris*, let. b *ab initio*). Le premier correspond aux objets et valeurs obtenus grâce à la commission de l'infraction, soit par exemple le tableau volé ou la somme sur laquelle portait l'escroquerie, et le second aux objets et valeurs qui ont été fabriqués au moyen de l'infraction, tels que le faux tableau, la fausse monnaie ou les pots-de-vin⁹⁹. Les fonds soustraits à une mesure d'exécution constituent également le résultat de l'infraction¹⁰⁰.
- 34 Est également visé l'**avantage illicite** (let. b *in fine*), qui comprend tout accroissement du patrimoine dont aurait bénéficié l'auteur du fait de son comportement contraire au droit. Il n'est pas nécessaire que cet avantage soit de nature pécuniaire ou qu'il se soit opéré aux dépens d'autrui. Il s'agit typiquement des intérêts perçus sur l'argent volé déposé en banque¹⁰¹. Les bénéfices de transactions effectuées par l'utilisation de fonds d'origine délictueuse sont assimilés à des avantages illicites¹⁰².
- 35 Il peut encore s'agir des **dons et autres avantages ayant servi ou qui devaient servir à décider ou à récompenser l'auteur de l'infraction** (*praetium sceleris*, let. c).
- 36 Enfin, si le produit, le résultat ou l'avantage illicite obtenu grâce à l'infraction (let. b) ou les dons et autres avantages ayant servi ou qui devaient servir à décider ou à récompenser l'auteur de l'infraction (let. c) ne sont plus disponibles, la remise peut porter sur les **valeurs de remplacement** (let. b et c *in fine*) acquises en échange de ces derniers¹⁰³. Ces valeurs restent confiscables aussi longtemps que son mouvement peut être reconstitué de manière à établir son lien avec l'infraction¹⁰⁴.
- 37 Ces objets et valeurs doivent nécessairement se trouver dans un **lien de connexité** avec l'infraction. Cette relation est donnée lorsqu'il existe entre l'infraction et l'obtention des objets et valeurs patrimoniales un lien de causalité tel que la seconde apparaisse comme la conséquence directe et

96. BSK IRSG-Aeppli, Art. 74a N 17 ; Ludwiczak Glassey, Entraide biens culturels, 150 ; Popp, N 247.

97. TF 1C_146/2019 du 17 mai 2019, cons. 3 ; ATF 129 II 453, cons. 3.2 et 4.2.

98. Harari, 177 ; Heimgartner, 137.

99. Harari, 177 ; ATF 123 II 134 ; BSK IRSG-Aeppli, Art. 74a N 33.

100. TF 1A.176/2006 du 8 novembre 2006, cons. 2.2.

101. TPF RR.2009.159 du 8 mars 2010, cons. 3.1 ; Harari, 177.

102. ATF 131 II 169, cons. 7.3.1.

103. Harari, 178.

104. ATF 129 II 453, cons. 4.1.

immédiate de la première. En d'autres termes, l'infraction doit être la cause essentielle et adéquate de l'obtention des objets et valeurs patrimoniales que l'on entend confisquer¹⁰⁵. Tel est le cas lorsque le produit original de l'infraction peut être identifié de façon certaine et documentée, à savoir aussi longtemps que sa « trace documentaire » (*Papierspur, paper trail*) peut être reconstituée de manière à établir un lien avec l'infraction¹⁰⁶. Cette règle se fonde également sur le principe de spécialité¹⁰⁷. Les valeurs patrimoniales dont l'obtention a uniquement été facilitée par une infraction, sans lien de connexité avec cette dernière, ne sont ainsi pas sujettes à confiscation¹⁰⁸.

- 38 La question de l'admissibilité d'une saisie pour satisfaire une **créance compensatrice** n'est pas réglée expressément à l'art. 74a al. 2 EIMP. Suivant l'adage du « crime ne paie pas », certains auteurs considèrent qu'il s'agirait d'une lacune qu'il y aurait lieu de combler par voie jurisprudentielle¹⁰⁹. Ils invoquent en particulier l'art. 71 al. 3 CP qui serait applicable par le renvoi général de l'art. 12 EIMP¹¹⁰. Une autre partie de la doctrine plaide toutefois, à notre sens à raison, pour un silence qualifié¹¹¹. Elle justifie sa position en soutenant que l'art. 74a al. 2 EIMP nécessite un rapport de connexité entre l'infraction commise d'une part et les objets ou valeurs saisies d'autre part, lequel manque avec la créance compensatrice¹¹². De plus, l'institution de la créance compensatrice était connue au moment de la révision de l'EIMP, si bien que le législateur a renoncé en connaissance de cause à l'inclure dans le mécanisme de l'art. 74a EIMP¹¹³. Il n'existe au demeurant pas d'autre disposition dans le domaine de la petite entraide qui autoriserait des saisies en vue du paiement d'une créance compensatrice¹¹⁴. La remise des fonds à l'État étranger pour les besoins d'une créance compensatrice conférerait de plus un privilège injustifié du point de vue du droit des poursuites, dans la mesure où un tel droit de préférence n'existe pas en droit interne (art. 71 al. 3 CP)¹¹⁵. Une remise en vue du paiement d'une créance compensatrice ne permettrait enfin pas d'assurer une protection et une égalité suffisantes des créanciers, comme cela est le cas pour la procédure prévue à l'art. 71 CP¹¹⁶. En tout état, les jugements étrangers prononçant des créances compensatrices peuvent être exécutées en Suisse sur la base des art. 94 ss EIMP (exécution des décisions)¹¹⁷. La position des tribunaux a quant à elle longtemps été confuse. La jurisprudence du TPF a passablement fluctué, admettant tantôt la remise de valeurs pour les fins d'une créance compensatrice¹¹⁸, tantôt l'excluant du champ d'application de l'art. 74a EIMP¹¹⁹.

105. ATF 136 IV 4, cons. 6.6 ; ATF 129 II 453, cons. 4.1.

106. TPF RR.2015.138 du 18 août 2015, cons. 4.1.3 ; ATF 129 II 453, cons. 4.1.

107. ATF 136 IV 4, cons. 6.6.

108. ATF 136 IV 4, cons. 6.6.

109. CR EIMP-Moreillon, Art. 74a N 20 ss ; Zimmermann, N 336 et 721.

110. Donatsch/Heimgartner/Meyer/Simonek, 37.

111. Harari, 180 ; Donatsch/Heimgartner/Meyer/Simonek, 38 ; Ludwiczak Glassey, Entraide, 1326 ; BSK IRSG-Aepli, Art. 74a N 40.

112. TPF RR.2018.309 du 27 février 2019, cons. 4.2 ; ATF 129 II 453, cons. 4.1 ; ATF 133 IV 215, cons. 2.2.1 ; TF 1C_146/2019 du 17 mai 2019, cons. 3 ; Zimmermann, N 336.

113. Harari, 180 ss ; Donatsch/Heimgartner/Meyer/Simonek, 37-38 et 44 ; BSK IRSG-Aepli, Art. 74a N 40.

114. Donatsch/Heimgartner/Meyer/Simonek, 44.

115. ATF 133 IV 215, cons. 2.2.1.

116. TPF RR.2018.309 du 27 février 2019, cons. 4.2 ; ATF 129 II 453, cons. 4.1 ; ATF 133 IV 215, cons. 2.2.1.

117. TPF RR.2018.309 du 27 février 2019, cons. 4.2 ; ATF 129 II 453, cons. 4.1 ; ATF 133 IV 215, cons. 2.2 ; TPF RR.2009.168 du 21 octobre 2009, cons. 4.3 ; TPF RR.2010.228 du 20 décembre 2010, cons. 4.1 et 5.1 ; IRSG-Aepli, Art. 74a N 40 ; Harari, 180.

118. TPF RR.2009.168 du 21 octobre 2009, cons. 4.3 ; TPF RR.2017.150 du 5 septembre 2017, cons. 4.2 ; TPF RR.2020.245 du 11 novembre 2022, cons. 6 ; TPF RR.2021.9 + TPF RR.2021.10 du 5 juillet 2021, cons. 8.5.

119. TPF RR.2007.12 du 10 mai 2007, cons. 6 ; TPF RR.2008.167-171 du 24 septembre 2008, cons. 6.1 ; TPF RR.2009.168 du 21 octobre 2009, cons. 4 ; TPF RR.2011.313 du 11 mai 2012, cons. 6.2 ; TPF RR.2018.245 du 20 février 2019, cons. 10.1 ; TPF RR.2018.309 du 27 février 2019, cons. 4.2 et 4.3.1 ; TPF RR.2022.75 du 19 août 2022, cons. 4 et 5 ; TPF RR.2008.86 du 29 août 2008, cons. 8.1 ; TPF RR.2008.252 du 16 février 2009, cons. 6.2 ; TPF RR.2008.244 du 15 avril 2009, cons. 4.2 ; TPF RR.2010.39 du 28 avril 2010, cons. 5.3.1.

Au terme d'un raisonnement détaillé, le TF a définitivement suivi cette dernière voie en retenant que l'omission de la créance compensatrice à l'art. 74a EIMP constituait un silence qualifié du législateur¹²⁰. Il s'ensuit que l'éventuelle remise de valeurs en exécution d'une décision étrangère prononçant une sanction correspondant en Suisse à une créance compensatrice ne peut ainsi être envisagée qu'en application des art. 94 ss EIMP. A cet égard, la terminologie employée par l'État étranger importe peu. Ce qui est déterminant, c'est de savoir si, dans le cas d'espèce, les autorités suisses auraient ordonné une confiscation ou une créance compensatrice¹²¹.

- 39 Ces développements trouvent toutefois leur limite à l'art. 7 ch. 2 let. b CBI, par lequel la Suisse s'est engagée à mettre en œuvre une base légale permettant la remise de fonds aux fins du paiement d'une créance compensatrice. Cette disposition n'est en l'état pas directement applicable et n'a pas encore été transposée dans la législation suisse¹²². *De lege ferenda* toutefois, l'art. 74a al. 2 EIMP devrait expressément mentionner la créance compensatrice¹²³.
- 40 Lorsque la demande étrangère porte sur la remise de fonds provenant de l'activité d'une **organisation criminelle**, la règle de l'art. 72 CP est applicable à la remise au sens de l'art. 74a al. 3 EIMP¹²⁴. L'art. 72 CP prévoit la confiscation des valeurs patrimoniales sur lesquelles une organisation criminelle exerce un pouvoir de disposition, combinée à un renversement du fardeau de la preuve à la charge de la personne ayant participé ou apporté son soutien à une telle organisation. Le TF s'est fondé sur cette disposition pour confisquer des avoirs considérés comme appartenant à des **potentats**. Il a notamment qualifié l'entourage de l'ancien président nigérian Sani Abacha d'organisation criminelle au sens de l'art. 260^{ter} CP et a considéré que la structure mise en place par ce dernier avait pour but de détourner, à des fins privées, des fonds provenant de la Banque centrale du Nigeria ainsi que le profit d'opérations de corruption¹²⁵. Dès lors, les fonds dépendant d'une organisation criminelle sont présumés d'origine délictueuse à moins que les détenteurs n'apportent la preuve du contraire. Faute pour eux d'avoir renversé la présomption de l'art. 72 CP, deuxième phrase, la remise est ordonnée en application de l'art. 74a al. 3 EIMP, sans autre examen de la provenance des fonds réclamés¹²⁶.
- 41 Enfin, l'art. 74a al. 2 EIMP ne vise que des objets et valeurs qui sont dans le **pouvoir de disposition de l'auteur**¹²⁷. La possession immédiate n'est toutefois pas exigée, si bien qu'il est admissible de saisir des biens déposés en mains de tiers, tels que des avoirs bancaires¹²⁸.

VI. AL. 3 – MOMENT DE LA REMISE

- 42 Selon L'art. 74a al. 3 EIMP, la remise ne doit plus attendre la fin de la procédure pénale étrangère. Elle peut avoir lieu **à n'importe quel stade de la procédure pénale étrangère**, en règle générale, lorsque l'État requérant a rendu une décision de confiscation ou de restitution définitive et exécutoire¹²⁹. Il n'est donc pas nécessaire que l'accusé ait déjà été condamné par un jugement définitif ; ainsi, la présomption d'innocence ne fait pas obstacle à la remise¹³⁰. Dans la pratique, la

120. ATF 149 IV 376, cons. 6.7.

121. TPF RR.2014.46 du 1er octobre 2014, cons. 2.3.

122. TPF RR.2009.168 du 21 octobre 2009, cons. 4.2 ; ATF 133 IV 215, cons. 2.1.

123. Donatsch/Heimgartner/Meyer/Simonek, 38.

124. ATF 136 IV 4, cons. 5 ; ATF 131 II 169, cons. 9.1 ; Harari, 185 n. 78 ; Zimmermann, N 359 ss ; Cassani, 237 ; BSK StGB-Baumann, Art. 72 N 24.

125. Giroud, Baby Doc, 148.

126. ATF 131 II 169, cons. 9.1 ; TPF RR.2022.18+RR.2022.19 du 19 septembre 2023, cons. 7.6.

127. BSK IRSG-Aeppli, Art. 74a N 29 ; ATF 115 Ib 517, cons. 7.e.

128. BSK IRSG-Aeppli, Art. 74a N 29.

129. Message EIMP 1995, FF 1995 III 1 ss, 26 ; ATF 123 II 134, cons. 5.c et 7.a ; ATF 123 II 268, cons. 4.a et 4.b.aa ; ATF 123 II 595 cons. 3 ; ATF 131 II 169, cons. 6.

confiscation ou la restitution de valeurs ou d'objets saisis n'est souvent possible qu'après la clôture de la procédure pénale et de saisie à l'étranger, en principe en présence d'une décision de confiscation exécutoire¹³¹.

- 43 La décision étrangère peut tant provenir d'une **autorité pénale que d'une autorité civile ou administrative**¹³². L'art. 74a EIMP exige uniquement que la confiscation (ou la restitution) porte sur des objets ou des valeurs patrimoniales obtenus de manière délictueuse (art. 74a al. 2 EIMP) et qu'elle soit ordonnée par un tribunal¹³³. Une décision de confiscation indépendante suffit déjà (par analogie à l'art. 376 CPP)¹³⁴.
- 44 La décision de confiscation ou de restitution de l'État requérant **détermine la provenance illicite** des objets et valeurs patrimoniales saisis ainsi que leur **ayant droit**, et **ordonne leur confiscation ou restitution à l'ayant droit**. Elle clarifie les faits et constitue une décision contraignante selon le droit de l'État requérant, sur la base duquel les autorités de l'État requis peuvent en général ordonner sans autre la remise des objets ou des valeurs patrimoniales confisqués. En même temps, l'exigence d'une décision exécutoire permet à l'État requis de contrôler a posteriori la conformité de cette décision à l'État de droit¹³⁵.
- 45 Lors de la procédure de consultation, plusieurs voix s'étaient élevées pour soumettre la remise d'objets ou de valeurs par la Suisse à une **procédure d'exequatur** de la décision étrangère pour permettre le contrôle du bien-fondé de cette dernière. Le Conseil fédéral a toutefois estimé que le principe de la confiance entre États, particulièrement important dans le domaine de l'entraide, n'autorisait pas la Suisse à contrôler le bien-fondé de décisions prises par une autorité judiciaire étrangère souveraine pour autant cependant que ces décisions ne violent pas manifestement l'ordre public suisse et les principes fondamentaux de la CEDH. Une décision de confiscation ou de restitution étrangère ne devrait par ailleurs pas faire l'objet d'une décision d'exequatur au sens de la cinquième partie de l'EIMP, car il ne s'agit pas d'une sanction au sens de l'art. 11 EIMP¹³⁶.
- 46 La Suisse n'est ainsi **pas autorisée à examiner le bien-fondé** des décisions d'une autorité judiciaire étrangère indépendante, à moins que ces décisions ne violent manifestement l'ordre public suisse ou des principes élémentaires de la CEDH. Il suffit que l'autorité d'exécution examine sommairement la décision étrangère après s'être assurée que l'État étranger est un État de droit et qu'il respecte les principes généraux mentionnés¹³⁷. L'autorité d'exécution pourra interpellier au besoin l'État requérant pour obtenir des informations complémentaires (art. 80o EIMP) ou encore subordonner l'octroi de l'entraide à des conditions (art. 80p EIMP)¹³⁸.
- 47 **À titre exceptionnel**, l'autorité d'exécution peut également accéder à une demande de remise **avant la fin de la procédure étrangère** et donc en l'absence d'une décision définitive et exécutoire, comme l'indique la mention « en règle générale ». L'art. 74a al. 3 ne précise pas les motifs qui permettent de s'écarter de la règle générale¹³⁹ et confère ainsi un large pouvoir d'appréciation à l'autorité d'exécution¹⁴⁰. Cette marge d'appréciation ne doit toutefois pas avoir pour effet de vider

130. ATF 123 II 595, cons. 4.b.

131. TPF RR.2023.28 et RR.2023.57 du 28 août 2023, cons. 3.4.1 ; ATF 126 II 462 cons. 5c ; ATF 123 II 595 cons. 4 et 5.

132. ATF 123 II 595, cons. 5.e.

133. Ibid.

134. BSK IRSG-Aeppli, Art. 74a N 41.

135. ATF 115 Ib 517 cons. 14 ; ATF 123 II 595, cons. 4.e ; ATF 129 II 453, cons. 3.2.

136. Message EIMP 1995, FF 1995 III 1 ss, 26 ; ATF 123 II 595, cons. 4.b.

137. Message EIMP 1995, FF 1995 III 1 ss, 26 ; ATF 123 II 595, cons. 4.e; TF 1C_540/2023 du 2 février 2023, cons. 3.3 ss.

138. Message EIMP 1995, FF 1995 III 1 ss, 26 ; ATF 145 IV 99, cons. 3.3.

139. ATF 123 II 595, cons. 4.f.

140. ATF 129 II 453, cons. 3.2 ; ATF 123 III 134, cons. 7.a ; ATF 123 II 595, cons. 4 ; ATF 123 II 268 cons. 4.a.

l'exigence d'une décision définitive et exécutoire de sa substance. Pour procéder à une remise anticipée, la situation doit être limpide, tant s'agissant de l'identification des objets ou valeurs que de leur provenance délictueuse. Les circonstances doivent être à tel point évidentes qu'il n'est absolument pas nécessaire de clarifier l'origine délictueuse et que la soumission de la remise à l'obtention d'une décision de confiscation paraîtrait disproportionnée¹⁴¹. À cet égard, l'autorité d'exécution doit prendre en compte toutes les circonstances concrètes du cas d'espèce et examiner les particularités qui justifient de se passer d'une décision définitive et exécutoire. En pareil cas, l'intérêt de l'État requis se limite selon le TF au respect des garanties élémentaires d'une procédure conforme aux exigences de la CEDH ou du Pacte ONU ; il convient également de tenir compte de l'intérêt essentiel de la Suisse, au sens de l'art. 1a EIMP, de ne pas servir de refuge aux montants considérables détournés illégalement par les représentants de régimes dictatoriaux¹⁴².

- 48 On pensera typiquement à la remise d'un tableau volé clairement identifiable¹⁴³, comme par exemple le cas d'un tableau de Piero della Francesca volé à la Galerie des Uffizi de Florence¹⁴⁴. Le TF a ainsi notamment admis la remise d'un tableau volé à la France en l'absence d'une décision de confiscation définitive, se fondant notamment sur l'intérêt public international lié à la protection des biens culturels¹⁴⁵. Il a également admis une remise en l'absence d'une décision exécutoire des avoirs de feu Ferdinand Marcos saisis en Suisse compte tenu de l'intérêt de la Suisse à une restitution immédiate des valeurs et de la provenance manifestement délictueuse de ces dernières, à la condition que les Philippines garantissent une procédure de restitution ou de confiscation conforme au Pacte ONU II¹⁴⁶.
- 49 L'autorité d'exécution peut également renoncer à l'exigence d'une décision définitive en présence de biens détenus par une **organisation criminelle** au sens de l'art. 260 CP et art. 72 CP si les détenteurs des actifs ne sont pas en mesure d'en prouver l'origine légitime¹⁴⁷.

VII. AL. 4 – MOTIFS DE REFUS DE REMISE

- 50 L'art. 74a prévoit la remise définitive des objets et valeurs à l'État requérant (référence croisée à l'al. 1). Pour atténuer ce régime strict, l'art. 74a al. 4 EIMP instaure des **garanties qui peuvent faire obstacle** à cette remise. Cet alinéa énumère les motifs justifiant la rétention des objets ou valeurs en Suisse malgré la demande de l'État requérant. Il s'agit des droits du lésé (let. a), ceux d'une autorité (let. b) et ceux de tiers (let. c) ou encore les besoins d'une procédure ou d'une confiscation en suisse (let. c). Les prétentions élevées par des tiers entraînent la suspension de la procédure de remise jusqu'à droit connu (cf. *infra* n. 67 ss).
- 51 Tout comme l'al. 1 de cette disposition, l'art. 74a al. 4 EIMP est rédigé en **norme potestative**, contrairement à son pendant en droit interne, l'art. 70 al. 2 CP, qui constitue une norme impérative. Toutefois, la latitude dont bénéficie l'autorité sur cette base doit uniquement viser à prévenir les abus et ne doit en aucun cas conduire à ce que des tiers soient moins bien traités dans le cadre d'une confiscation prononcée par un État étranger en comparaison à une situation purement interne¹⁴⁸.

141. ATF 131 II 169, cons. 6 et les réf. citées ; TPF RR.2022.18+RR.2022.19 du 19 septembre 2023, cons. 7.1.

142. ATF 131 II 169, cons. 6 et les réf. citées ; TPF RR.2022.18+RR.2022.19 du 19 septembre 2023, cons. 7.1 ; ATF 123 II 595, cons. 5.

143. OFJ, Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen. Wegleitung, 9^e éd. 2009, p. 67, voir nbp 517 qui mentionne le cas du vol d'une célèbre toile (Mona Lisa) dans un musée connu (le Louvres) discuté au Parlement à titre d'exemple. L'ATF 123 II 134, cons. 6 en constitue le premier cas d'application.

144. BO CE 1996 I 223 ss, 230 s. ; ATF 123 II 595, cons. 4.d.

145. ATF 123 II 134, cons. 7.c.

146. ATF 123 II 595, cons. 5.

147. ATF 131 II 169, cons. 9.1; OFJ, Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen. Wegleitung, 9^e éd. 2009, p. 68.

Ainsi, les revendications d'un tiers ou d'un lésé doivent en principe, si elles paraissent vraisemblables, conduire à la suspension de la procédure de remise¹⁴⁹.

- 52 Le **TF a étendu le cercle des personnes légitimées à s'opposer à la remise** au-delà du texte de l'art. 74a al. 4 EIMP¹⁵⁰. On y compte désormais également (i) les lésés qui ne résident pas en Suisse et qui ne sont indemnisés ni par le prévenu, ni par l'État requérant ni par un tiers¹⁵¹ ; (ii) les victimes de violations des droits de l'homme par le gouvernement de l'État requérant¹⁵² ou encore (iii) les intermédiaires financiers qui se trouvent simultanément obligés, par un État tiers autre que l'État requérant, de conserver les avoirs dont la remise est sollicitée¹⁵³. Tout tiers qui ne remplit pas les critères de l'art. 74a al. 4 EIMP devra agir par-devant les juridictions de l'État requérant pour faire valoir ses droits sur les avoirs visés¹⁵⁴.

A. Droits du lésé (let. a)

- 53 Les **prétentions en restitution du lésé** peuvent faire obstacle à la remise des objets et des avoirs à l'étranger, pour autant que le lésé ait sa résidence habituelle en Suisse. Seule la restitution est visée par cette disposition, et non des prétentions générales d'indemnisation¹⁵⁵.

B. Droits d'une autorité (let. b)

- 54 La Suisse peut également renoncer à la remise d'objets ou d'avoirs à l'autorité étrangère quand une **autorité suisse fait valoir des droits** sur ces derniers. Sont visés ici à notre sens, par analogie avec les droits des tiers de bonne foi visés par la let. c (cf. *infra* n. 55), des droits réels ou droits réels limités appartenant à une entité de droit public suisse, soit en particulier les autorités fédérales, cantonales ou communales, la Confédération, les cantons ou les communes, investis de la force publique¹⁵⁶. Les droits de gage au profit du fisc et la question des objets ou valeurs nécessaires à une procédure suisse sont réglés séparément (art. 60 EIMP, respectivement art. 74a al. 4 let. d EIMP).

C. Droits de tiers de bonne foi (let. c)

- 55 L'art. 74a al. 4 EIMP protège également l'acquisition par des « **personnes étrangères à l'infraction** » de bonne foi.
- 56 La loi ne fait pas référence à un tiers, mais à une personne étrangère à l'infraction, c'est-à-dire distincte du prévenu. Cette notion exclut notamment une personne morale entièrement contrôlée par le prévenu, lorsque celui-ci continue d'exercer un pouvoir effectif sur les valeurs patrimoniales provenant de l'infraction¹⁵⁷. En revanche, la jurisprudence ne proscrie pas tout lien avec l'infraction et reconnaît que des personnes ayant reçu de bonne foi des valeurs patrimoniales liées à l'infraction peuvent s'opposer à leur remise à l'État requérant¹⁵⁸.
- 57 Le texte légal exige en outre un certain **lien avec la Suisse**. Pour bénéficier de la protection de l'art. 74a al. 4 EIMP et faire obstacle à la remise, la personne devra encore démontrer qu'elle a acquis en

148. Harari, 186.

149. Ibid.

150. ATF 123 II 595, cons. 6.a et 7 ; Zimmermann, N 340 ; BSK IRSG-Aeppli, Art. 74a N 64 ss.

151. ATF 123 II 595, cons. 7b.

152. ATF 123 II 595, cons. 7c.

153. ATF 123 II 595, cons. 7d.

154. Harari, 188.

155. ATF 123 II 595, cons. 6.b.bb.

156. Voir aussi BSK IRSG-Aeppli, Art. 74a N 57.

157. ATF 123 II 134, cons. 6a.

Suisse les droits dont elle se prévaut ou, à défaut, qu'elle réside en Suisse si elle a acquis ses droits à l'étranger.

- 58 Les droits invoqués à l'égard de ces objets ou valeurs doivent être des **droits réels ou des droits réels limités**, tel que le nantissement, et non de simples droits personnels¹⁵⁹, comme un contrat. Un droit de rétention de la marchandise peut ainsi fonder un refus de la remise¹⁶⁰.
- 59 En application du principe de droit suisse selon lequel le **séquestre pénal prime le séquestre civil** en cas de conflit, un séquestre civil ne fonde aucun privilège de droit matériel¹⁶¹. Il constitue une simple mesure provisoire destinée à garantir une créance mais ne fait en revanche pas obstacle à la restitution d'objets ou de valeurs à l'autorité étrangère¹⁶², tout comme un ordre de virement postérieur au séquestre¹⁶³.
- 60 On mentionnera encore que les objets ou valeurs ne peuvent être retenus en Suisse sur la base de l'art. 74a al. 4 EIMP que si les prétentions de la personne étrangère à l'infraction **ne bénéficient pas d'une protection adéquate dans l'État requérant**, que ce soit dans le cadre de la procédure pénale en cours ou dans une autre procédure civile ou pénale¹⁶⁴. La protection de ces prétentions est jugée adéquate dans les États liés par l'art. 6 par. 1 CEDH et soumis au contrôle subsidiaire des organes de Strasbourg¹⁶⁵. De même que dans le cadre de l'extradition, cette présomption devrait à notre sens être renversée en cas de preuve claire que ces droits ne sont pas respectés¹⁶⁶.
- 61 La notion de **bonne foi** selon l'art. 74a al. 4 EIMP s'entend au sens pénal (art. 70 CP) et non civil (art. 933 ss CC)¹⁶⁷. Est ainsi de bonne foi le tiers qui a acquis des valeurs dans l'ignorance des faits qui auraient justifié une confiscation. En revanche, dès que le tiers a connaissance ou ne peut ignorer ces faits, il n'est plus protégé¹⁶⁸. Tel est notamment le cas lorsque le tiers avait connaissance du caractère de récompense ou de produit de l'infraction ou qu'il aurait, au vu du cas d'espèce, dû le présumer¹⁶⁹. Il convient de tenir compte de toutes les circonstances, telle que la possibilité du tiers de se renseigner. La connaissance des organes – de fait et de droit – d'une société est imputée à cette dernière¹⁷⁰. En tout état, l'acquéreur doit avoir pris les mesures de précaution élémentaires et doit entreprendre toutes les démarches nécessaires en temps utile pour s'assurer de la provenance des valeurs ou de l'objet¹⁷¹.
- 62 C'est sur l'acquéreur que pèse le **fardeau de la preuve** de son droit¹⁷². La loi n'exige à cet égard pas de preuve stricte, mais que le tiers rende vraisemblable sa bonne foi¹⁷³. L'autorité d'exécution devra

158. Cf. art. 10a EIMP ; ATF 123 II 134, cons. 6a.

159. Harari, 188 et 191 ; ATF 123 II 595, cons. 6b/aa ; TF 5A_832/2015 du 19 février 2016, cons. 4.3.1 ; TF 1C_166/2009 du 3 juillet 2009, cons. 2.3.4 ; TPF RR.2019.349+RR.2019.350+RR.2019.351 du 16 octobre 2020, cons. 3.3.5.

160. TPF RR.2015.229 du 19 novembre 2015, cons. 4.3 ; Zimmermann, N 340.

161. TPF RR.2014.156 du 18 décembre 2014, cons. 4.1.

162. TPF RR.2014.156 du 18 décembre 2014, cons. 4.1.

163. Décision de la Commission fédérale de recours en matière de responsabilité de l'État, du 20 septembre 2005, *in* : JAAC 2006 n°31 p. 499 ; Zimmermann, N 340.

164. ATF 129 II 453 du 27 octobre 2003, cons. 4.2 ; BSK IRSG-Aeppli, Art. 74a N 60.

165. ATF 123 II 134, cons. 6b.

166. Voir notamment développements en lien avec l'extradition *in* Bonzanigo/Ludwiczak, p. 52 ss.

167. BSK IRSG-Aeppli, Art. 74a N 61.

168. TPF RR.2019.349+RR.2019.350+RR.2019.351 du 16 octobre 2020, cons. 3.3.7.1 ; ATF 132 II 134, cons. 6c.

169. RR.2012.255 du 22 mai 2013, cons. 4.2. ; Message du Conseil fédéral concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire du 30 juin 1993, FF 1993 III 269 ss, 301.

170. TPF BB.2010.71-75 du 18 février 2011, cons. 5.2.

171. ATF 123 II 134, cons. 5.d.

172. RR.2012.255 du 22 mai 2013, cons. 4.2 ; ATF 123 II 136, cons. 6c.

173. RR.2012.255 du 22 mai 2013, cons. 4.2 ; ATF 123 II 134, cons. 6c ; Zimmermann, N 340.

ainsi se limiter à vérifier si les allégations de l'acquéreur sont suffisamment précises et étayées pour admettre la vraisemblance de ses prétentions¹⁷⁴. Cela ne devrait pas dispenser le tiers de prouver les circonstances par lesquelles il a acquis l'objet ou les valeurs, tel que le lieu et la date d'acquisition et l'identité du vendeur, et d'apporter la preuve documentaire du paiement ou d'un versement¹⁷⁵.

D. Besoins d'une procédure ou confiscation en Suisse (let. d)

- 63 Il arrive que des objets ou valeurs soient **visés en Suisse à la fois par une procédure d'entraide et par une procédure pénale domestique**, en cas d'infraction de blanchiment par exemple. L'art. 74a al. 4 let. d EIMP prévoit que la Suisse peut refuser de remettre les biens à une autorité étrangère si elle entend les confisquer dans le cadre d'une procédure pénale nationale.
- 64 Si les biens et valeurs sont destinés à être confisqués en Suisse, leur confiscation sur le territoire primera en général la remise à l'État étranger¹⁷⁶. Pour le reste, **le choix de favoriser la procédure pénale suisse ou la procédure pénale étrangère** sera dirigé par des motifs principalement pragmatiques, tels que les chances de succès¹⁷⁷, l'efficacité, l'économie de procédure, le respect des principes du droit suisse¹⁷⁸, les possibilités de partager les biens confisqués avec l'État étranger ou encore le risque que ces biens ne fassent une nouvelle fois l'objet d'une appropriation illégitime dans l'État requérant¹⁷⁹. En principe, si l'autorité requérante entend restituer les objets ou valeurs au lésé, les autorités suisses ordonneront la remise même si ces objets ou valeurs sont également visés par une procédure pénale suisse. À défaut de lésé direct par l'infraction, comme par exemple dans le cas de trafic de drogue, il convient de privilégier la procédure suisse¹⁸⁰.
- 65 En cas de **concours de requêtes de remise étrangères**, l'EIMP ne contient pas de règle permettant de privilégier les prétentions d'un État sur celles d'un autre¹⁸¹. En principe, les règles exposées au précédent paragraphe trouveront application, la Suisse bénéficiant à nouveau d'un très large pouvoir d'appréciation¹⁸².
- 66 Les **intérêts de l'État requérant** peuvent être pris en compte dans le cadre d'un accord de partage (cf. art. 11 ss LVPC, cf. *infra* n. 73). La Suisse dispose, en la matière, d'une grande marge d'appréciation, car en dehors de la configuration particulière prévue par l'art. 57 par. 3 let. a CNUCC, la Suisse n'a aucune obligation internationale de remettre les biens confisqués à l'autorité étrangère. Sa seule obligation consiste en la confiscation du produit du crime (voir not. art. 7 al. 2 let. a CBI). L'État requérant n'a aucun droit d'exiger de la Suisse qu'elle procède par le biais d'une remise au sens de l'art. 74a EIMP plutôt que par une confiscation domestique au profit du trésor suisse, par hypothèse moins favorable à l'État requérant¹⁸³. Cette discrétion ne saurait cependant être utilisée afin de contourner les règles du droit international de l'entraide judiciaire et des obligations qui en découlent pour la Suisse. En application du principe de la bonne foi, les autorités suisses doivent s'abstenir de

174. ATF 123 II 134, cons. 6.c.

175. Zimmermann, N 340.

176. BSK IRSG-Aeppli, Art. 74a N 71.

177. Harari, 187.

178. Notamment la question de la restitution aux ayants droit, qui doit primer la confiscation en faveur de l'état (ATF 129 II 453, cons. 4.2), respectivement celle du sort des prétentions des lésés (ATF 132 II 178, cons. 5.3) ; voir également ATF 123 II 268, cons. 4b et 4c ; ATF 132 II 169, cons. 6.

179. Bottinelli, Confiscation, N 397.

180. BSK IRSG-Aeppli, Art. 74a N 72.

181. Bottinelli, Confiscation, N 398.

182. Bottinelli, Confiscation, N 398.

183. Art. 1 al. 3 EIMP.

toute démarche déloyale qui favoriserait unilatéralement les intérêts suisses au détriment des intérêts étrangers¹⁸⁴.

VIII. AL. 5 – SUSPENSION DE LA REMISE

- 67 L'art. 74 al. 5 EIMP indique que la remise à l'État requérant est **suspendue en cas de prétentions élevées par des ayants droit** sur les objets et valeurs jusqu'à droit connu. Le texte légal ne précise pas le cercle des ayants droit, mais il s'agit à notre sens du lésé (art. 74a al. 4 let. a), y compris ses éventuels héritiers, et du tiers de bonne foi (art. 74a al. 4 let. b)¹⁸⁵.
- 68 Cette disposition prévoit également les **conditions auxquelles la saisie peut être levée**¹⁸⁶ et les **objets ou valeurs remis à ces ayants droit**, soit si l'État requérant y consent (let. a), dans le cas de l'al. 4 let. b si l'autorité y consent (let. b) ou si le bien-fondé de la prétention est reconnu par une autorité judiciaire suisse (let. c). Ces conditions sont à notre sens, conformément au texte de loi, alternatives¹⁸⁷.
- 69 Dans la majorité des cas, l'ayant droit qui invoque ses droits sur les objets ou les valeurs visées devra présenter un **jugement d'un tribunal suisse** (art. 74a al. 5 let. c), l'hypothèse du consentement de l'État requérant (art. 74a al. 5 let. a) ou de l'autorité suisse (art. 74a al. 5 let. b) semblant rare. S'il n'est pas déjà au bénéfice d'un tel jugement, l'ayant droit devra ainsi en principe introduire une action en constatation par-devant un tribunal suisse¹⁸⁸. En cas de doute, l'autorité d'exécution doit impartir un délai à l'ayant droit pour introduire une action civile¹⁸⁹. Le texte de loi ne se prononce pas sur la nature de la décision judiciaire et il faut ainsi admettre qu'elle comprend tant un jugement civil au fond en force, rendu au terme de la procédure, que d'un succédané, tel qu'une transaction judiciaire¹⁹⁰. Ce n'est qu'une fois que les juridictions suisses se sont prononcées sur ces droits qu'il convient de déterminer si les objets et valeurs doivent être remis à l'État requérant¹⁹¹. À notre sens, un jugement étranger devrait également être admissible s'il remplit les conditions d'une reconnaissance en Suisse.
- 70 Cela étant, un auteur considère à raison que l'art. 74a al. 5 let. c est formulé de façon trop absolue et que l'autorité compétente devrait pouvoir se prononcer sur libération des objets ou valeurs à l'ayant droit quand la situation juridique est claire, sans qu'un jugement civil soit nécessaire¹⁹². Il s'agirait typiquement du cas où le droit invoqué est documenté, et dont la preuve peut ainsi facilement être apportée et évaluée¹⁹³. Le juge civil n'interviendrait ainsi qu'en cas de doute sur les droits de l'intéressé. Cette solution permettrait une économie de frais de procédure et de possibles intérêts à charge des différentes parties intervenantes¹⁹⁴.

IX. AL. 6 – DROITS DE GAGE FISCAUX

- 71 En vertu de l'art. 60 al. 1 EIMP, applicable par renvoi de l'art. 74a al. 6 EIMP, si les objets ou valeurs sont remis sans réserve de restitution, le **droit de gage douanier ou toute autre garantie réelle**

184. Heimgartner, 364.

185. BSK IRSG-Aepli, Art. 74a N 74; Message EIMP 1995, FF 1995 III 1 ss, 26.

186. Harari, 186.

187. *Contra* BSK IRSG-Aepli, Art. 74a N 77.

188. BSK IRSG-Aepli, Art. 74a N 79 ; CR Moreillon, Art. 74a N 45; *Handelsgericht*/ZH, HG 120112, du 13 juin 2013, cons. 4.4.1.

189. BSK IRSG-Aepli, Art. 74a N 79.

190. Harari, 194; Message EIMP 1995, FF 1995 III 1 ss, 26.

191. Harari, 194.

192. Moser, 526.

193. Ibid.

instituée par le droit suisse douanier ou fiscal n'est pas opposable, à moins que le propriétaire lésé par l'infraction n'en soit lui-même redevable. La renonciation à ce droit de gage peut être subordonnée à réciprocité (art. 60 al. 2 EIMP).

- 72 L'art 23 OEIMP, bien que relatif à l'extradition, s'applique par analogie¹⁹⁵. Cette disposition **précise les situations dans lesquelles il y a lieu d'invoquer ou de renoncer aux droits de gage au profit du fisc**, soit si les objets à remettre (a) sont susceptibles d'être confisqués dans l'État requérant ou (b) appartiennent à un État requérant qui, dans le cas inverse, ne renonce pas à ses droits de gage¹⁹⁶.

X. AL. 7 – PARTAGE DES VALEURS CONFISQUÉES

- 73 Selon les art. 11 ss LVPC, la Confédération peut conclure des **accords sur le partage** des valeurs patrimoniales confisquées avec un État étranger. En principe, un tel accord prévoit un partage par moitié des valeurs entre les États (art. 12 al. 3 LVPC). Des dérogations sont possibles notamment en raison de la nature de l'infraction, du lieu où se trouvent les valeurs patrimoniales, de l'importance de la participation à l'enquête de l'État étranger, ainsi que des usages entre la Suisse et l'État étranger, de la garantie de la réciprocité, du contexte international ou de l'importance des lésions des intérêts de l'état étranger (art. 12 al. 3 LVPC). Il est également possible de s'écarter de cette clé lorsqu'un État a encouru des frais ou subi un dommage plus important que l'autre État¹⁹⁷. Le montant attribué à la Suisse est ensuite partagé entre les différentes autorités selon les modalités prévues par la loi (art. 3 ss LVPC). Le partage (« *sharing* ») des valeurs patrimoniales confisquées entre la Confédération et les États étrangers est qualifié de partage externe. Le partage externe suppose en principe que l'État étranger accorde la réciprocité (art. 11 al. 2 LVPC)¹⁹⁸.
- 74 Selon l'art. 74a al. 7, les objets qui sont dévolus à la Suisse en exécution d'un accord de partage fondé sur la LVPC **ne sont pas remis**¹⁹⁹. Ainsi, si une partie des objets ou valeurs qu'elle remet à l'autorité étrangère pourrait être attribuée à la Suisse en vertu d'un possible accord de partage ultérieur, l'autorité d'exécution doit faire les réserves adéquates dans le dispositif de la décision de clôture²⁰⁰. De la même manière, l'autorité d'exécution peut surseoir à la remise si la Suisse envisage de procéder à un partage des valeurs saisies conformément à la LVPC, pour autant que les fonds dont la remise est demandée n'aient pas encore fait l'objet d'une décision définitive dans l'État requérant²⁰¹.

XI. VOIES DE DROIT

- 75 La décision de l'autorité d'exécution suisse sur la remise des objets ou valeurs à l'autorité étrangère est une **décision de clôture** qui peut faire l'objet d'un **recours devant la cour des plaintes du TPF** (art. 80e al. 1 EIMP). A qualité pour recourir quiconque est personnellement et directement touché par la mesure d'entraide et a un intérêt digne de protection à son annulation ou sa modification (art. 80h let. b EIMP). Il s'agit à cet égard des personnes mentionnées à l'al. 4 let. a-d, soit des tiers qui font valoir un droit sur les objets et valeurs à remettre²⁰² (cf. *supra* para. 50). Le recours peut être formé pour violation du droit fédéral (lequel inclut en principe le droit international), y compris l'excès ou

194. Ibid.

195. CR EIMP-Moreillon, art. 74a EIMP N 9.

196. CR EIMP-Moreillon, art. 74a EIMP N 46.

197. BSK IRSG-Aeppli, Art. 74a N 83.

198. BSK IRSG-Aeppli, Art. 74a N 82 et références citées; Donatsch/Heimgartner/Meyer/Simonek, 160 ss.

199. ATF 1C_513/2010 du 11 mars 2011, cons. 3.3.

200. Zimmermann, N 338 ; TPF RR.2011.205 du 21 février 2012, cons. 4.5 ; TPF RR.2010.192 du 25 juillet 2011, cons. 7.

201. Zimmermann, N 338; TPF RR.2012.286 du 6 mai 2013, cons. 5.3.

202. TPF, RR.2012.255 du 22 mai 2013, cons. 1.3.

l'abus du pouvoir d'appréciation (art. 80*i* al. 1 let. a EIMP) ou pour l'application illégitime ou manifestement incorrecte du droit étranger, dans les cas visés par l'art. 65 EIMP (art. 80*i* al. 1 let. b EIMP) ²⁰³. Le délai de recours est de 30 jours dès la communication écrite de la décision, sous réserve du recours pour déni de justice qui peut être formé en tout temps. Le recours contre la décision de clôture a effet suspensif (art. 80/ al. 1 EIMP).

- 76 Le système prévu par l'EIMP peut parfois conduire à des situations insatisfaisantes dans la mesure où il peut s'écouler plusieurs années entre la saisie des avoirs et leur remise²⁰⁴. Dans ces circonstances, la recevabilité du recours n'est exceptionnellement pas subordonnée à l'existence d'un préjudice immédiat et irréparable²⁰⁵, afin de permettre par exemple au titulaire d'un compte bancaire de faire contrôler la légalité ou la proportionnalité de la mesure coercitive par une autorité judiciaire avant que ne soit prise la décision de libérer les avoirs ou de les remettre à l'État requérant²⁰⁶. Le séquestre d'objets ou de valeurs sans décision sur la remise dans un délai raisonnable ouvre également la voie du recours pour déni de justice formel²⁰⁷.
- 77 La décision du TPF ne peut faire l'objet d'un **recours au TF** que de manière exceptionnelle, à savoir lorsque les conditions de l'art. 84 LTF sont remplies²⁰⁸. Le cas doit être particulièrement important (al. 1). Tel est le cas notamment lorsqu'il y a des raisons de supposer que la procédure à l'étranger viole des principes fondamentaux ou comporte d'autres vices graves (al. 2). Un tel cas peut aussi être admis quand une question juridique de principe se pose, quand l'instance précédente s'est écartée de la jurisprudence du TF ou quand l'affaire revêt autrement une portée extraordinaire²⁰⁹. Le Tribunal fédéral a notamment retenu que tel était le cas s'agissant de l'application de l'art. 74a à la remise de valeurs patrimoniales aux fins de l'exécution d'une créance compensatrice, dans la mesure où il ne s'était pas encore déterminé à cet égard²¹⁰. En tout état, les exigences pour retenir un tel cas sont élevées²¹¹. Le délai de recours est de dix jours à compter de la notification de l'expédition complète de la décision (art. 100 al. 2 let. b LTF). En principe, le recours a effet suspensif (art. 103 al. 2 LTF). Une violation des droits fondamentaux prévus par la CEDH peut ultimement être portée devant la CourEDH aux conditions prévues par la convention.

BIBLIOGRAPHIE

Aeppli Michael, commentaire de l'art. 74a, in Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (édit.), Basler Kommentar: Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Bâle 2015 (cit. BSK IRSG-Aeppli).

Baumann Florian, commentaire de l'art. 72, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (édit.), Basler Kommentar, Strafrecht, StGB, JStGB, 4e éd., Bâle 2019 (cit. BSK StGB-Baumann).

Bonzanigo Francesca/Ludwiczak Glassay Maria, Extradition et droit à un procès équitable : la pratique suisse face à l'hésitante confiance mutuelle au sein de l'Union européenne, in : Strafrecht und Demokratie, Zurich 2023, p. 43-56.

203. BSK IRSG-Aeppli, Art. 74a N 84.

204. TF 1A.335/2005 du 18 août 2006, cons. 1 ; TPF 2007 124 du 1^{er} juin 2009, cons. 2.3.4 ; TPF RR.2020.304 du 26 février 2021, cons. 1.4.2 ; TPF RR.2022.35 du 16 novembre 2022, cons. 1.2.3.

205. TPF RR.2020.329 du 11 mai 2021, cons. 1.2.3 ; TPF RR.2022.164 du 19 janvier 2023, cons. 2.4.2.

206. TF 1A.335/2005 du 18 août 2006, cons. 1.

207. Zimmermann, N 721 ; TF 1A.77/2006 du 27 juin 2006, cons. 1.2 ; TPF RR.2013.268 du 27 mars 2014, cons. 1.3 ; TPF RR. 2012.41 du 2 août 2012, cons. 3.

208. BSK IRSG-Aeppli, Art. 74a N 86.

209. ATF 142 IV 250, cons. 1.3.

210. TF, 1C_624/2022 du 21 avril 2023, cons. 1 (partiellement publié aux ATF 149 IV 376).

211. BSK IRSG-Aeppli, Art. 74a N 86, en référence aux ATF 133 IV 125, ATF 133 IV 129 et ATF 133 IV 131.

Bottinelli Nicolas, La confiscation dans le cadre de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, in : Giroud Sandrine/Rordorf-Braun Héloïse (édit.), Droit suisse des sanctions et de la confiscation internationales, Bâle 2020, p. 108-124 (cit. Confiscation).

Bottinelli Nicolas, La restitution dans le cadre de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, in : Giroud Sandrine/Rordorf-Braun Héloïse (édit.), Droit suisse des sanctions et de la confiscation internationales, Bâle 2020, p. 169-174 (cit. Restitution).

Cassani Ursula, La confiscation de l'argent des « potentats » : à qui incombe la preuve ?, SJ II 2009 p. 229-256.

Chablais Alain, Le blocage prononcé sur la base de la Cst. et de la LVP, in : Giroud Sandrine/Rordorf-Braun Héloïse (édit.), Droit suisse des sanctions et de la confiscation internationales, Bâle 2020, p. 70-95.

Charrière Antonin, Extradition et garanties diplomatiques : examen de la pratique suisse, en particulier lorsque l'extradable a été jugé par défaut dans l'État requérant, PJA 2016, p. 879-889.

Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan/Meyer Frank/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht, 2e éd., Zurich 2015.

Giroud Sandrine, De Baby Doc à Teddy Obiang : retour vers le futur de la confiscation des avoirs de potentats : Propositions d'amélioration de l'arsenal juridique suisse en matière de confiscation des avoirs de potentats à la lumière de l'affaire des « biens mal acquis », in : Perrier Depeursinge Camille/Dongois Nathalie/Garbarski Michael Andrew/Lombardini Carlo/Macaluso Alain (édit.), Cimes et Châtiments : Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Moreillon, Berne 2022, p. 137-155 (cit. Baby Doc).

Giroud Sandrine, Le droit des victimes de potentats à obtenir réparation : progrès et lacunes de la LVP, in : Giroud Sandrine/Rordorf-Braun Héloïse (édit.), Droit suisse des sanctions et de la confiscation internationales, Bâle 2020, p. 309-333 (cit. Droit des victimes).

Giroud Sandrine, The fine art of recovering illicitly trafficked cultural property – Méta-mécaniques of mutual legal assistance in criminal matters and international sanctions, in : Mosimann Peter/Schönenberger Beat/Rüegger Vanessa (edit.), Kunst & Recht 2023 / Art & Law 2023, p. 111-127 (cit. Cultural property).

Gstöhl Caroline, Geheimnisschutz im Verfahren der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Berne 2008.

Harari Maurice, Remise internationale d'objets et valeurs : réflexions à l'occasion de la modification de l'EIMP, in : Robert Christian-Nils/Sträuli Bernhard (édit.), Procédure pénale, droit pénal international, entraide pénale : Etudes en l'honneur de Dominique Poncet, Genève 1997, p. 167-201.

Heimgartner Stefan, Strafprozessuale Beschlagnahme, Wesen, Arten und Wirkungen - Unter Berücksichtigung der Beweismittel-, Einziehungs-, Rückgabe- und Ersatzforderungsbeschlagnahme, Zurich 2011.

Lombardini Carlo, Banques et blanchiment d'argent : convention de diligence, ordonnance de la CFB, code pénal et LBA, Zurich 2006.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Bâle 2018 (cit. Entraide).

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide internationale en matière d'exportation de biens culturels : l'obstacle de la double incrimination, *forumpoenale* 2/2020 p. 149-154 (cité : Entraide biens culturels).

Moreillon Laurent, commentaire de l'art. 74a, in: Moreillon Laurent (édit.), *Commentaire romand : entraide internationale en matière pénale*, Bâle 2004.

Moser Robin, Strafprozessuale Kontosperrungen bei ausstehenden Lombardkrediten – Ein Problem für die kreditgebende Bank, *RSDA* 2018 p. 517-530.

Popp Peter, *Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen*, Bâle 2000.

Stelzer-Wieckowska Marta, *Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen: grundrechtliche Stellung der betroffenen Person*, Zurich 2022.

Zimmermann Robert, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 5e éd., Berne 2019.