

Miriam Mazou

La restitution pénale des valeurs patrimoniales

Tant le code pénal que le code de procédure pénale prévoient des mécanismes permettant de restituer au lésé les valeurs patrimoniales dont il a été privé du fait de la commission d'une infraction. La présente contribution a pour vocation de présenter ces mécanismes, en particulier les conditions auxquelles des valeurs patrimoniales séquestrées seront restituées au lésé, respectivement les conditions auxquelles des valeurs patrimoniales confisquées ou d'autres valeurs telles que le montant de la peine pécuniaire ou de l'amende, la créance compensatrice ou le montant du cautionnement préventif, pourront également être allouées au lésé.

Catégories d'articles : Contributions

Domaines juridiques : Droit pénal, Procédure pénale

Proposition de citation : Miriam Mazou, La restitution pénale des valeurs patrimoniales, in : Jusletter 21 janvier 2019

Table des matières

1. Introduction
2. La restitution pénale en cours de procédure
3. La restitution pénale par jugement
4. L'allocation au lésé
5. Le lien avec le droit des poursuites

1. Introduction

[Rz 1] La restitution pénale prévue par le droit suisse dans le cadre d'une procédure nationale offre des solutions à caractère patrimonial claires et précises qui relèvent tant du droit matériel que procédural.

[Rz 2] Sur le plan procédural déjà, en cours d'enquête, la direction de la procédure (soit le ministère public confédération ou le ministère public d'un canton), qui a placé des objets ou des valeurs patrimoniales sous séquestre, peut, à certaines conditions, lever la mesure et restituer les objets et valeurs patrimoniales à l'ayant droit (art. 267 CPP). Au terme de la procédure, le CP prévoit que le tribunal peut allouer au lésé tout ou partie de la peine pécuniaire ou de l'amende payées, les objets ou valeurs confisqués, les créances compensatrices ou le montant du cautionnement préventif, lorsqu'il est à craindre que l'auteur ne réparera pas le préjudice qu'il a causé (art. 73 CP).

2. La restitution pénale en cours de procédure

[Rz 3] La restitution pénale au lésé en cours de procédure n'est pas réglementée par le CP. En revanche, le CPP permet à la direction de la procédure (en particulier le ministère public) de lever une mesure de séquestre et de restituer les objets et valeurs patrimoniales à l'ayant droit.¹ La même compétence appartient au tribunal.² Plus précisément, s'il est incontesté que les objets ou les valeurs patrimoniales ont été directement soustraits à une personne déterminée du fait de l'infraction, l'autorité pénale les restitue à l'ayant droit avant la clôture de la procédure (art. 267 al. 2 CPP).

[Rz 4] Compte tenu de la présomption de propriété de l'art. 930 CC, la restitution intervient en principe en mains du possesseur originaire.³ Lorsque le possesseur n'a pas de droit sur l'objet, par exemple s'il s'agit d'une chose volée, l'autorité peut redresser la violation patente des droits du possesseur originaire en lui restituant la chose⁴. La restitution ne peut toutefois intervenir que si le possesseur légitime peut justifier d'un droit réel sur les objets saisis. Le possesseur qui ne dispose que d'une créance en dommage et intérêts, comme c'est le cas lorsque des sommes

¹ FELIX BOMMER/PETER GOLDSCHMID, in : Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger, Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2014 (cité : BSK StPO-BOMMER/GOLDSCHMID) ad art. 267 N 28.

² BSK StPO-BOMMER/GOLDSCHMID (note 1), ad art. 267 N 28.

³ SAVERIO LEMBO/ANNE VALÉRIE JULEN BERTHOD, in : Alain Macaluso/Laurent Moreillon/Nicolas Queloz, Commentaire romand du code pénal, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2017 (cité : CR CP-LEMBO/JULEN BERTHOD), ad art. 267 N 14.

⁴ CR CP-LEMBO/JULEN BERTHOD (note 3), ad art. 267 N 14.

d'argent ont été escroquées, ne peut pas obtenir la restitution de ces montants, sauf s'il peut en établir clairement l'origine.⁵

[Rz 5] La restitution en cours de procédure ne peut être ordonnée que pour autant que l'ayant droit soit connu et que ses droits sur les biens libérés soient incontestés (art. 267 al. 2 CPP). Toutefois, si le ministère public estime que le titulaire des objets/valeurs patrimoniales à restituer est clairement identifié, il peut rendre une décision de restitution en application de l'art. 267 al. 1 CPP.⁶ Si la situation n'est pas claire, c'est dans la décision finale qu'il sera statué sur la restitution à l'ayant droit (art. 267 al. 3 CPP), laquelle interviendra aux conditions posées par l'art. 267 al. 4 à 6 CPP.⁷

3. La restitution pénale par jugement

[Rz 6] La restitution à l'ayant droit des objets et des valeurs patrimoniales séquestrés qui n'ont pas été libérés auparavant est statuée dans la décision finale (art. 267 al. 3 CPP). Si plusieurs personnes réclament des objets ou des valeurs patrimoniales à libérer, le tribunal – et non pas le ministère public – peut statuer sur leur attribution (art. 267 al. 4 CPP). Cette possibilité de statuer définitivement n'entrera en considération que si la situation juridique est claire.⁸ Si tel n'est pas le cas, le juge – ou le procureur⁹ – doit procéder selon l'art. 267 al. 5 CPP, et doit attribuer les objets ou les valeurs patrimoniales à une personne et impartir aux autres personnes ayant fait valoir des prétentions un délai pour intenter une action civile.¹⁰ Ce n'est que si ce délai n'est pas mis à profit qu'il est possible de remettre les objets ou les valeurs patrimoniales à la personne désignée dans la décision.¹¹

[Rz 7] En ce qui concerne la décision à prendre sur l'attribution d'un objet, l'autorité pénale doit là encore s'inspirer des règles du droit civil. L'attribution au possesseur doit être envisagée en premier lieu, celui-là étant présumé propriétaire conformément à l'art. 930 CC. En présence d'indications claires sur l'inexistence de ce droit réel, l'attribution doit être ordonnée en faveur de la personne qui apparaît la mieux légitimée.¹²

[Rz 8] Dans le cadre de la procédure prévue à l'art. 267 al. 5 CPP, l'autorité n'effectuera qu'un examen *prima facie* des rapports de droit civil. L'attribution provisoire prévue par cette disposi-

⁵ ATF 112 IV 74, JdT 1987 IV 35; CR CP-LEMBO/JULEN BERTHOD (note 3) *ad* art. 267 N 14

⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 1B_288/2017 du 26 octobre 2017, c. 3.

⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 1B_410/2013 du 24 octobre 2014, c. 3.4.

⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 1B_298/2014 du 21 novembre 2014, c. 3.2, SJ 2015 I 277; NIKLAUS SCHMID/ DANIEL JOSITSCH, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3e éd., Zurich/St-Gall 2017 (cité : SCHMID/JOSITSCH), *ad* art. 267 N 7.

⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 1B_288/2017 du 26 octobre 2017, c. 3; arrêt du Tribunal fédéral 1B_298/2014 du 21 novembre 2014, SJ 2015 I 277, c. 3.2 et les réf. citées; arrêt du Tribunal fédéral 6B_2/2012 du 1 février 2013, c. 8.4; arrêt du Tribunal fédéral 1B_270/2012 du 7 août 2012, c. 2.2; arrêt du Tribunal fédéral 6B_2/2012 du 1 février 2013, c. 8.4; arrêt du Tribunal fédéral 1B_270/2012 du 7 août 2012, 1B_270/2012, c. 2.2; Message unification du droit de la procédure pénale, in : FF 2006 1057, 1229.

¹⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 1B_298/2014 du 21 novembre 2014, SJ 2015 I 277, c. 3.2.

¹¹ Arrêt du Tribunal fédéral 1B_298/2014 du 21 novembre 2014, SJ 2015 I 277, c. 3.2.

¹² Arrêt du Tribunal fédéral 1B_298/2014 du 21 novembre 2014, SJ 2015 I 277, c. 3.2.

tion a en effet pour seule conséquence de déterminer les rôles des parties dans l'éventuel procès civil subséquent, sans préjuger de la décision du juge civil.¹³

[Rz 9] Enfin, si l'ayant droit n'est pas connu lorsque le séquestre est levé, le ministère public (par la voie d'une ordonnance pénale, de classement ou de non-entrée en matière) ou le tribunal publie la liste des objets et valeurs patrimoniales séquestrés pour que les personnes concernées puissent faire valoir leurs droits. Si dans les cinq ans qui suivent la publication, personne ne fait valoir de droits sur ceux-ci, ils sont acquis au canton ou à la Confédération (art. 267 al. 6 CPP).

[Rz 10] Selon l'art. 70 al. 1 CP, le juge prononce la confiscation des valeurs patrimoniales qui sont le résultat d'une infraction ou qui étaient destinées à décider, voire récompenser l'auteur d'une infraction, si elles ne doivent pas être restituées au lésé en rétablissement de ses droits. L'art. 70 al. 1 *in fine* CP exclut ainsi la confiscation lorsqu'il s'agit de rétablir le lésé dans ses droits. Ainsi, le droit de ce dernier à la restitution et à l'attribution prime la confiscation.¹⁴ La restitution suppose des valeurs patrimoniales qui sont le produit d'une infraction dont le lésé a été lui-même directement victime.¹⁵ Ces valeurs doivent être disponibles et il doit exister entre l'infraction et l'obtention de celles-ci un lien de causalité tel que cette obtention apparaisse comme la conséquence directe et immédiate de l'infraction.¹⁶

[Rz 11] Les valeurs patrimoniales sont considérées comme disponibles tant que le mouvement de celles-ci pourra être identifié de façon certaine et documentée (*paper trail*).¹⁷ Le mélange de valeurs délictueuses avec des fonds de provenance licite sur un compte bancaire ne suffit pas à exclure toute confiscation directe si un lien de connexité peut être établi entre le compte et l'infraction poursuivie (*paper trail*).¹⁸ Selon la jurisprudence, la restitution au lésé reste malgré tout possible lorsque les valeurs, bien que mélangées, sont toujours aisément identifiables, par exemple quand le produit de l'infraction a été porté sur un compte sur lequel se trouvaient déjà d'autres fonds mais que ce compte n'a pas connu postérieurement d'autres mouvements.¹⁹ Ainsi, lorsque le produit original formé de valeurs destinées à circuler (billets de banque, effets de change, chèques, etc.) a été transformé à une ou plusieurs reprises en de telles valeurs, il reste confiscable aussi longtemps que son mouvement peut être reconstitué de manière à établir son lien avec l'infraction.²⁰ Dans la mesure où les avantages futurs déterminables avec suffisamment de précision sont également considérés comme des valeurs patrimoniales disponibles pouvant

¹³ Arrêt du Tribunal fédéral 1B_298/2014 du 21 novembre 2014, SJ 2015 I 277, c. 3.2

¹⁴ ATF 129 IV 322, SJ 2004 I 115, c. 2.4; FLORIAN BAUMANN, in : Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger, Basler Kommentar, Strafrechte I, Helbing Lichtenhahn Verlag 2019 (cite : BSK StGB I-BAUMANN), ad art. 70/71 N 49; MICHEL DUPUIS/LAURENT MOREILLON/CHRISTOPHE PIGUET/SÉVERINE BERGER/MIRIAM MAZOU/VIRGINIE RODIGARI, Petit commentaire du code pénal, 2^e édition, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2017 (cite : PC CP), ad art. 70 N 15 et les réf. citées; STEFAN TRECHSEL/MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, in : Stefan Trechsel/Mark Pieth (éds), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3e éd., Zurich/St-Gall 2018 (cite : TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, StGB, Praxiskommentar), ad art. 70 N 9; PC CP (note 14), ad art.70 N 15 et les réf. citées.

¹⁵ ATF 128 I 129, JdT 2005 IV 180, c. 3.2; arrêt du Tribunal fédéral 1B_127/2009 du 11 septembre 2009, c. 3 et les réf. citées; PC CP (note 14), art. 70 N 15 et les réf. citées.

¹⁶ DOMINIQUE PONCET/ALAIN MACALUSO, Confiscation, restitution et allocation de valeurs patrimoniales : quelques considérations de procédure pénale, SJ 2001 II 221 ss (cite : PONCET/MACALUSO), N 11.

¹⁷ PONCET/MACALUSO (note 16), N 12.

¹⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 1B_22/2017 du 24 mars.2017, c. 2.

¹⁹ ATF 129 II 453, c. 4.1; PONCET/MACALUSO (note 16), N 9.

²⁰ ATF 129 II 453, c. 4.1; arrêt du Tribunal fédéral 126 I 97 du 23 juin 2000, c. 3c.bb.

être confisquées²¹, ils doivent également pouvoir être restitués au lésé si les autres conditions d'une telle restitution sont réalisées.

[Rz 12] Il n'est pas nécessaire que le lésé soit propriétaire des valeurs au sens civil du terme.²² Il peut également s'agir, par exemple, du titulaire d'un droit de gage ou de rétention antérieur à la commission de l'infraction.²³ Il est cependant indispensable que le lésé soit identifié et qu'il justifie qu'il a été directement atteint par l'infraction. Si le lésé n'est pas identifié, le tribunal ordonnera la confiscation des biens, à charge, pour celui qui se fait connaître, d'en revendiquer la dévolution dans les cinq ans, conformément à l'art. 267 al. 6 CPP.

[Rz 13] Le lésé est toujours fondé à obtenir la restitution des valeurs patrimoniales dont il a été dépossédé et qui sont facilement identifiables, même si elles ont déjà été confisquées.²⁴ Le lésé est ainsi fondé à faire valoir son droit à la restitution même si un jugement de confiscation est déjà entré en force, pour autant évidemment qu'il agisse dans le délai de cinq ans après l'avis officiel relatif à la décision de confiscation selon l'art. 70 al. 4 CP.²⁵ L'intéressé qui n'était pas partie à la procédure, ne peut se voir opposer un jugement de confiscation, ni l'autorité de chose jugée à cet égard.²⁶

4. L'allocation au lésé

[Rz 14] L'art. 73 CP définit l'allocation au lésé. Celle-ci suppose une infraction ayant causé à une personne un dommage qui n'est couvert par aucune assurance et qu'il y ait lieu de craindre que l'auteur ne réparera pas le dommage ou le tort moral. Dans ce cas, la loi prévoit que le tribunal alloue au lésé, à sa demande, jusqu'à concurrence des dommages intérêts ou de la réparation morale fixée par un jugement ou par une transaction, (i) le montant de la peine pécuniaire ou de l'amende payée par le condamné, (ii) les objets ou valeurs patrimoniales confisqués ou le produit de leur réalisation, sous déduction des frais, (iii) les créances compensatrices ainsi que (iv) le montant du cautionnement préventif. Rien n'empêche le lésé de demander l'allocation cumulative des montants, valeurs et objets précités. à noter que le montant de l'amende peut s'élever jusqu'à CHF 5 millions si le sujet de droit condamné est une entreprise (art. 102 al. 1 CP). Quant à la peine pécuniaire elle pourra être au maximum de CHF 540'000 (art. 34 al. 1 et 2 CP). S'agissant du cautionnement préventif, cette notion ne doit pas prêter à confusion. Ne peuvent servir à indemniser le lésé les cautions fournies, en cours de procédure, pour éviter le maintien en détention préventive, comme le pécule du prisonnier. Il s'agit bien du cautionnement préventif institué à l'art. 66 al. 3 CP qui est visé par l'art. 73 CP.²⁷

²¹ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_735/2016 du 24 octobre 2017, c. 4.2.4.

²² PC CP (note 14), *ad* art. 70 N 16.

²³ Message modification CP 1993, 300.

²⁴ PONCET/MACALUSO (note 16), N 21.

²⁵ MADELEINE HIRSIG-VOUILLOZ, in : Alain Macaluso/Laurent Moreillon/Nicolas Queloz, Commentaire romand du code pénal, Helbing Lichtenhan, Bâle 2017 (cité : CR CP-HIRSIG-VOUILLOZ, *ad* art. 70 N 28); MADELEINE HIRSIG-VOUILLOZ, Le nouveau droit de la confiscation pénale et de la créance compensatrice (art. 69 – 73 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP; RS 311.0), PJA 2007 1376 ss (cité : HIRSIG-VOUILLOZ), 1384; DENIS PIOTET, Les effets civils de la confiscation pénale, Berne 1995 (cité : PIOTET), N 127 s.; PONCET/MACALUSO (note 16), N 23.

²⁶ PC CP (note 14), *ad* art. 71 N 29.

²⁷ CR CP-HIRSIG-VOUILLOZ (note 25), *ad* art. 73 N 20.

[Rz 15] L'art. 73 CP a pour but de faciliter l'indemnisation du lésé.²⁸ Cette disposition correspond sur ce point au texte de l'art. 60 aCP avant l'entrée en vigueur de la nouvelle partie générale du CP au 1er janvier 2007. La règle n'a pas été révisée sur le principe mais le législateur a introduit deux précisions. Tout d'abord, le lésé peut exiger la réparation non seulement du dommage mais aussi du tort moral (art. 73 al. 1 CP). De même, aux côtés de l'amende, la peine pécuniaire qui frappe le condamné peut également être allouée au lésé (art. 73 al. 1 lit. a CPP). Pour le reste, il n'y a pas de modification notable dans les conditions de l'allocation au lésé.

[Rz 16] A la différence du mécanisme prévu à l'art. 70 al. 1 CP, où les objets séquestrés sont directement remis au lésé sans qu'ils ne soient confisqués, la règle de l'art. 73 CP est un instrument permettant l'allocation au lésé d'objets ou valeurs qui ont été confisqués. L'allocation au lésé au sens de l'art. 73 CP ne peut pas intervenir d'office²⁹ et elle est subsidiaire à la restitution au sens de l'art. 70 al. 1 CP. En effet, lorsque les valeurs patrimoniales acquises au moyen d'une infraction sont clairement identifiables, elles ne seront pas confisquées mais directement restituées au lésé.³⁰ Autrement dit, la norme de l'art. 73 CP ne permet d'allouer au lésé que les objets (ou leur contre-valeur) qui ne lui appartenaient pas déjà.³¹ La règle posée à l'art. 73 CP permet ainsi au lésé de bénéficier du séquestre ordonné sur des biens sans lien direct avec l'infraction, en vue de l'exécution de la créance compensatrice.³² La jurisprudence reconnaît d'ailleurs au lésé le droit de protéger ses attentes jusqu'au prononcé du jugement pénal en requérant un séquestre conservatoire afin d'éviter que le futur débiteur de l'éventuelle créance compensatrice ne se dessaisisse de ses biens afin de les soustraire à l'action future du lésé.³³

[Rz 17] On relèvera que compte tenu de la teneur de l'art. 333 CP, le mécanisme de l'allocation au lésé s'applique également aux infractions prévues par d'autres lois fédérales (à l'image par exemple de la LCD ou de la LCart) à moins que celles-ci ne contiennent des dispositions en la matière. Tel est par exemple le cas de la LBI qui prévoit la possibilité de confisquer et de réaliser les produits fabriqués illicitement et de se servir du produit net de la vente pour régler la créance de la partie adverse en dommages-intérêts et en couverture de ses frais (art. 69 LBI).³⁴

[Rz 18] Plusieurs conditions sont posées à l'art. 73 CP. En premier lieu, un dommage doit être causé par une infraction. Même si l'art. 73 CP semble limiter l'allocation au lésé à un crime ou à un délit, une contravention suffit en vertu de l'art. 104 CP.³⁵

[Rz 19] En second lieu, il doit y avoir dommage au sens de la définition légale qui est identique à celle qui prévaut en droit privé suisse et qui suppose en particulier que les conditions posées aux art. 41 ss, 47 et 49 CO soient remplies. Cela nécessite un acte illicite, une faute et un rapport de causalité naturel et adéquat entre le préjudice et le dommage.³⁶ A ce titre, le tort moral doit

²⁸ AMÉDÉE KASSER, L'allocation au lésé (art. 60 CP) et son application dans le canton de Vaud, in : L'avocat et le juge face au droit pénal, Mélanges offerts à Eric Stoudmann, Genève/Zurich/Bâle 2005, 83 ss (cité : KASSER), 83 ss.

²⁹ TC VD, 22.06.2016, Jug 2016/277, c. 3.2.

³⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 6S.819/1998 du 4 mai 1999, SJ 1999 I 417, c. 3, aussi résumé dans la PJA 2000 1030 ss, avec remarques de DENIS PIOTET ; HIRSIG-VOUILLOZ (note 25) 1393 ; KASSER (note 28), 87.

³¹ KASSER (note 28), 87 ; PIOTET (note 25) N 127 s.

³² ATF 140 IV 57, c. 4 ; HIRSIG-VOUILLOZ (note 25), 1384

³³ ATF 140 IV, 57, c. 4.1.2.

³⁴ KASSER (note 28), 88.

³⁵ BSK StGB I-BAUMANN (note 14), ad art. 73 N 11 ; PC CP (note 14), ad art. 73 N 2.

³⁶ PC CP (note 14), ad art. 73 N 3.

être assimilé à un élément du dommage.³⁷ L'étendue du préjudice et/ou du tort moral doivent être constatés dans un jugement civil ou pénal exécutoire ou dans une transaction soumise au tribunal qui prononcera l'allocation au lésé.³⁸

[Rz 20] En troisième lieu, le lésé doit pouvoir faire état de l'absence de couverture ou de réparation du dommage ou du tort moral causé. Cette carence peut être partielle ou totale. Dans la mesure où le dommage peut être réparé par une assurance ou par l'auteur, il s'agit d'éviter que le lésé ne soit désintéressé à deux reprises. En pareil cas, l'allocation au lésé n'est pas fondée. L'art. 73 CP revêt ainsi un caractère subsidiaire. Si le lésant désintéresse le lésé ou si une convention est passée entre les deux protagonistes, les conditions posées à l'art. 73 CP ne sont plus réalisées.

[Rz 21] En quatrième lieu, il est indispensable que le lésé ait formulé une requête (en allocation).³⁹ Le tribunal ne peut en effet ordonner l'allocation d'office. Si le lésé n'est pas représenté, il doit être rendu attentif à la possibilité offerte par l'art. 73 CP.⁴⁰ Le tribunal qui s'apprête à statuer sur la confiscation devrait ainsi, avant de prendre cette décision, impartir aux lésés connus qui ne sont pas assistés d'un mandataire professionnel, un délai pour requérir le cas échéant une allocation au sens de l'art. 73 CP. Lorsque le lésé a formé une requête et que les autres conditions légales sont réunies, le juge doit allouer au lésé les biens confisqués.⁴¹

[Rz 22] En cinquième lieu, il importe que le requérant revête le statut de « lésé ». La loi ne définit pas le titulaire à l'art. 73 CP. La notion comprise à cet article est plus large que celle de l'art. 30 CP.⁴² En d'autres termes, l'art. 73 CP peut être invoqué par toute personne qui a subi un dommage à la suite d'un crime ou d'un délit (voire d'une contravention), et qui peut faire valoir une créance en dommages-intérêts ou en tort moral au sens des art. 41 ss CO.⁴³

[Rz 23] Le lésé doit être une personne privée physique ou morale, à l'exclusion d'une corporation de droit public ou d'un service de l'Etat. Ainsi, les communes, les cantons et la Confédération qui auraient par exemple été victimes d'un délit fiscal, sont exclus de ce mécanisme.⁴⁴ L'art 73 CP n'a en effet pas pour but de permettre la répartition des valeurs patrimoniales confisquées ou encaissées.⁴⁵ Celle-ci est réglée par la LVPC qui prévoit la clé de répartition entre la Confédération et les cantons des valeurs patrimoniales confisquées dont le montant est supérieur ou égal à CHF 100'000 (art. 3 et 5 LVPC). Cette loi mentionne d'ailleurs expressément que les valeurs patrimoniales confisquées ne sont soumises au partage entre la Confédération et les cantons qu'après déduction des montants alloués au lésé en application de l'art. 73 CP (art. 60 aCP ; art. 4 al. 2 LVPC). Par ailleurs, il importe peu que le lieu de résidence du lésé ou son siège social soit en

³⁷ ATF 123 IV 145, JdT 1998 IV 166, c. 4d.

³⁸ BSK StGB I-BAUMANN (note 14), ad art. 73 N 6 ; PC CP (note 14), ad art. 73 N 3.

³⁹ HIRSIG-VOUILLOZ (note 25), 1384.

⁴⁰ PC CP (note 14), ad art. 73 N 5 s. ; BSK StGB I-BAUMANN (note 14), ad art. 73 N 20.

⁴¹ ATF 123 IV 145, JdT 1998 IV 166, c. d.cc ; ATF 117 IV 107, JdT 1993 IV 70.

⁴² TC VD, 26.04.2017, Jug/2016/457, c. 3.2.

⁴³ BSK StGB I-BAUMANN (note 14), ad art. 73 N 5 ; CR CP-HIRSIG VOUILLOZ (note 25), ad art. 73 N 7 ; PC CP (note 14), ad art. 73 N 5.

⁴⁴ NIKLAUS SCHMID, Kommentar, Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei Band I, 2e éd., Zurich 2007, 266 ; voir cependant MARC THOMMEN, in : Jürg-Beat Ackermann (ed.), Kommentar Kriminelles Vermögen Kriminelle Organisationen, Band I, Schulthess 2018, et réf. citées, qui semble admettre que les collectivités publiques puissent entrer en ligne de compte lorsqu'elles sont lésées comme des privés, par exemple par un vol par effraction.

⁴⁵ Sur ces questions CR CP-HIRSIG VOUILLOZ (note 25), ad art. 73 N 9.

Suisse. Ce qui est déterminant, uniquement, c'est que l'infraction relève de la juridiction suisse aux conditions posées aux art. 3 ss CP.⁴⁶

[Rz 24] Dans la mesure où l'allocation au lésé suppose une connexité directe entre l'infraction et la lésion affectant l'intéressé, elle ne peut en principe intervenir qu'en faveur de la personne titulaire d'une créance en réparation au sens de l'art. 41 CO (responsabilité délictuelle).⁴⁷ En d'autres termes, le droit du lésé à la restitution et à l'attribution ne porte que sur les valeurs patrimoniales qui sont le produit d'une infraction dont il a été lui-même victime.⁴⁸ La personne qui subit un préjudice indirect ne peut prétendre à l'allocation selon l'art. 73 CP tant que celui qui a subi le préjudice direct n'a pas déjà été intégralement dédommagé et pour autant que ce dernier ne dispose pas d'un droit préférable sur les avoirs confisqués.⁴⁹ Ainsi, des concurrents dupés par des actes de corruption au sens des art. 322ter ss CP ne peuvent pas exiger sans autre de se voir remettre les montants confisqués pour couvrir leur préjudice.⁵⁰

[Rz 25] à l'audience de jugement, le lésé qui veut se voir allouer les valeurs patrimoniales séquestrées devra prendre des conclusions civiles chiffrées (à moins qu'il ne soit déjà au bénéfice d'un jugement au sens de l'art. 73 al. 1); conclure à la confiscation des valeurs patrimoniales séquestrées (quand bien même le juge doit examiner d'office cette question) respectivement au prononcé d'une créance compensatrice; céder à l'Etat sa créance contre le prévenu ou le tiers saisi, et conclure à l'allocation en sa faveur des valeurs.⁵¹

[Rz 26] A noter que lorsque les conditions d'allocation au lésé sont réalisées, le juge est tenu de l'ordonner pour autant que l'auteur ou respectivement une assurance, n'aient pas dans l'intervalle déjà réparé le dommage.⁵² Le lésé ne peut d'ailleurs pas être renvoyé à agir au civil dans la mesure où sa prétention découlant de l'art. 73 CP n'est pas une prétention civile, mais une créance de droit public.⁵³

[Rz 27] Selon l'art. 73 al. 2 CP, le juge ne peut ordonner l'allocation que si le lésé cède à l'Etat une part correspondante de sa créance. Il s'agit d'éviter que le lésé ne puisse s'enrichir en obtenant, d'une part, les montants ou valeurs mentionnés à l'art. 73 al. 1 let. a à d CP et, d'autre part, le paiement du montant de sa propre créance.⁵⁴ Pour être opérante, la déclaration de cession doit être inconditionnelle.⁵⁵ Elle doit intervenir impérativement avant que le tribunal compétent ne statue sur la question de l'octroi de l'allocation au sens de l'art. 73 CP.⁵⁶ Le tribunal ne peut pas allouer des valeurs au lésé à la condition qu'il cède sa créance.⁵⁷

⁴⁶ Sur ces questions CR CP-HIRSIG VOUILLOZ (note 25), ad art. 73 N 8.

⁴⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_344/2007 du 1 juillet 2008, 6B_344/2007, c. 5.2.

⁴⁸ ATF 122 IV 365, c. III/2b

⁴⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_344/2007 du 1 juillet 2008, 6B_344/2007, c. 5.2 s.; PC CP (note 14), ad art. 73 N 5 in fine; forumpoenale 2009 22.

⁵⁰ SCHMID (note 44), 265

⁵¹ OLIVIER ADLER/FABIO BURGNER, *Intersections entre le séquestre pénal de valeurs patrimoniales et le droit des poursuites et de la faillite*, RSA 4/2018, 160 (cité : ADLER/BURGNER)

⁵² Sur ces questions HIRSIG-VOUILLOZ (note 25), 1396; PC CP (note 14), ad art. 73 N 10.

⁵³ ATF 104 IV 68, JdT 1979 IV 125, c. 3d; ADLER/BURGNER (note 51), 164; KASSER (note 28), 93.

⁵⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_190/2010 du 16 juillet 2010, c. 2.1.

⁵⁵ TC VD, 26.0.2017, Jug/2016/457, c. 3.2; TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, StGB, Praxiskommentar (note 14), ad art. 73 N 7.

⁵⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_190/2010 du 16 juillet 2010, c. 2.1; PC CP (note 14), ad art. 73 N 7; HIRSIG-VOUILLOZ, 1397.

⁵⁷ TC VD, 26.04.2017, Jug/2016/457, c. 3.2.

[Rz 28] Lorsqu'il n'a pas réparé le dommage qu'il a causé au lésé, l'auteur de l'infraction peut être condamné tant au paiement de dommages-intérêts que d'une créance compensatrice.⁵⁸ Toutefois, afin d'éviter que le condamné soit tenu de restituer deux fois l'avantage illicite retiré de l'infraction, le dispositif de la décision doit prévoir un mécanisme permettant d'éviter ce risque. Concrètement, le Tribunal fédéral suggère que le juge ordonne la créance compensatrice sous réserve de restitution à l'auteur au cas et dans la mesure où il répare le dommage causé au lésé.⁵⁹

[Rz 29] L'allocation doit en principe être ordonnée en même temps que la décision qui en constitue le fondement.⁶⁰ Il faut cependant préciser que même si le lésé a satisfait aux conditions légales (en particulier de la requête et de la cession), il est rare que le tribunal soit en mesure, dans son jugement, d'allouer de façon précise et définitive un montant final des valeurs patrimoniales à attribuer à ce dernier, en particulier si l'allocation ne porte pas sur des avoirs confisqués. En effet, lorsque le jugement est rendu, le montant de l'amende, de la peine pécuniaire, ainsi que la créance compensatrice, n'ont pas nécessairement été encaissés. Cela suppose une décision ultérieure d'allocation au lésé qui ne peut être prise qu'une fois les fonds en mains de l'Etat.⁶¹ C'est au tribunal qui a prononcé le jugement en première instance qu'il appartient de rendre les décisions ultérieures qui sont de la compétence d'une autorité judiciaire, pour autant que la Confédération et les cantons n'en disposent pas autrement (art. 363 al. 1 CPP). Cela étant, le lésé qui n'émet aucune prétention en allocation en même temps que les autres lésés prend le risque que l'entier des avoirs soit alloué aux lésés qui en ont fait la demande.⁶²

[Rz 30] L'art. 73 CP n'institue aucune solidarité entre les différents lésés d'un même auteur. La disposition n'impose pas une répartition proportionnelle des biens confisqués. Lorsque l'origine des biens est établie, le tribunal restituera au lésé déterminé, et à lui seul, les valeurs concernées.⁶³ Chaque lésé doit formuler sa demande d'allocation.⁶⁴ Cela étant, en pratique, lorsque plusieurs lésés demandent l'allocation, l'autorité répartit généralement entre eux, proportionnellement à leurs droits, les valeurs disponibles.

[Rz 31] Si plusieurs personnes réclament des objets ou des valeurs patrimoniales à libérer, le tribunal – et non pas le ministère public – peut statuer sur leur attribution. Lorsqu'aucun ayant droit n'est connu au moment de la levée du séquestre, l'autorité – ministère public ou tribunal – procédera conformément à l'art. 267 al. 6 CPP et publiera la liste des objets et valeurs patrimoniales séquestrés afin que les personnes concernées puissent faire valoir leurs droits. Si dans les cinq ans suivant la publication, personne ne fait valoir de droits sur ces objets et valeurs patrimoniales, ceux-ci sont acquis au canton ou à la Confédération (art. 267 al. 6 2e phrase CPP). On notera également que la restitution pénale peut être ordonnée par le tribunal, au moment des débats (art. 267 al. 1 CPP), avant qu'un jugement ne soit rendu. Les conditions sont identiques (art. 267 al. 2 à 6 CPP).

⁵⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_326/2011 du 14 février 2012, 6B_326/2011, c. 2.3.1.

⁵⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_326/2011 du 14 février 2012, c. 2.3.1.

⁶⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_659/2012 du 8 avril 2013, c. 3.

⁶¹ Sur ces questions CR CP-HIRSIG-VOUILLOZ (note 25), ad art. 73 N 26.

⁶² Arrêt du Tribunal fédéral 6B_659/2012 du 8 avril 2013, c. 3.

⁶³ ATF 122 IV 365, c. 2; CR CP I-HIRSIG-VOUILLOZ, ad art. 73 N 11 et les réf. citées; HIRSIG-VOUILLOZ (note 25), 1397; PONCET/MACALUSO (note 16), N 30.

⁶⁴ ATF 122 IV 365, c. III/2b; TC VD 22.06.2016, no 286, Jug/2016/277, c. 3.2.

[Rz 32] Lorsqu'un lésé qui fait valoir une demande d'allocation selon l'art. 73 CP ne s'annonce que postérieurement, c'est-à-dire à un moment où, par exemple, la confiscation des objets et valeurs patrimoniales au sens des art. 69 à 72 CP a déjà été ordonnée ou lorsque la peine pécuniaire ou l'amende a déjà été perçue par l'autorité compétente l'allocation peut faire l'objet d'une procédure ultérieure.⁶⁵ Une décision ultérieure est toutefois possible, pour autant que les biens en question n'aient pas déjà fait l'objet d'une allocation, entrée en force, à d'autres lésés.⁶⁶

5. Le lien avec le droit des poursuites

[Rz 33] Les prétentions ayant pour objet une somme d'argent ou des sûretés sont par principe exécutées en application de la LP, qu'elles soient fondées sur le droit privé ou le droit public. La LP consacre le principe de l'égalité des créanciers, et ne reconnaît normalement aucun privilège aux créanciers de prétentions fondées sur le droit public.⁶⁷ L'art. 44 LP prévoit cependant une exception à ce principe. Selon cette disposition, la réalisation d'objets confisqués en vertu des lois fédérales ou cantonales en matière pénale notamment s'opère en conformité avec ces lois.

[Rz 34] Les conditions et les effets de la confiscation pénale, respectivement du séquestre en vue de cette mesure, doivent être jugés uniquement par les autorités pénales compétentes. C'est ainsi qu'une confiscation au sens de l'art. 70 al. 1 CP prime sur une saisie ou un séquestre en cas de faillite ce qui a pour effet de conférer un droit de distraction au profit de l'Etat ou du lésé par rapport aux autres créanciers.⁶⁸ Il s'agit d'offrir au lésé une meilleure protection, et de lui permettre de rentrer en possession de ses biens avant un créancier ordinaire, non lésé par l'infraction.⁶⁹ Il serait en effet injustifié que les créanciers non lésés soient placés sur le même pied que la personne lésée et qu'ils puissent ainsi tirer profit de la commission de l'infraction.⁷⁰ C'est ainsi que la restitution au lésé ainsi que l'allocation au lésé de valeurs patrimoniales provenant d'une infraction (soit de valeurs confisquées) l'emportent sur les prétentions de tiers, quand bien même ces derniers auraient déjà obtenu sur ces valeurs un séquestre au sens de l'art. 271 LP.⁷¹

[Rz 35] La règle posée à l'art. 44 LP ne s'applique en revanche pas s'agissant de l'exécution d'une créance compensatrice au sens de l'art. 71 CP.

[Rz 36] Le séquestre en vue de l'allocation au lésé ne peut être prononcé que sur des valeurs directement soustraites au lésé du fait de l'infraction, afin de ne pas constituer un séquestre déguisé contraire à l'art. 44 LP.⁷² Ainsi, le lésé qui n'a pas été directement dépossédé ne peut qu'agir selon les règles civiles et du droit des poursuites pour obtenir réparation.⁷³

⁶⁵ TC VD 22.06.2016, Jug/2016/277, c. 3.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_53/2009 du 24 août 2009, c. 2.6.

⁶⁶ TC VD 22.06.2016, Jug/2016/277, c. 3.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_53/2009 du 24 août 2009, c. 2.6.

⁶⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 1B_388/2016 du 6 mars 2017, 1B_388/2016, c. 3.3.

⁶⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 1B_388/2016 du 6 mars 2017, c. 3.3 ; HIRSIG-VOUILLOZ (note 25), 1391 ; LAURENT MOREILLON/YVES NICOLET, La créance compensatrice, RPS 2017 416 ss (cité : MOREILLON/NICOLET), 416 ss.

⁶⁹ HIRSIG-VOUILLOZ (note 25), 1391.

⁷⁰ HIRSIG-VOUILLOZ (note 25), 1391.

⁷¹ HIRSIG-VOUILLOZ (note 25) 1392.

⁷² CR CP-LEMBO/JULEN BERTHOD (note 3), ad art. 263 N 13.

⁷³ CR CP-LEMBO/JULEN BERTHOD (note 3), ad art. 263 N 13 ; ADLER/BURGENER (note 51), 165.

[Rz 37] En présence d'une créance compensatrice, le séquestre pénal prononcé en application de l'art. 71 al. 3 CP afin de garantir la créance compensatrice est maintenu une fois le jugement entré en force jusqu'à son remplacement par une mesure du droit des poursuites.⁷⁴ Toutefois, le séquestre ainsi maintenu ne confèrera pas au lésé un droit de distraction à l'encontre des potentiels autres créanciers du détenteur des valeurs patrimoniales, qu'il s'agisse du prévenu ou du tiers saisi, ni aucun droit préférentiel.⁷⁵ La poursuite de la créance compensatrice, la réalisation des biens séquestrés et la distribution des deniers interviennent conformément à la LP et auprès des autorités compétentes en la matière.⁷⁶ Cette solution ne semble pas porter atteinte aux droits du lésé, dans la mesure où celui-ci peut, en vertu de l'art. 73 CP, demander que le produit de la créance compensatrice lui soit alloué.⁷⁷ Ainsi, si le séquestre prononcé en application de l'art. 71 al. 3 CP porte sur des biens qui font l'objet d'une saisie du droit des poursuites, l'Etat ne dispose pas d'un droit préférentiel sur ces biens, mais participe à la répartition des deniers. Si, malgré le séquestre pénal, les biens en question peuvent être réalisés, le produit de cette réalisation ne peut pas être réparti entre les créanciers tant qu'il n'a pas été statué sur la créance compensatrice.⁷⁸

MIRIAM MAZOU est avocate pénaliste, auteure de nombreuses publications, conférences et formations en droit pénal et procédure pénale.

⁷⁴ ATF 141 IV 360, c. 3.2; arrêt du Tribunal fédéral 6P.35/2007 du 20 avril 2007, c. 3.2; arrêt du Tribunal fédéral 1B_388/2016 du 6 mars 2017, 1B_388/2016, c. 3.3; PC CP (note 14), *ad art.* 71 N 19; ADLER/BURGENER (note 51), 165.

⁷⁵ ATF 142 III 174, c. 3, SJ 2016 I 157; arrêt du Tribunal fédéral 1B_388/2016 du 6 mars 2017, 1B_388/2016, c. 3.3; ADLER/BURGENER (note 51), 165; MOREILLON/NICOLET (note 68), 416 ss.

⁷⁶ ATF 142 III 174, c. 3.1.2.

⁷⁷ Message modification CP 1993, 305 ss; PC CP (note 14), *ad art.* 71 N 19

⁷⁸ ATF 142 III 174, sJ 2016 I 157; PC CP (note 14), *ad art.* 71 N 20.