



XX.XX Loi fédérale sur la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées

Rapport sur les résultats de la procédure de consultation

1 Situation initiale

Le 24 février 2010, le Conseil fédéral a décidé de lancer une consultation auprès des cantons, des partis politiques, des milieux intéressés, ainsi que des associations faitières de l'économie, des communes, des villes et des régions de montagne qui oeuvrent au niveau national. (cf. liste des destinataires en annexe).

Afin que le projet de loi puisse être appliqué au cas Duvalier actuellement pendant, le délai de la consultation a été raccourci conformément à l'art. 7, al. 3, let. a, de la loi sur la consultation.

La consultation a duré du 24 février 2010 au 16 avril 2010.

2 L'avant projet

Le projet vise à permettre de résoudre les cas d'avoirs d'origine illicite placés en Suisse par des personnes politiquement exposées (PPE), lorsqu'ils ne peuvent l'être dans le cadre de l'entraide judiciaire internationale, à raison de la situation de défaillance de l'Etat requérant.

Le phénomène croissant des Etats dits «défaillants» a en effet montré les limites du système mis en place par la Suisse au cours des vingt dernières années. Les cas Mobutu et Duvalier sont l'illustration de ces limites. Ce projet de loi vise à éviter que de telles situations ne se reproduisent et a également vocation à donner une issue aux cas de blocage décidés par le Conseil fédéral fondés sur l'art. 184 al. 3 Cst. qui, par hypothèse, seraient encore pendants au moment de

l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, tel vraisemblablement le cas des avoirs Duvalier.

Ce projet de loi constitue une solution subsidiaire à la loi sur l'entraide judiciaire en matière pénale. Il comporte ainsi les trois instruments du blocage, de la confiscation et de la restitution pour résoudre les cas d'avoirs d'origine illicite de PPE déposés en Suisse, lorsque les Etats d'origine de ces avoirs sont dans l'incapacité de mener une procédure pénale qui réponde aux exigences de notre loi sur l'entraide pénale internationale (EIMP). Pour ce faire, il prévoit une procédure devant le Tribunal administratif fédéral garantissant les droits des PPE concernées par un cas d'application de la loi. Le jugement issu de cette procédure, susceptible d'un recours auprès du Tribunal fédéral, permettra cas échéant, après le contrôle d'un juge, la confiscation des avoirs d'origine illicite bloqués en vue de leur restitution transparente à leur Etat d'origine.

3 Réponses reçues

Jusqu'au 19 avril 2010, 54 participants ont pris position concernant la consultation, parmi lesquels 50 ont formulé des commentaires quant au fond de l'avant-projet.

Gouvernements cantonaux :

ZH, BE, LU, SZ, OW, NW, ZG, FR, SO, BS, BL, SH, AR, AI, SG, GR, AG, TG, TI, VD, NE, GE, JU.

Partis politiques :

Parti démocrate-chrétien suisse (PDC), Les Libéraux-Radicaux (PLR), Parti socialiste suisse (PS), Union Démocratique du Centre (UDC), Parti chrétien-social (PCS); Parti évangélique suisse (PEV), Parti écologiste suisse (Les Verts).

Associations :

Union des villes suisses, Fédération des entreprises suisses (Economiesuisse), Association suisse des banquiers (ASB, SwissBanking), Association Suisse des Gérants de Fortune (ASG), Association des Banquiers Privés Suisses (ABPS), Association des banques étrangères en Suisse.

Autres milieux concernés :

Tribunal fédéral, Tribunal administratif fédéral, Tribunal pénal fédéral, Action place financière suisse, Conférence des Autorités Suisses du Registre du Commerce, Chambre fiduciaire

Autres milieux concernés :

Tribunal fédéral, Tribunal pénal Fédéral

Aktion Finanzplatz Schweiz (AFP), Action de Carême, Brot für Alle, Demokratische Juristinnen und Juristen der Schweiz, Déclaration de Berne, Schweizerischer Friedensrat, Transparency International Suisse. Comme leur position concordent d'un point de vue matériel, le terme « ONG » sera utilisé par la suite pour faire référence à ce groupe d'organisations. Alliance sud, Basel Institute on Governance, Trial.

Les participants ci-après se sont prononcés **contre le projet** :

Partis politiques :

Union démocratique du centre (UDC).

Association :

Centre patronal.

L'UDC renvoie aux dispositions procédurales internationales et estime que les cas d'application sont peu nombreux. Le Centre patronal critique en outre la portée extraterritoriale du droit administratif suisse.

Pour les autres participants à la procédure de consultation, pareille loi, qui permet de combler une lacune, est considérée comme importante et juste. La nécessité et l'urgence de cette loi ont été à maintes fois soulignées. Les partisans du projet ont trouvé justifié que la loi trouve à s'appliquer aux scories du cas Duvalier. C'est pourquoi l'espoir que la loi soit rapidement traitée par le Parlement a été exprimé.

Concernant la concrétisation de la nouvelle loi, des prises de positions très diverses ont été formulées.

5 Commentaires des différentes dispositions

Art. 1 Champ d'application

Les avis concernant le champ d'application tel que proposé dans le projet mis en consultation sont partagés :

D'une part, le caractère subsidiaire par rapport aux procédures existantes – en particulier l'entraide judiciaire – est soutenu (PLR), d'autre part, plusieurs participants à la consultation jugent le champ d'application trop étroit. Un groupe de participants à la consultation (PS, PDC, Les verts, les ONG, Alliance sud, Basel Institute on Governance, Trial) demande l'application de la loi aux cas où le pays d'origine ne peut ou ne veut demander l'entraide judiciaire.

La condition préalable qu'une demande d'entraide a été effectuée, alors que l'Etat concerné connaît une situation de défaillance, est jugée comme paradoxale par beaucoup de participants à la consultation. Partant, la Suisse devrait elle-même pouvoir ouvrir une procédure lorsque les autorités du pays d'origine sont dans l'impossibilité d'agir ou de répondre à une procédure d'entraide judiciaire suisse, à raison de la défaillance des structures étatiques. Le Tribunal pénal fédéral estime également qu'il n'est pas impératif de faire dépendre le recouvrement d'une demande d'entraide et propose ainsi de prévoir une autre alternative pour de pareils cas.

Le Canton de Genève regrette le fait que la loi soit limitée à des situations extraordinaires et propose des modifications de la loi sur le blanchiment d'argent (élargissement de l'art. 6 à des biens appartenant à des PPE, art. 8-10 de l'ordonnance sur le blanchiment FINMA 1) de même que la reprise de la présomption d'illicéité pour les avoirs de l'ensemble des PPE et non pas uniquement de ceux provenant d'Etat en situation de défaillance. Les Etats qui ont renversé un dictateur se trouvent confrontés à de graves difficultés lorsqu'il s'agit de récupérer les avoirs spoliés car ils doivent prouver l'illégalité desdits avoirs au sens de l'art. 70 CP et ce, alors même que les techniques de fraudes sont toujours plus sophistiquées. En outre, un Etat, qui désire récupérer des avoirs par la voie de l'entraide judiciaire, mais qui ne répond pas au critère « d'Etat en situation de défaillance » est désavantagé par rapport aux Etats répondant à cette condition.

Le Basel Institute on Governance se demande également pourquoi, dans ce contexte, la révision du Code pénal (complément à l'art. 72 CP) a été rejetée par le Conseil fédéral. Il craint que le présent projet de loi reste lettre morte.

Pour Alliance sud, la loi devrait également être applicable lorsque les avoirs sont bloqués en Suisse sur la base d'un procès pénal en cours.

Le canton des Grisons dénonce en général les imprécisions concernant l'application concrète de la loi ; il manque à ses yeux une claire

délimitation du moment à partir duquel des mesures peuvent être prises en vertu de la loi.

Art. 2 Blocage

Pour la question de la demande d'entraide judiciaire préalable, voir ci-dessus le point concernant l'article 1.

Les verts et les ONG demandent que le pouvoir de décision du Conseil fédéral soit élargi aux organisations de défense des droits de l'homme, ainsi qu'aux organisations de coopération et développement. Ces dernières devraient pouvoir charger le Conseil fédéral de bloquer des avoirs placés en Suisse en vue d'une procédure de recouvrement.

De même, le canton de Genève, Trial et Alliance sud demandent un droit de saisine subsidiaire des victimes de violations des droits de l'homme (en particulier d'associations de victimes ou d'ONG qui les représentent). La loi constituerait ainsi une contribution importante de la Suisse dans la lutte internationale contre l'impunité.

Notion de PPE

La notion de PPE, telle qu'utilisée dans le projet de loi, a été commentée à maintes reprises. Les uns saluent la reprise de la définition utilisée jusqu'à présent dans le droit suisse (définition de l'ordonnance de la FINMA); les autres demandent une adaptation selon les définitions utilisées au plan international (définition de la Banque mondiale, GAFI, FMI, autorités de surveillance internationales).

L'UDC considère imprécise la notion de personnes politiquement exposées et souligne que les partis politiques ne peuvent exercer de charges publiques et que, partant, ils ne peuvent constituer des PPE.

Les verts et les ONG demandent l'élargissement de la définition de PPE aux hauts représentants d'entreprises privées, le canton de Neuchâtel aux magistrats et aux procureurs.

Le canton de Vaud souhaite qu'une disposition supplémentaire définisse précisément les concepts les plus importants.

Entourage

La prise en compte de l'entourage a été largement acceptée. Le Tribunal pénal fédéral juge toutefois insuffisamment délimité le

cercle des personnes concernées. L'UDC estime qu'il pourrait découler de la prise en compte de l'entourage un risque de « responsabilité de clan ».

Situation de défaillance des structures étatiques

Selon le canton de Schaffhouse, les ONG, Alliance sud, Basel Institut on Governance et Trial la loi devrait également comprendre les cas où les structures étatiques fonctionnent mais où le système judiciaire, dans un cas concret, se refuse de coopérer.

Pour le canton de Zurich, il serait nécessaire que l'autorité suisse en charge de l'exécution de l'entraide constate dans une décision formelle que la procédure d'entraide ne peut aboutir à raison de la situation de défaillance des structures de l'Etat d'origine. La simple description de la situation dans la loi ne suffit pas.

Nature politique de la décision

Plusieurs participants à la procédure de consultation (Canton de Genève, Trial, ONG) considèrent problématique le libre arbitre du Conseil fédéral ainsi que l'absence de possibilité institutionnelle de contrôler sa décision. Des idées ont été émises concernant une instance de contrôle et l'inscription dans la loi d'une instance de décision finale (Association Suisse des Gérants de Fortune).

Il conviendrait de se demander si un moyen de recours devrait être prévu contre la décision du Conseil fédéral. Au vu du caractère politique de la décision, le Parlement pourrait aussi faire figure d'instance de recours ou d'instance décisionnelle (Tribunal pénal fédéral). Economiesuisse considère problématique de prévoir un contrôle juridique de la décision du Conseil fédéral. La loi devrait prévoir expressément l'exclusion d'un tel contrôle.

Concernant la sauvegarde des intérêts de la Suisse, selon le PS et les ONG, il existe un risque que les intérêts de la place financière suisse soient pris en compte prioritairement, alors que les intérêts de la population dans le pays d'origine devraient être l'unique base de décision.

Art. 3 Durée du blocage

S'agissant de la durée du blocage, les opinions étaient fortement divergentes. Alors qu'une part des participants à la consultation l'a considérée trop courte – au vu de la longueur constatée des procédures – et a exigé une durée allant jusqu'à 10 ans (PS, Les verts,

PDC, les ONG), une autre partie a estimé que les 5 ans prévus sont trop longs et que 3 à 4 ans étaient suffisants (Economiesuisse, Association suisse des banquiers, Association Suisse des Gérants de Fortune).

Art. 4 Solution transactionnelle

La proposition d'un possible arrangement à l'amiable a été rejetée par de nombreux participants à la consultation (PS, Les verts, PDC, Centre Patronal et les ONG). Cette possibilité est contre l'esprit de la loi.

L'Association suisse des Banquiers a demandé la surveillance de la mise en œuvre de la solution transactionnelle.

Pour des raisons d'efficacité, cette possibilité de solution transactionnelle n'a pas été complètement écartée par Trial, Alliance sud et le Basel Institute on Governance, mais à des conditions strictes qui préservent les intérêts de la population de l'Etat d'origine.

Art. 5 Procédure

Origine illicite des valeurs

Selon certaines associations économiques, une définition pour juger de l'illicéité de l'origine des valeurs fait défaut (Association Suisse des Gérants de Fortune). L'Association Suisse des Gérants de Fortune et Economiesuisse demandent que la confiscation ne puisse intervenir que lorsque l'origine est illégale au sens du droit pénal, c'est-à-dire en présence d'un crime.

Procédure

Selon l'UDC, étant donné que seul le DFAE est compétent pour effectuer une proposition au Conseil fédéral, il existe un risque d'arbitraire.

Selon le Tribunal pénal fédéral, une chambre de recours en son sein devrait être compétente pour la procédure de confiscation, en lieu et place du Tribunal administratif fédéral, étant entendu qu'il existe un lien étroit avec les procédures d'entraide judiciaire et que, de par ce fait, ledit tribunal possède les compétences requises en la matière.

Prescription

L'Association Suisse des Gérants de Fortune pense qu'il devrait être précisé si, le cas échéant, les délais de prescription prévus au niveau civil sont applicables.

Art. 6 Présomption d'illicéité

S'agissant du renversement du fardeau de la preuve, une grande partie des participants l'a explicitement approuvé (PS, PDC, Canton de Genève, les ONG, Alliance sud, Basel Institute on Governance).

Des voix critiques se sont exprimées sur ce point. L'UDC et le canton du Jura trouvent juridiquement délicat le renversement du fardeau de la preuve. Pour sa part, l'Association Suisse des Gérants de Fortune et Economiesuisse estiment que la présomption est une *ultima ratio* qui ne peut trouver à s'appliquer que dans des situations clairement définies. Enfin, l'Association des Banquiers privés suisses et le Centre Patronal rejettent totalement ce renversement du fardeau de la preuve.

La prise de position du canton de Zurich traite également des conditions du renversement du fardeau de la preuve. Les critères seraient formulés de manière pas assez définie. La jurisprudence pourrait cependant avoir pour tâche de les concrétiser.

S'agissant de l'évaluation du degré de corruption d'un pays, l'Association suisse des banquiers estime que la Suisse ne devrait pas uniquement se baser sur un indice de corruption ; mais qu'elle devrait également se fonder sur le degré de corruption en fonction de l'expérience au niveau international. Economiesuisse considère que les autorités suisses devraient établir elles-mêmes le degré de corruption et que les listes des organisations tierces ne devraient être utilisées qu'à titre indicatif.

Comme alternative à la condition posée par l'art. 6 al. 1 lit. b, le PS, les Verts, les ONG et Alliance sud proposent de reprendre la notion d'organisation criminelle selon l'art. 260 CP et ainsi perpétuer la pratique juridique actuelle. La référence à l'art. 260 CP permettrait également de garantir la conformité de la loi à la constitution et à la CEDH.

Le Basle Institute on Governance propose de mettre en lien cet article avec l'art. 9 de la loi sur le blanchiment et l'art. 305ter al. 2 CP. Pour que la nouvelle loi soit efficace, il faut que les institutions financières participent à sa mise à œuvre.

Art. 7 Droit des tiers

Concernant la notion de droits des tiers, de nombreux participants à la consultation provenant des milieux économiques ainsi que Trial, l'ont considérée trop restrictive. L'UDC estime que la protection des tiers est insuffisante et que la portée de l'art. 7 est inacceptable. Economiesuisse mentionne la violation de la garantie de la propriété au travers de cette disposition. La limitation aux droits réels est disproportionnée et sans justification. Pour le canton de Zurich, le tiers de bonne foi devrait au moins pouvoir faire valoir des réels limités. Trial est du même avis. Cela signifie la non-reconnaissance des prétentions pécuniaires des victimes de violations des droits de l'homme. Pour le Tribunal pénal fédéral, cette limitation va également trop loin, la protection de la bonne foi des tiers serait ainsi plus fortement limitée que par les cas prévus aux art. 70 CP et art. 74 a al. 4 EIMP.

En outre, l'exigence additionnelle qu'un tribunal suisse reconnaisse les droits des tiers a été critiquée. Il a été proposé que cette question soit tranchée, le cas échéant, par le tribunal saisi, lequel devrait l'examiner à titre préliminaire et uniquement si le plaignant conteste lesdits droits des tiers. Economiesuisse et l'Association des gérants de fortune voient dans cette exigence une violation des traités internationaux en matière de droit international privé actuellement en vigueur. Trial voit également une violation du droit international dans la mesure où les droits des victimes seraient altérés (canton de Zurich, Association suisse des banquiers).

L'Association suisse des banquiers demande que le terme « tiers » soit précisé pour couvrir tant les personnes physiques que les personnes morales.

Le PS, les Verts et les ONG demandent une limitation des droits des tiers à un maximum de 20% des avoirs concernés dans le but de protéger les droits de la population de l'Etat d'origine.

Art. 9 Restitution

En sus de l'amélioration des conditions de vie de la population, la lutte contre l'impunité et l'Etat de droit doivent également être améliorés.

La possibilité de régler les modalités de la restitution dans un accord avec le pays d'origine a suscité un grand intérêt. L'UDC et le canton des Grisons se demandent comment la Suisse va conclure un pareil traité avec un Etat dont les structures son défailtantes.

La crainte majeure de nombreux participants à la consultation est le danger qu'une fois les fonds rendus, ils ne finissent dans les mains

des PPE ou dans d'autres cercles corrompus. C'est pourquoi diverses prises de position suggèrent qu'un accord n'entre en ligne de compte que dans la mesure où les avoirs ne retombent pas dans les cercles de pouvoir des PPE.

Les ONG et Alliance sud demandent que, lors de la planification des programmes d'intérêt public, la société civile du pays d'origine soit, dans la mesure du possible, impliquée. Pour des questions de transparence, les accords de restitution doivent impérativement être publiés dans les langues officielles des parties. En outre, les fonds ne doivent être utilisés que dans des projets qui n'étaient pas encore en cours d'exécution ou étaient déjà prévus avant la signature de l'accord.

Monitoring

Le monitoring est considéré comme un élément essentiel par un grand nombre de prises de position. Certains participants à la consultation demandent que soit introduite une obligation dans la loi à ce titre ou que d'autres mécanismes de surveillance soient mis sur pied (PCS). Proposition a également été faite que le monitoring soit conduit par une instance indépendante du gouvernement. Les ONG exigent des conditions strictes ainsi que la participation de la société civile tant dans le pays d'origine qu'en Suisse. Selon Alliance sud, la restitution des avoirs au travers de organisations internationales ne doit être considérée comme possible que dans la mesure où la Suisse n'a pas les capacités propres pour l'effectuer. Dans les organisations internationales du type de la Banque mondiale, les pays en développement seraient en effet sous-représentés.

Art. 10 Frais de procédure

La PS, les vertes, les ONG et le Basel Institute on Governance demandent que les frais de procédure ne soient pas déduits des avoirs confisqués, c'est-à-dire mis à la charge de la population du pays d'origine, mais qu'il soit prévu de les mettre à la charge des intermédiaires financiers en cas de manquement à leur obligation de diligence.

Le canton de Zurich s'interroge sur la possibilité de régler la couverture des frais de procédure par l'État et les cantons, par une application par analogie de la loi fédérale sur le partage des valeurs patrimoniales confisquées (LVPC).

Art. 12 Collaboration entre autorités

Le canton de Zurich estime que la collaboration entre les cantons et les autorités fédérales devrait être plus précisément réglée.

Art. 11 Droit de recours

Le Tribunal fédéral constate que la possibilité de faire recours contre une décision de blocage pourrait lui être adressée directement. Par contre, il n'est pas nécessaire qu'une voie de recours en première instance auprès du Tribunal fédéral administratif soit prévue pour garantir le respect de l'article 29 Cst. féd.

Le canton des Grisons estime que cette disposition n'est pas suffisamment claire et que la légitimation active devrait être précisée. Les Verts, la PS et les ONG demandent l'élargissement du droit de recours aux représentants de la société civile, en cas de rejet de leur demande par le Conseil fédéral.

Art. 14 Dispositions transitoires

Le Centre Patronal demande que cette disposition soit supprimée. La loi ne devrait pas être utilisée pour légitimer une décision discutée du Conseil fédéral.