

Département fédéral des affaires
étrangères (DFAE)
Monsieur le Conseiller fédéral
Didier Burkhalter
Direction du droit international public
Palais fédéral Nord
3003 Berne

RR/tm

312

Berne, le 12 septembre 2013

Loi fédérale sur le blocage et la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite liées à des personnes politiquement exposées (LBRV)

Monsieur le Conseiller fédéral,

La Fédération Suisse des Avocats vous remercie pour votre courrier du 22 mai 2013 et pour nous avoir donné la possibilité de prendre position par rapport à la procédure de consultation susmentionnée.

Vous trouverez, ci-dessous, nos commentaires et suggestions :

I. Du cadre législatif existant

Ainsi qu'expressément souligné dans le rapport explicatif sur le blocage et la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite liées à des personnes politiquement exposées (LBRV), la Suisse dispose d'ores et déjà d'un arsenal juridique important et varié concernant la confiscation et la restitution des avoirs de potentats. Ce dispositif repose ainsi sur plusieurs instruments, tant au niveau préventif qu'au niveau répressif.

Au niveau préventif, on rappellera que la Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (LBA) joue un rôle clef en imposant aux intermédiaires financiers des obligations strictes relatives aux avoirs des personnes politiquement exposées (PEP).

Quant au niveau répressif, il est constitué de différentes lois dont le socle est constitué du Code pénal suisse (CP) et de la Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP). Le CP permet ainsi de prononcer toute mesure de blocage idoine lorsque des actes criminels ont été commis sur le territoire suisse.

Lorsqu'un tel lien n'existe pas, l'EIMP permet quant à elle également de séquestrer et de restituer des avoirs d'origine illicite, lorsqu'une requête d'entraide judiciaire est adressée à la Suisse. On reviendra ci-après sur les conditions nécessaires à l'octroi de l'entraide judiciaire, en rappelant toutefois d'ores et déjà à ce stade que l'entraide judiciaire ne peut être refusée que dans des circonstances extrêmement limitées.

Il convient en outre de rappeler que le Conseil fédéral peut, dans des situations exceptionnelles, faire appel à l'article 184 al. 3 de la Constitution fédérale (Cst) afin d'ordonner le blocage conservatoire d'avoirs contrôlés par un régime dictatorial déchu. Cette possibilité permet ainsi au Conseil fédéral de réagir immédiatement suite à la chute de potentats afin de permettre la mise en œuvre des moyens « classiques » mentionnés *supra*.

On relèvera également que la Suisse s'est également récemment dotée d'un instrument complémentaire en matière de confiscation et de restitution d'avoirs de potentats. La Loi fédérale sur la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées (LRAI) ouvre en effet la possibilité d'une confiscation et d'une restitution des avoirs de potentats lorsque le pays requérant est défaillant.

Enfin, la réglementation existante permet également de restituer les avoirs de potentats déposés en Suisse lorsque ceux-ci font l'objet de sanctions internationales, grâce à la Loi sur les embargos (LEmb).

Il est donc acquis que la Suisse est d'ores et déjà solidement dotée d'instruments juridiques en matière de confiscation et de restitution d'avoirs de potentats, faisant d'ailleurs office de pionnière en la matière ainsi que relevé par le DFAE. Il convient donc de s'intéresser aux conséquences découlant d'une éventuelle adoption du projet de loi LBRV, notamment sous l'angle de la compatibilité de ce projet avec notre ordre juridique.

II. Du projet de loi

A titre liminaire, on relèvera que le projet de loi LBRV reprend notamment pour l'essentiel la LRAI. Or, bien que la FSA considère que cette loi pose de nombreux problèmes en rapport avec le respect des principes d'un Etat de droit, il ne sera toutefois pas revenu de manière détaillée ci-après sur le contenu du projet de loi LBRV en tant qu'il reprend les principes de la LRAI – et de manière plus générale les autres dispositions légales existantes –, l'objectif de la présente contribution n'étant pas de se prononcer sur le cadre législatif existant, mais uniquement sur les nouveautés contenues dans le projet de loi LBRV.

Selon les indications figurant dans le rapport explicatif du 8 mai 2013 relatif à l'avant-projet de la LBRV, le DFAE expose que l'objectif prioritaire de la LBRV est de créer une nouvelle loi qui reprendrait l'intégralité du dispositif suisse en matière de restitution des valeurs patrimoniales de potentats d'origine illicite et de codifier une pratique ancienne bien établie. Or, en réalité, ce projet va bien plus loin, puisqu'il prévoit d'intégrer dans la LBRV des nouveautés substantielles sur lesquelles il sera revenu ci-après de manière détaillée sous lettres a et b.

a. De la transmission d'informations en dehors de l'existence d'une demande d'entraide

Selon le projet LBRV, le DFAE pourra communiquer à l'Etat d'origine toute information, y compris bancaire, qu'il détient afin de permettre à cet Etat d'adresser une demande d'entraide judiciaire à la Suisse ou de compléter une demande d'entraide à laquelle il n'avait pas été donné suite car insuffisamment étayée (article 13 projet LBRV).

Cette possibilité, pour le moins atypique et surprenante, aura donc pour conséquence que des informations soient transmises avant même que les personnes concernées n'aient pu s'opposer à cette transmission. Or, la FSA considère qu'il est essentiel de s'en tenir au droit fondamental de notre ordre juridique selon lequel tout justiciable a le droit de faire valoir ses éventuelles objections avant l'adoption du décision qui lui serait potentiellement défavorable, en l'occurrence la transmission de données confidentielles. A défaut, la protection de la sphère privée garantie par l'article 26 Cst et le droit d'être entendu consacré par l'article 29 al. 2 Cst seraient vidés de leur substance.

On relèvera en outre que l'absence de moyens de droit permettant de s'opposer à cette transmission d'informations concernera également les personnes tierces. En effet, bien que le rapport précise que l'article 7 projet LBRV n'attribue aux autorités aucune compétence en matière d'inspection ou de mesures de contrainte, le DFAE aura la possibilité de solliciter des personnes et institutions concernées des informations ou documents complémentaires « relatifs aux valeurs patrimoniales déclarées et nécessaires à l'exécution de la présente loi » (Article 7 al. 3 projet LBRV). Ainsi, le DFAE aura accès à des informations qui contiennent également des détails concernant des tiers (p.ex.: noms et adresses des ayants-droits économiques, titulaires de pouvoirs, conseillers, personnes de contact, éventuellement des adresses emails ou d'autres précisions découlant de la correspondance, etc.). La question de savoir si et dans quelle mesure de telles informations doivent faire partie de la communication à l'étranger selon l'article 13 projet LBRV est laissée ouverte, ce projet ne prévoyant aucune restriction en la matière. Les personnes tierces concernées ne disposeront d'aucune voie de droit ni d'aucune possibilité de s'opposer à la transmission d'informations les concernant dans le cadre d'une communication au sens de l'article 13 projet LBRV. La communication de telles informations sensibles concernant des personnes tierces à des « Etats défaillants » est inacceptable. En effet, une telle communication pourrait notamment avoir pour conséquence que des procédures pénales soient ouvertes localement contre ces personnes, nonobstant l'existence d'une confirmation écrite selon l'article 13 alinéa 2 projet LBRV à laquelle on ne saurait se confier s'agissant précisément d'« Etats défaillants ».

La FSA sollicite donc que l'article 13 du projet LBRV soit abandonnée pour ces raisons déjà.

Par ailleurs, l'adoption de cet article aurait également pour conséquence de balayer les principes les plus élémentaires applicables dans le domaine de l'entraide judiciaire. En effet, il sera rappelé que le principe de la proportionnalité impose que la coopération internationale soit refusée lorsque les actes requis apparaissent comme le prétexte à une recherche indéterminée de moyens de preuve : on parle dans un tel cas de « *fishing expedition* » qui est strictement prohibée conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral¹.

Or, le fait de transmettre à certains Etats des informations en l'absence même de demande d'entraide judiciaire reviendrait à aller plus loin encore que de réserver une suite favorable à une *fishing expedition*. Ainsi, alors que les pays considérés comme « non défaillants » demeureront assujettis au principe cardinal visant à ne pas octroyer l'entraide en cas de *fishing expedition*, les Etats considérés comme « défaillants » obtiendront des informations qu'ils n'auraient jamais pu obtenir par le biais d'une *fishing expedition*. Cette inégalité de traitement n'est guère concevable et nécessiterait donc que le cadre législatif de l'entraide judiciaire soit lui aussi modifié pour permettre à chaque pays requérant de bénéficier de cette possibilité. Une telle option n'est décemment pas envisageable. Outre le fait qu'elle engendrerait une perte de contrôle totale des informations qui seraient dès lors systématiquement transmises du propre chef de la Suisse, elle engendrerait une insécurité juridique totale et catastrophique.

On relèvera en outre qu'il est surprenant que le projet de loi prévoit qu'une telle communication ne pourrait avoir lieu qu'en cas de garantie obtenue préalablement de l'Etat défaillant que les informations soient utilisées exclusivement dans le but d'adresser ou d'étayer une demande d'entraide judiciaire. En effet, on ne saurait se fier aux engagements pris par de tels pays, puisqu'il s'agit précisément d'Etats défaillants ne présentant aucune garantie.

On soulignera en outre que la pratique adoptée jusqu'à ce jour par la Suisse en matière de mesures de soutien aux Etats défaillants est manifestement suffisante pour parvenir à l'objectif visé. Ainsi, les autorités suisses proposent aujourd'hui leur assistance à différents niveaux en faveur de pays dont la Suisse estime qu'ils sont incapables de remplir les conditions nécessaires à l'octroi de l'entraide judiciaire. Or, si d'aucuns peuvent remettre en cause l'opportunité d'entreprendre de telles démarches – la Suisse n'étant pas le garant de l'ordre juridique mondial –, celles-ci sont manifestement de nature à atteindre le but visé. En effet, elles permettent aux Etats d'origine de comprendre quelles conditions doivent être remplies afin d'obtenir la coopération internationale au moyen des informations dont ils disposent, afin de se retrouver dans une position similaire à n'importe quel autre Etat sollicitant l'octroi de l'entraide judiciaire. En revanche, il serait choquant et aberrant d'adopter un mécanisme permettant aux pays défaillants de se retrouver dans une meilleure position que n'importe quel autre Etat requérant. Il s'agit pourtant bien là de l'effet pervers du mécanisme prévu par l'article 13 LBRV.

¹ Cf notamment ATF 121 II 241, cons. 3a ; ATF 120 Ib 251, cons. 5c

Cette conclusion s'impose d'autant plus qu'il convient de rappeler que, conformément à la jurisprudence, le principe de la proportionnalité applicable en matière d'entraide commande qu'une mesure étatique restrictive soit apte à produire les résultats escomptés, que ceux-ci ne puissent être atteints par une mesure moins incisive et qu'il exige un rapport raisonnable entre le but visé et les intérêts publics et privés compromis². Or, il ne fait aucun doute que les intérêts privés en présence seraient gravement compromis dans le cas d'une transmission d'information en l'absence même de l'existence d'une demande d'entraide. On gardera à cet égard à l'esprit que les situations dans lesquels l'article 13 LBRV pourrait avoir vocation à s'appliquer ne concernera pas seulement les dictateurs déchus eux-mêmes mais également des personnes qui pourraient être visées en tant que « proches » de ceux-ci sans qu'une telle relation puisse aisément être démontrée, à l'instar d'hommes d'affaires qui peuvent avoir fait fortune d'une manière parfaitement légale en dépit d'allégations de collusion et de corruption – infondées – avec le régime déchu.

On relèvera également, la possibilité ouverte par l'article 13 du projet LBRV aura sans aucun doute pour conséquence de pousser les pays concernés à préconiser en amont une passivité et inactivité sur le plan de la coopération judiciaire classique. En effet, ces pays aura tout intérêt à prétendre qu'ils sont dans l'incapacité de répondre aux critères posés par l'EIMP afin d'obtenir préalablement les informations qui leur permettront de formellement déposer une demande d'entraide judiciaire avec l'aide de la Suisse, voire d'utiliser ces informations à d'autres fins nonobstant les garanties qui pourraient avoir été émises à cet effet.

Enfin, si le DFAE, dans son rapport explicatif, se targue du rôle de « précurseur » et du « rôle moteur » que la Suisse a endossé et continue d'endosser en matière de confiscation et de restitution d'avoirs de personnes proches d'un régime autoritaire déchu, il convient toutefois de garder à l'esprit que le rôle de la Suisse n'est pas celui d'un procureur mondial et qu'il n'est certainement pas opportun, y compris d'un point de vue politique, de se mêler de trop près aux affaires d'un Etat étranger.

Ainsi, en proposant d'ouvrir la possibilité d'une transmission d'informations en l'absence de procédure d'entraide, le projet de loi met à mal le principe de proportionnalité applicable en matière d'entraide judiciaire qui prohibe notamment la coopération internationale en présence d'une *fishing expedition*. Le projet de la loi LBRV va ici trop loin. La Suisse, en sa qualité d'Etat de droit, se doit de respecter les principes fondamentaux applicables à l'entraide judiciaire. Choisir une autre voie desservira assurément les intérêts de la Suisse.

b. De la confiscation et de la restitution des avoirs en cas d'absence de garanties procédurales en matière de droits de l'homme dans le pays concerné

La seconde nouveauté substantielle introduite par le projet LBRV est celle permettant le blocage et la restitution de fonds même lorsque l'entraide judiciaire ne peut aboutir en raison du fait qu'il n'existe pas de garanties suffisantes que les standards relatifs aux droits de

² Cf notamment article 36 al. 3 Cst ; ATF 133 I 77, cons. 4.1

l'homme sont effectivement respectés dans le pays requérant. Or, le maintien d'une telle réserve – déjà de nature très limitée dont il n'est fait application que dans des situations d'absence de garanties procédurales avérées³ – est absolument indispensable. Elle évite que la Suisse cautionne des procédures pénales qui ne garantissent pas aux personnes poursuivies les garanties minimales d'un Etat de droit. Ce principe cardinal applicable en matière d'entraide judiciaire dans tout Etat de droit ne saurait en aucun cas être écarté sans mettre à mal les principes mêmes d'un tel Etat. Il est à ce titre surprenant de constater que le DFAE semble pourtant s'en plaindre dans son rapport explicatif.

Cette réserve n'étant appliquée que dans des conditions très restrictives, son application prouve donc que la personne visée fait l'objet de procédures arbitraires avec un arrière-plan politique qui ne respectent pas les standards des droits de l'homme établis notamment par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) et le Pacte internationale relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II). Or, lorsque l'entraide est refusée en raison de cette réserve, il serait choquant de mettre à la charge de la personne visée la preuve de l'origine licite de ses avoirs, cette personne ayant déjà apporté la preuve de l'existence d'une procédure arbitraire à son égard.

En tout état, ce renversement du fardeau de la preuve pose problème vis-à-vis des engagements conventionnels de la Suisse, notamment de l'article 6 par. 2 CEDH, ce sujet ayant d'ailleurs été abordé par le DFAE dans son rapport explicatif. En effet, la FSA considère qu'une confiscation et la restitution d'avoirs basées sur l'article 4 al. 2 du projet LBRV est de nature à revêtir un caractère pénal au sens de l'article 6 par. 2 CEDH. On en veut d'ailleurs pour preuve que la condition prévue par l'article 3 al. 1 let. c LBRV contient un tel caractère puisque seuls peuvent être visés les personnes politiquement exposées ou les proches de celles-ci « *dont on peut supposer qu'ils se seront coupables de les avoir obtenus par le biais d'actes de corruption, de détournements de fonds ou d'autres crimes* ». Or, lorsqu'une telle qualification est donnée, la Cour européenne des droits de l'homme, ainsi que rappelé par le DFAE à juste titre dans son rapport explicatif, n'admet des présomptions que dans des limites raisonnables, en prenant compte de la gravité de l'enjeu, des droits de la défense et du principe de la proportionnalité. La FSA considère que ces conditions ne sont pas respectées dans le cas d'espèce.

En effet, on soulignera tout d'abord que les conséquences de cette présomption sont substantielles, puisque les avoirs de la personne visée sont non seulement confisqués mais que celle-ci perdra tout pouvoir de disposition si elle n'est pas en mesure de renverser cette présomption, les avoirs étant alors restitués conformément au mécanisme prévu par le projet de loi. Il s'agit donc là d'une violation grave de la garantie de la propriété consacrée par l'article 26 Cst.

Par ailleurs, ce renversement du fardeau de la preuve est d'autant moins admissible que les conditions dans lesquelles il pourra intervenir ne sont pas définies clairement. En effet, l'expression « *dont on peut supposer* » figurant dans la condition rappelée *supra* est pour le moins vague, indéterminée et laisse une latitude conséquente au Conseil fédéral.

³ Cf notamment ATF 123 II 161

On rappellera également que cette présomption s'appliquera alors même que la personne visée a prouvé que les procédures dont elle fait l'objet dans l'Etat d'origine sont motivées par les motifs politiques ainsi que souligné *supra*.

Enfin, on soulignera qu'il peut souvent être très difficile et laborieux pour la personne visée de prouver de manière complète et satisfaisante l'origine licite de ses avoirs. Ainsi, la personne concernée peut notamment être confrontée à des difficultés d'accès aux moyens de preuve nécessaires à cette démonstration dans son pays d'origine lorsqu'elle fait l'objet de procédures arbitraires dans celui-ci. Des difficultés peuvent également découler de l'absence de contacts entre la personne concernée et ses conseils, lorsqu'elle est incarcérée – de manière arbitraire – dans son pays d'origine. Lorsque tel est le cas, le mécanisme de l'article 15 du projet LBRV aura pour conséquence de violer le principe de la présomption d'innocence, puisque la personne sera présumée coupable à défaut d'avoir pu apporter la preuve de l'origine licite des fonds pour des facteurs indépendants de sa volonté.

Ainsi, nous considérons que la présomption d'illicéité des avoirs lorsque la procédure d'entraide judiciaire n'a pas pu aboutir en raison de l'absence de garanties procédurales en matière de droits de l'homme dans le pays d'origine ne respecte pas les conditions posées par la Cour européenne des droits de l'homme. Cette nouveauté devra dès lors être abandonnée.

III. CONCLUSIONS

D'aucuns peuvent saluer les objectifs poursuivis par le projet de loi LBRV, notamment ceux découlant des nouveautés instaurées par ce projet de loi qui permettent la transmission d'informations en l'absence de demande d'entraide ou la confiscation et la restitution d'avoirs dans le cas où une procédure d'entraide n'a pu aboutir en raison de l'absence de garantie que la personne visée soit jugée en respect des principes fondamentaux. Il convient toutefois de garder à l'esprit que la Suisse marche ici « sur des œufs », ces nouveaux mécanismes devant permettre de se substituer et, partant, de s'ingérer dans des affaires externes sans respecter les principes fondamentaux établis par notre ordre juridique en matière de coopération internationale. Une telle prise de risque pourrait fort bien se retourner contre la Suisse et avoir pour conséquence de porter atteinte aux intérêts de la Suisse. Il est en effet patent la réputation de la Suisse en matière de protection des intérêts privés serait sensiblement écornée.

L'objectif visé par le DFAE est certes louable, la Suisse ne devant pas être considérée comme une place financière refuge pour les avoirs des potentats. L'ordre juridique existant permet toutefois manifestement d'atteindre ce but tout en préservant la sauvegarde d'autres intérêts supérieurs de la Suisse. Il est en effet impensable que la Suisse fasse le sacrifice des droits et principes fondamentaux reconnus par la Constitution et par le cadre légal existant, à savoir notamment la séparation des pouvoirs, la garantie du droit d'être entendu, de la présomption d'innocence, de la protection de la sphère privée, de la propriété ainsi que l'interdiction pour la Suisse de cautionner des procédures pénales qui ne garantissent pas

aux personnes poursuivies les garanties minimales d'un Etat de droit et l'interdiction d'octroyer la coopération internationale en présence de *fishing expedition*.

Par ailleurs, l'adoption de cette loi aurait pour conséquence que de multiples personnes provenant de pays considérés comme « sensibles » et ne présentant pas toutes les garanties d'un Etat démocratique ne feront plus appel à la place financière suisse, quand bien même elles auraient bâti leur fortune de manière parfaitement légale. En effet, le simple risque qu'elles puissent faire l'objet – à tort – des mécanismes prévus par le projet LBRV pourrait les en dissuader.

A cet égard, il convient également de garder à l'esprit que la Suisse, en adoptant la LBRV, se doterait certes d'un instrument innovant permettant notamment de transmettre des informations en l'absence de toute demande d'entraide judiciaire, mais qu'il n'existe aucune garantie que d'autres pays la suive sur cette voie. On en veut pour preuve que les comparaisons faites par le DFAE dans son rapport explicatif sont on ne peut plus éloquentes. Ainsi, s'il n'est pas contesté que d'autres pays se dotent d'instruments en matière d'*asset recovery*, aucun ne va aussi loin que la Suisse. A titre d'exemple, on relèvera que le Canada, qui mérite « *une mention spéciale* » selon le DFAE, a certes adopté une loi qui permet de bloquer les avoirs de PEP à titre conservatoire, mais que cette même loi exige que l'Etat concerné lui adresse ensuite une demande pour obtenir le blocage de valeurs patrimoniales déterminées et rendre vraisemblable que les PEP se sont appropriés ces fonds de façon illicite.

Bloquer des avoirs à titre conservatoire et solliciter de l'Etat concerné qu'il rende vraisemblable l'origine illicite des fonds est une chose, transmettre des informations en l'absence de toute demande d'entraide, confisquer, restituer des avoirs et mettre à la charge de la personne visée la preuve que ces avoirs sont d'origine licite alors même que cette personne a démontré qu'elle faisait l'objet de procédures arbitraires dans son pays en est une autre. Il y a fort à parier que la Suisse fera dès lors cavalier seul en la matière.

Mettre ce qui relève aujourd'hui du droit d'exception selon l'art. 184 al. 3 Cst au niveau d'une loi reviendrait à banaliser l'intervention du pouvoir politique dans des domaines qui relèvent intrinsèquement de la compétence judiciaire. La FSA ne saurait dès lors souscrire à une telle évolution.

Au vu de ce qui précède, nous pensons donc que le projet de loi LBRV ne doit pas être adopté, ce projet desservant les intérêts de la Suisse, contrairement à l'objectif poursuivi.

La FSA vous remercie de prendre en compte ses observations et vous prie d'agréer, Monsieur le Conseiller fédéral, l'expression de sa considération distinguée.

Président FSA

Pierre-Dominique Schupp

Secrétaire générale FSA

René Rall