

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

Rapport explicatif relatif à l'avant-projet

Etat au 8 mai 2013

DFAE - Direction du droit international public

3003 Berne

Table des matières

1 Présentation de l'objet	3
1.1 Contexte	3
1.2 Le dispositif suisse visant à empêcher le dépôt en Suisse et à restituer les avoirs de potentats	5
1. Prévention de la corruption	5
2. Identification de la partie contractante et de l'origine des fonds	5
3. Communication et blocage	6
4. Entraide judiciaire	6
5. Restitution de valeurs patrimoniales	6
1.3 La Suisse et le Printemps arabe	6
1.4 Mandat du Conseil fédéral visant la création d'une nouvelle base légale	8
1.5 Interventions parlementaires	10
1.6 Droit comparé	12
1.6.1 UE	12
1.6.2 Etats membres de l'UE	13
1.6.3 Etats-Unis	14
1.6.4 Autres places financières importantes	14
1.6.5 Conclusion	16
1.7 Objet de la nouvelle base légale	16
2 Commentaire des dispositions de l'avant-projet	19
2.1 Structure et contenu de l'avant-projet de loi	19
2.2 Commentaire détaillé des dispositions de la loi	19
2.2.1 Section 1 Dispositions générales	19
2.2.2 Section 2 Blocage de valeurs patrimoniales	23
2.2.3 Section 3 Mesures de soutien	37
2.2.4 Section 4 Confiscation de valeurs patrimoniales	43
2.2.5 Section 5 Restitution de valeurs patrimoniales	48
2.2.6 Section 6 Protection juridique	51
2.2.7 Section 7 Collaboration entre les autorités	53
2.2.8 Section 8 Traitement des données personnelles	54
2.2.9 Section 9 Dispositions pénales	54
2.2.10 Section 10 Dispositions finales	56
3 Conséquences	58
3.1 Conséquences pour la Confédération et les cantons	58
3.2 Conséquences sur l'économie	59
4 Relations avec le programme de la législature et les stratégies nationales du Conseil fédéral	59
4.1 Relation avec le programme de la législature	60
4.2 Relation avec les stratégies nationales du Conseil fédéral	60
5 Aspects juridiques	60
5.1 Constitutionnalité et légalité	60

5.2	Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse	62
5.2.1	Convention européenne des droits de l'homme	62
5.2.2	Convention des Nations Unies contre la corruption (CNUCC)	63
5.2.3	Relation avec le droit européen	64
5.3	Forme de l'acte à adopter	64
5.4	Frein aux dépenses	64
5.5	Délégation de compétences législatives	64

1 Présentation de l'objet

1.1 Contexte

La question des avoirs de potentats acquiert depuis une vingtaine d'années une notoriété internationale croissante. Ce terme désigne le fait, pour des personnes politiquement exposées et pour leurs proches, de s'enrichir illicitement en s'appropriant des valeurs patrimoniales par des actes de corruption ou autres crimes et en les détournant vers des places financières étrangères. Les avoirs en question sont généralement des fonds publics qui devraient servir à améliorer les conditions de vie de la population dans l'Etat d'origine. Des études menées à l'échelle mondiale ont démontré l'énorme enjeu que ce genre de pratiques représente pour les pays émergents et en développement. D'après les estimations de la Banque mondiale, les fonds détournés dans les pays en développement par la corruption de fonctionnaires atteignent chaque année entre 20 et 40 milliards de dollars américains. Cette somme correspond à 20 à 40 % de l'aide allouée à travers le monde au titre de la coopération au développement.

C'est en 1986, lors de la chute du dictateur philippin Ferdinand Marcos, que la Suisse a été confrontée pour la première fois au problème des avoirs de potentats. A l'époque, le Conseil fédéral avait réagi en quelques heures, sur la base des prérogatives que lui confère la Constitution, en ordonnant de geler à titre conservatoire tous les avoirs du régime Marcos confiés à des intermédiaires financiers suisses. Suite à la procédure pénale engagée, environ 685 millions de dollars américains de fonds gelés ont été restitués aux Philippines. La restitution de fonds publics étrangers d'origine illicite porte aussi le nom d'Asset Recovery.

La problématique des avoirs de potentats et de leur restitution aux Etats d'origine revêt une grande importance pour la Suisse, et ce pour plusieurs raisons. En tant qu'Etat donateur engagé dans la coopération internationale au développement, la Suisse tient à ce que l'attribution de l'aide financière respecte les principes de la transparence et de la bonne gouvernance et que tout soit mis en œuvre pour garantir, dans la mesure du possible, l'absence d'abus. Par ailleurs, la politique étrangère suisse s'engage depuis des années dans le renforcement de l'état de droit et soutient la lutte contre la corruption et l'impunité. Enfin, la réputation et l'intégrité sont plus que jamais des facteurs clés dans la concurrence mondiale que se livrent les places financières. Notre pays n'a aucun intérêt à voir sa place financière utilisée abusivement pour dissimuler des fonds qui auraient dû être investis dans des programmes et projets nationaux de l'Etat d'origine devant profiter à sa population.

Aussi, depuis l'affaire Marcos, la Suisse s'intéresse de près aux questions de restitution des avoirs de potentats. Elle a élaboré à cette fin un dispositif reposant sur deux

pilliers : la prévention et la répression. La prévention a été renforcée progressivement, en collaboration avec le secteur bancaire. La loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (LBA)¹ constitue l'un des instruments les plus importants mis en place à cet effet. Le second pilier s'appuie sur le Code pénal (CP)² et sur la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP)³, laquelle permet la collaboration avec d'autres Etats en vue de la saisie et de la restitution de valeurs patrimoniales qui ont été obtenues par des actes punissables. Le Conseil fédéral a rappelé à plusieurs reprises que la Suisse doit, dans l'intérêt de sa réputation, être en mesure de restituer aux Etats d'origine de manière aussi rapide et transparente que possible les valeurs patrimoniales d'origine criminelle déposées en Suisse.

Globalement, le système des deux piliers – prévention et répression – s'est avéré efficace. Au cours des quinze dernières années, la Suisse a pu restituer environ 1,7 milliard de francs. La Banque mondiale évalue entre 4 et 5 milliards de dollars américains le montant des fonds restitués à l'échelle mondiale pendant cette période. A noter que d'après les estimations, la Suisse se classe septième au classement des places financières internationales de grande envergure. Par son engagement comme par les résultats obtenus, notre pays s'est forgé dans ce domaine un rôle moteur mondialement reconnu.

Les avoirs spoliés doivent être restitués en toute transparence et investis dans des programmes et projets qui profitent à la population. Outre l'importance que ce processus revêt pour le développement économique de l'Etat d'origine, c'est aussi le combat pour la justice et le respect des principes de l'état de droit qui sont en jeu. Les personnes politiquement exposées qui ont abusé de leur pouvoir doivent assumer la responsabilité de leurs actes. Ceci correspond à l'engagement général de la Suisse en matière de lutte contre l'impunité. Une situation dans laquelle la clarification juridique de l'origine des valeurs patrimoniales bloquées est paralysée pendant des années en raison des conditions régnant dans l'Etat d'origine, empêchant par là la restitution des fonds, n'est pas dans l'intérêt de la Suisse. De plus, les affaires d'avoirs de potentats sont souvent relayées des années durant dans la presse internationale. Les cas d'avoirs de potentats représentent ainsi un problème pour la réputation de l'Etat récipiendaire.

La problématique du blocage et de la restitution des avoirs de potentats a pris une importance significative avec les événements du Printemps arabe. Les pays affectés par un changement de régime, en particulier la Tunisie et l'Egypte, se sont très vite tournés vers les Etats dotés d'une importante place financière. Ils soupçonnent les présidents déchus Ben Ali et Moubarak d'avoir détourné à grande échelle des fonds publics et d'autres valeurs patrimoniales et demandent le soutien des Etats dotés de centres financiers importants afin de clarifier leurs griefs sur le plan du droit pénal. Le Conseil fédéral a immédiatement réagi, début 2011, aux transitions politiques engagées en Afrique du Nord et a bloqué les fonds déposés en Suisse par les présidents déchus Ben Ali et Moubarak, en vertu des prérogatives que lui confère la Constitution fédérale. D'autres pays, à commencer par les Etats membres de l'UE, lui ont emboîté le pas quelques jours plus tard. Deux ans après le début des mutations politiques en Afrique du Nord, il est de plus en plus évident que la question de

1 RS 955.0

2 RS 311.0

3 RS 351.1

la restitution des fonds spoliés est appelée à jouer un rôle clé dans la forme que prendront les relations bilatérales entre les pays européens et les Etats d’Afrique du Nord. On observe aussi une tendance croissante à déléguer aux places financières et aux pays récipiendaires la responsabilité de régler ces restitutions. Cette évolution est non seulement susceptible d’affecter les relations bilatérales entre l’Etat d’origine et l’Etat récipiendaire mais peut aussi peser sur l’indépendance nécessaire au travail des autorités judiciaires d’enquête. En outre, le Conseil fédéral constate que les Etats dotés de places financières importantes (comme la Grande-Bretagne ou les Etats-Unis) mais aussi les grands sommets de coopération internationale (comme le G8 ou l’UE) accordent aujourd’hui une importance croissante à la restitution des avoirs d’origine illicite. Les événements du Printemps arabe ont engendré dans ce domaine une dynamique tangible. Il y a de fortes chances que cette évolution ait des répercussions sur les normes et pratiques internationales en matière de restitution de fonds spoliés.

1.2 Le dispositif suisse visant à empêcher le dépôt en Suisse et à restituer les avoirs de potentats

La Suisse a adopté un dispositif efficace et mondialement reconnu pour lutter contre la criminalité financière transnationale. Elle a un intérêt fondamental à empêcher que des fonds d’origine criminelle se retrouvent sur la place financière helvétique. Cela ne l’empêche pas d’être elle aussi confrontée à des cas où des personnes politiquement exposées placent en Suisse des valeurs patrimoniales d’origine criminelle. Depuis vingt ans, la politique suisse en matière de lutte contre la criminalité commise par des personnes politiquement exposées ne cesse de se développer et de s’améliorer. Aujourd’hui, elle forme un système cohérent qui repose sur les deux piliers de la prévention et de la répression. Ce système intègre les cinq composantes suivantes :

1. Prévention de la corruption

La lutte contre la corruption dans les Etats avec lesquels la Suisse coopère occupe une place importante dans la politique extérieure et la politique de développement suisses. Des mesures concrètes sont mises en place, par ex. dans le cadre de programmes de bonne gouvernance. Tous les traités de coopération contiennent une clause de lutte contre la corruption.

2. Identification de la partie contractante et de l’origine des fonds

La législation suisse sur le blanchiment d’argent vise à empêcher que des fonds potentiellement issus d’actes criminels ne se retrouvent sur la place financière helvétique. Les règles strictes de la législation sur le blanchiment d’argent obligent les banques suisses et tous les autres prestataires de services financiers non seulement à identifier les parties au contrat, mais également à déterminer les ayants droit économiques (« *Know Your Customer* »). La législation suisse sur le blanchiment d’argent instaure des obligations de clarification supplémentaires dans les relations avec des personnes politiquement exposées. Les banques suisses se sont imposées dès 1977 déjà des obligations de diligence très strictes.

3. Communication et blocage

Les banques et les autres intermédiaires financiers sont tenus d'informer le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS) lorsqu'ils ont le soupçon fondé que des valeurs patrimoniales proviennent d'actes criminels. Dans ce cas, l'intermédiaire financier doit immédiatement bloquer les comptes concernés pendant cinq jours, afin de permettre au MROS d'examiner l'affaire et d'empêcher la disparition des fonds. Le secret bancaire suisse ne protège pas contre la poursuite des infractions pénales, aussi bien au niveau national que dans le cadre de l'entraide judiciaire. Des mesures complémentaires permettent d'éviter que les valeurs patrimoniales puissent être soustraites avant le dépôt par les autorités étrangères d'une demande formelle d'entraide judiciaire.

Le Groupe d'action financière GAFI (Financial Action Task Force FATF) a procédé entre 2009 et 2012 à un réexamen de ses recommandations en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. La Suisse a approuvé en février 2012 les 40 recommandations révisées du GAFI. Leur mise en œuvre dans le droit suisse est en cours. Il est notamment prévu d'accorder dorénavant au MROS davantage de temps pour ses contrôles, de manière à accroître l'efficacité du dispositif de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.

4. Entraide judiciaire

Lorsqu'un Etat dépose une demande d'entraide judiciaire qui répond aux exigences de la loi sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP), la Suisse lui fournit des informations sur les comptes suspects qui peuvent être utilisés comme moyens de preuve dans les procédures pénales et judiciaires. La restitution de valeurs patrimoniales à l'Etat d'origine présuppose en principe que leur provenance illégale a été établie lors d'une procédure judiciaire.

5. Restitution de valeurs patrimoniales

La Suisse recherche avec les Etats concernés les moyens de restituer les avoirs à leurs propriétaires légitimes. Son souci est d'éviter qu'après leur restitution, ces fonds ne repartent dans le circuit des flux financiers criminels. Si l'origine criminelle des fonds est manifeste, la Suisse a même la possibilité de les restituer sans attendre une décision de confiscation entrée en force et exécutable de la part de l'Etat concerné, comme ce fut le cas pour l'ancien président nigérien Sani Abacha. En se fondant sur la législation en vigueur, la Suisse a pu restituer ces vingt dernières années environ 1,7 milliard de francs aux Etats d'origine.

1.3 La Suisse et le Printemps arabe

Les bouleversements politiques survenus en Tunisie et en Egypte ont amené le Conseil fédéral, début 2011, à bloquer avec effet immédiat les valeurs patrimoniales déposées en Suisse par des personnes politiquement exposées originaires de ces pays ou par leurs proches. Il a fait usage à cet effet des prérogatives que lui confère la Constitution. L'art. 184, al. 3, de la Constitution fédérale suisse (Cst.)⁴ prévoit que le Conseil fédéral peut adopter les ordonnances et prendre les décisions nécessaires

⁴ RS 101

lorsque l'exige la sauvegarde des intérêts du pays dans ses relations avec l'étranger. En ordonnant le blocage immédiat des fonds, le Conseil fédéral a souligné l'engagement de la Suisse en faveur de la bonne gouvernance et de la lutte contre la corruption et l'impunité. Le blocage était par ailleurs primordial pour protéger la réputation et l'intégrité de la place financière helvétique, autre intérêt vital de la Suisse.

Le blocage d'avoirs permet au Conseil fédéral de soutenir les autorités judiciaires des pays concernés, qui peuvent ainsi ouvrir une procédure pénale et adresser à ce titre une demande d'entraide judiciaire à la Suisse.

Le Conseil fédéral s'était du reste appuyé sur une disposition similaire de l'ancienne Constitution fédérale lors du blocage des fonds Marcos en 1986 ainsi qu'en 1997 dans le cas des fonds Mobutu. Le blocage des valeurs patrimoniales de personnes proches des présidents destitués Ben Ali en Tunisie et Moubarak en Egypte est intervenu sous la forme d'une ordonnance du Conseil fédéral. Une autre ordonnance de blocage adoptée par le Conseil fédéral en février 2011 visait les avoirs du dictateur libyen destitué Kadhafi. Elle fut remplacée peu après par la reprise des sanctions prononcées par l'ONU.

Les premières demandes d'entraide judiciaire en provenance de Tunisie et d'Egypte ont été déposées auprès des autorités suisses très peu de temps après que le blocage des fonds a été ordonné. Certaines de ces demandes ont d'ores et déjà pu être exécutées. En parallèle, le Ministère public de la Confédération a ouvert ses propres enquêtes en Suisse. Il enquête dans le cas de la Tunisie comme dans celui de l'Egypte sur des soupçons de blanchiment d'argent et de soutien ou participation à une organisation criminelle. Dans le cadre de ces procédures, le Ministère public a également demandé l'entraide judiciaire des pays concernés et l'a en partie déjà obtenue.

A ce jour, les sommes bloquées en Suisse représentent quelque 60 millions de francs dans le cas de la Tunisie et quelque 700 millions de dollars américains (au cours du change en vigueur début mai 2011) dans le cas de l'Egypte. Ces chiffres correspondent aux sommes bloquées sur la base des ordonnances édictées par le Conseil fédéral, des procédures pénales engagées en Suisse et des procédures d'entraide judiciaire. En ce qui concerne la Libye, quelque 100 millions de francs sont bloqués dans le cadre de la reprise des sanctions de l'ONU par la Suisse.

Les expériences faites par la Suisse en matière de restitution des valeurs patrimoniales d'origine criminelle montrent que la mise en place de relations d'entraide judiciaire fiables et d'un partenariat solide avec l'Etat requérant est une condition indispensable à la réussite de la restitution. Compte tenu de la complexité des questions touchant à la criminalité financière et économique, la Suisse a en outre proposé aux Etats concernés une aide ciblée, par exemple sous forme de rencontres d'experts, d'ateliers internationaux dans la continuité des Séminaires de Lausanne⁵ ou de détachements d'experts en criminalité financière. Ces mesures ont permis d'accomplir des progrès notables, tels que l'exécution des premières demandes d'entraide judiciaire. Il demeure néanmoins encore d'importants défis. Les pays en phase postrévolutionnaire se trouvent dans une situation souvent difficile et confuse.

⁵ Depuis 2011, le Département fédéral des affaires étrangères DFAE organise à intervalles réguliers à Lausanne des séminaires internationaux d'experts sur le thème de la restitution des avoirs de potentats spoliés (Asset Recovery).

Cela se répercute également sur l'activité de la justice et des institutions publiques en général. Une telle situation peut considérablement entraver les efforts de la justice pour diligenter ses enquêtes. En application des dispositions pertinentes de l'EIMP, l'exécution des demandes d'entraide judiciaire exige en outre que les procédures de l'Etat d'origine respectent les standards des droits de l'homme établis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)⁶, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II)⁷, ainsi que d'autres garanties minimales reconnues par le droit international.

La Suisse n'est pas le seul pays confronté aux défis décrits ci-dessus. D'autres pays qui ont reçu une demande d'entraide judiciaire de la Tunisie, de l'Egypte ou d'autres pays du Printemps arabe sont également concernés car leurs places financières sont soupçonnées d'abriter des avoirs d'origine criminelle provenant des pays en question. A cela viennent s'ajouter les attentes énormes de la population des pays d'origine quant au montant des fonds à restituer et aux délais nécessaires pour résoudre les différents cas. C'est pourquoi il est essentiel dans les contacts avec les Etat d'origine de communiquer des perspectives réalistes sur l'ampleur et la durée des procédures.

Jusqu'à présent, les possibilités de solutions développées par la Suisse ont suscité un grand intérêt. Le rôle moteur qu'elle a endossé dans le domaine du blocage et de la restitution des avoirs de potentats est mondialement reconnu et lui assure la bienveillance de ses partenaires étrangers. Ceci est illustré par la volonté nettement plus marquée, depuis deux ans, d'associer la Suisse à des forums organisés sur la question, en marge de l'UE, du G8, etc.

1.4 Mandat du Conseil fédéral visant la création d'une nouvelle base légale

Les blocages des avoirs prononcés à l'encontre des présidents déchus Ben Ali et Moubarak ainsi que leur entourage se fondent sur l'art. 184, al. 3 de la Constitution fédérale (Cst.). Pour des raisons relatives au respect de l'état de droit, le recours à cette disposition doit rester exceptionnel. Après l'affaire Marcos en 1986, et jusqu'au début du Printemps arabe, le Conseil fédéral n'avait fait usage qu'une seule fois de l'art. 184, al. 3, Cst. pour bloquer des valeurs patrimoniales étrangères à titre conservatoire. Il s'agissait du blocage des avoirs du président déchu de la République démocratique du Congo Mobutu en 1997.

Au cours des bouleversements historiques engendrés par le Printemps arabe, le Conseil fédéral a invoqué l'art. 184, al. 3, Cst. à quatre reprises en l'espace de quelques semaines. Le premier blocage, prononcé le 19 janvier 2011, portait sur les valeurs patrimoniales du dictateur tunisien déchu Ben Ali et de ses proches. Le blocage des valeurs patrimoniales de l'ex-président Moubarak et de ses proches a suivi le 11 février 2011. Enfin, le blocage des valeurs patrimoniales du dictateur libyen déchu Kadhafi et de ses proches est intervenu le 21 février 2011. Dans le cas de la Libye, le blocage a été remplacé le 30 mars 2011 par des mesures adoptées en vertu de la loi fédérale sur l'application de sanctions internationales (loi sur les embargos, LEmb)⁸. Le Conseil fédéral a alors repris les sanctions prononcées par

⁶ RS 0.101

⁷ RS 0.103.2

⁸ RS 946.231

l'ONU à l'encontre de Kadhafi et de ses proches, y compris le blocage complet des avoirs.

Le Conseil fédéral s'est également appuyé sur l'art. 184, al. 3, Cst. pour bloquer les valeurs patrimoniales du président ivoirien Laurent Gbagbo et de ses proches, le 19 janvier 2011. Cette décision a été prise dans le contexte des troubles survenus en Côte d'Ivoire début 2011, alors que le président Gbagbo refusait de quitter le pouvoir bien qu'il eut été désavoué par les urnes. Par la suite, les autorités ivoiriennes ont adressé plusieurs demandes d'entraide judiciaire à la Suisse.

En mars 2011, le Conseil fédéral a chargé un groupe de travail interdépartemental d'examiner les ordonnances de blocage adoptées début 2011 et les mesures qui y figurent et de lui soumettre ensuite un rapport à ce sujet. Sur la base de ce rapport et des recommandations qui y sont énoncées, le Conseil fédéral a confié au DFAE le 11 mai 2011 le mandat d'élaborer une base légale formelle permettant le blocage à titre conservatoire des avoirs de personnes politiquement exposées. Le groupe de travail interdépartemental, qui avait déjà préparé le rapport à l'intention du Conseil fédéral, s'est attelé à l'élaboration du projet législatif en été 2011.

Lors de la mise en œuvre du mandat du Conseil fédéral, la question s'est posée de savoir sous quelle forme et dans quel cadre les nouvelles dispositions légales doivent être édictées. Différentes solutions sont envisageables :

Les nouvelles dispositions visant le blocage à titre conservatoire de valeurs patrimoniales peuvent être intégrées dans un texte législatif déjà existant. Dans le cas présent, cette solution est néanmoins exclue car il n'existe aucune loi fédérale qui, de par son objet, pourrait entrer en ligne de compte. Pour cette raison, l'idée d'intégrer de nouvelles dispositions dans la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP) a en particulier été abandonnée. Le blocage à titre conservatoire doit être considéré comme la phase préliminaire de l'entraide judiciaire et doit dès lors être distinct de cette dernière, sur le plan systémique comme sur le plan de la durée. Contrairement à l'EIMP, son objectif est d'abord motivé par des considérations de politique étrangère. C'est pourquoi il doit être réglementé séparément de l'EIMP, sans affecter les dispositions de celle-ci.

La loi fédérale sur la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées (LRAI, parfois aussi appelée *Lex Duvalier*)⁹ est entrée en vigueur le 1er février 2011. Elle règle le blocage et la confiscation de valeurs patrimoniales illicites lorsque les procédures d'entraide judiciaire n'ont pu aboutir en raison de sa situation de défaillance. La LRAI s'intéresse donc elle aussi à la restitution de valeurs patrimoniales spoliées, mais en se limitant à un aspect très spécifique. Il en va de même pour la future base légale formelle visant les blocages d'avoirs à titre conservatoire. L'idée de réunir les deux thématiques au sein de la LRAI a été envisagée lors des travaux législatifs mais finalement abandonnée pour des raisons de systémique.

L'autre solution envisageable est de créer un nouveau texte législatif autonome. Une loi fédérale ayant pour seul objet le blocage à titre conservatoire des valeurs patrimoniales de personnes politiquement exposées aurait cependant une portée très restreinte. Après la LRAI, ce serait déjà la seconde loi suisse à réglementer un aspect

⁹ RS 196.1

restreint de l'Asset Recovery. D'un point de vue politico-juridique, pareille approche sectorielle constitue une solution insatisfaisante.

C'est ainsi qu'a également été examinée la possibilité de créer une nouvelle loi qui reprendrait l'intégralité du dispositif suisse en matière de restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite. Ce texte législatif unique consisterait pour l'essentiel à codifier une pratique déjà bien établie. Selon la pratique actuelle, les blocages préventifs de valeurs patrimoniales à titre conservatoire se fondent en général directement sur les compétences en matière de politique étrangère dévolues au Conseil fédéral par l'art. 184 Cst., sans qu'il existe de base légale formelle. Conformément à son champ d'application, la future loi prévoit de reprendre le contenu matériel de la LRAI. Enfin, le texte de la nouvelle loi intègre aussi des dispositions sur les mesures de soutien en faveur des Etats d'origine, qui reflètent une pratique ancienne déjà bien établie.

Après avoir évalué toutes les options, le Conseil fédéral est parvenu à la conclusion que l'élaboration d'un texte législatif unique sur le blocage, la confiscation et la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite constituait la solution la plus pertinente. L'élaboration d'une loi unique pour régler toutes les questions de restitution permet d'éviter la fragmentation des bases légales et d'accroître la transparence du droit applicable. Cette solution tient compte de l'importance croissante que revêt la thématique des avoirs de potentats. La codification de la pratique en vigueur répond aux exigences du principe de légalité et renforce la sécurité du droit. Elle offre aussi l'occasion à la Suisse d'émettre un signal fort vers l'étranger, d'exprimer sa volonté claire de poursuivre activement la lutte contre les avoirs de potentats d'origine illicite et de continuer à assumer son rôle moteur et mondialement reconnu dans ce domaine.

1.5 Interventions parlementaires

En lien avec les événements du Printemps arabe et les blocages de valeurs patrimoniales ordonnés par le Conseil fédéral, diverses interventions parlementaires ont été déposées auprès des Chambres fédérales. Ces interventions portant sur la problématique des avoirs de potentats et des mesures de blocage sont répertoriées ci-dessous :

- 11.3022 – Interpellation urgente Groupe des Verts du 2 mars 2011 : Mouvements démocratiques arabes (état des délibérations : liquidé) ;
- 11.3031 – Interpellation urgente Leutenegger Oberholzer Susanne du 2 mars 2011 : Refuser l'argent des potentats (état des délibérations : liquidé) ;
- 11.3048 – Interpellation Borer Roland F. du 3 mars 2011 : Blocage de comptes par le Conseil fédéral (état des délibérations : non encore traité) ;
- 11.3151 - Motion Leutenegger Oberholzer Susanne du 16 mars 2011 : Bloquer les avoirs de potentats renversés (état des délibérations : transmis) ;
- 11.3175 - Interpellation Frick Bruno du 17 mars 2011 : Blocage

d'avoirs étrangers – Prévisibilité de la politique suisse vis-à-vis des Etats étrangers et des partenaires des milieux économiques suisses (état des délibérations : liquidé) ;

- 11.422 - Initiative parlementaire Sommaruga Carlo du 17 mars 2011 : Confiscation pénale des avoirs des potentats (état des délibérations : liquidé) ;
- 11.3163 – Motion Kiener Nellen Margret du 17 mars 2011 : Personnes politiquement exposées. Obligation de prouver l'origine de leurs avoirs (état des délibérations : liquidé).
- 12.3395 - Interpellation Sommaruga Carlo du 3 mai 2012 : Avoirs illicites de politiciens malais en Suisse (état des délibérations : non encore traité).
- 12.4251 - Motion Sommaruga Carlo du 14 décembre 2012 : Bloquer les avoirs du potentat Taib en Suisse (état des délibérations : non encore traité) ;
- 12.4274 – Motion Minder Thomas du 14 décembre 2012 : Interdire aux intermédiaires financiers d'accepter les avoirs de potentats (état des délibérations : non encore traité).

La motion Leutenegger Oberholzer du 16 mars 2011 (11.3151) demande, pour garantir la sécurité du droit, de préparer une loi fédérale ordinaire qui fournirait la base légale nécessaire au blocage de fonds appartenant à des potentats renversés, une décision qui repose aujourd'hui sur l'art. 184 al. 3 de la Constitution. Sa justification repose sur le nombre croissant de blocages ordonnés par le Conseil fédéral lors des événements du Printemps arabe. Après avoir confié au DFAE un mandat législatif en ce sens le 11 mai 2011, le Conseil fédéral a proposé le 25 mai 2011 d'accepter la motion.

L'initiative parlementaire Sommaruga du 17 mars 2011 (11.422) demande d'une part que les avoirs de potentats puissent être confisqués pénalement, indépendamment de l'existence d'un lien concret entre la Suisse et les infractions commises, et d'autre part que le fardeau de la preuve de l'origine non criminelle des avoirs soit mis à la charge des potentats. L'extension du pouvoir de confiscation à des avoirs de personnes politiquement exposées dont les Etats ne respectent pas les règles de l'état de droit ni les règles démocratiques minimales et violent les droits de l'homme doit pouvoir être appliquée indépendamment de l'existence d'une demande d'entraide pénale, d'une décision politique du Conseil fédéral ou d'une infraction concrètement rattachée à la Suisse. La majorité de la commission a conclu que les préoccupations de l'initiative Sommaruga étaient très proches de celles de la motion Leutenegger Oberholzer (11.3151), qui avait déjà été transmise. Sachant que les travaux d'élaboration d'une base légale avaient déjà débuté, la commission a proposé de ne pas donner suite à l'initiative.

1.6 Droit comparé

1.6.1 UE

Au moment des événements du Printemps arabe, le Conseil européen a ordonné le blocage des valeurs patrimoniales de personnes et d'organisations originaires de Tunisie, d'Égypte, de Libye et de Syrie. Ces mesures s'inscrivent dans le cadre de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC) sur la base du Traité sur l'Union européenne (TUE, art. 29) et du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE, art. 215). Il s'agit de la même base légale que celle invoquée habituellement par l'UE pour prononcer des sanctions internationales. Dans le cas présent, cette mesure poursuit un autre objectif : faciliter l'entraide judiciaire en vue de la restitution des valeurs patrimoniales spoliées. Dans le jargon de l'UE, ce type de mesures conservatoires porte aussi le nom de sanctions – contrairement à la Suisse.

Les règlements et décisions qui se fondent sur cette base légale ont directement force obligatoire pour les États membres de l'UE et ne requièrent aucun acte national d'ordre législatif ou administratif de mise en œuvre. L'art. 215, al. 2, TFUE constitue une base légale explicite pour l'adoption de sanctions à l'encontre de personnes physiques ou morales, de groupes ou d'entités non étatiques. L'adoption d'une mesure est du ressort du Conseil de l'UE. Les États membres de l'UE fournissent les informations susceptibles de légitimer l'adoption d'une sanction. La préparation des décisions de sanctions (notamment le blocage des fonds à titre conservatoire) est traitée confidentiellement afin de ne pas compromettre la mise en œuvre des mesures.

Au moment de la publication du règlement, l'UE informe¹⁰ les personnes/entités visées par la sanction, par lettre ou par publication dans le Journal officiel de l'UE. Les sanctions de l'UE ont toutes une durée de validité limitée et doivent être réévaluées quant à leur prorogation lorsque la situation politique du pays évolue. Une levée des sanctions peut être ordonnée, par ex. lorsque de nouvelles informations sont communiquées ou que d'autres doivent être rectifiées.

L'UE n'a pas la compétence requise pour confisquer des valeurs patrimoniales bloquées suite à une décision de sanction. La confiscation et la restitution relèvent de la compétence des États membres, conformément aux règles de procédure nationales en matière de droit pénal et d'entraide judiciaire internationale. Un nouveau projet de directive européenne est toutefois à l'étude. Il prévoit la possibilité de confisquer des fonds à certaines conditions, également en l'absence d'une condamnation pénale.

L'appareil législatif de l'UE ne comporte ainsi aucune base légale spécifique pour le blocage, la confiscation et la restitution de valeurs patrimoniales de personnes politiquement exposées.

¹⁰ Les personnes ou entités concernées peuvent notamment demander l'autorisation d'utiliser les fonds bloqués pour couvrir des besoins essentiels ou pour procéder à certains paiements. Elles peuvent aussi déposer une demande de réexamen de la décision par laquelle elles ont été incluses sur une liste de sanctions, en y joignant les pièces justificatives requises.

1.6.2 Etats membres de l'UE

En ce qui concerne les Etats membres de l'UE, la situation juridique en Allemagne, en France, au Luxembourg, en Espagne, en Belgique et au Royaume-Uni a été examinée dans le cadre du présent projet. Indépendamment de la mise en œuvre des règlements de l'UE imposant des sanctions, des valeurs patrimoniales peuvent être bloquées suite aux soupçons communiqués par les banques, ou dans le cadre de demandes d'entraide judiciaire internationales en matière pénale ou de procédures pénales engagées au niveau national. Les pays susmentionnés peuvent échanger des informations avec des autorités étrangères en ce qui concerne le blocage de valeurs patrimoniales et leur éventuelle restitution. Ces échanges passent par l'intermédiaire d'Interpol, Europol, le Groupe Egmont¹¹ ou EUROJUST¹².

Au *Royaume-Uni*, qui est avec la Suisse la place financière la plus importante d'Europe, une éventuelle confiscation se fonde généralement sur une condamnation pénale (« conviction based ») mais peut aussi intervenir en l'absence d'une ordonnance de condamnation (« non-conviction based »). Dans le système juridique anglo-saxon (common law) qui repose sur le principe du précédent jurisprudentiel (décisions judiciaires de principe), ce dernier cas de figure est aussi connu sous le nom de « civil forfeiture » ; la confiscation du produit du crime peut aussi s'effectuer en l'absence d'une condamnation pénale et avec des exigences de preuve allégées. En cas de confiscation pénale, l'Etat qui demande l'entraide judiciaire doit prouver que la personne visée par le blocage des avoirs a fait l'objet d'une condamnation entrée en force. Selon le droit en vigueur, le blocage de valeurs patrimoniales à titre conservatoire dans le cadre d'une procédure administrative n'est autorisé qu'en cas de soupçons portant sur des liens avec le terrorisme. Quant aux mesures de soutien, il existe diverses possibilités relevant de l'assistance administrative internationale. L'Etat requérant peut bénéficier de mesures de soutien pour réaliser des enquêtes ou formuler des demandes d'enquête judiciaire, ainsi que de mesures de formation (par ex. par l'intermédiaire de la Banque mondiale). Lors de l'Assemblée générale de l'ONU à l'automne 2012, le Premier Ministre britannique a annoncé la création d'une task force chargée de traiter la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite en lien avec les événements du Printemps arabe. Outre la mise en place d'une équipe spécialisée et le détachement d'experts, cette task force entreprend à ce jour une évaluation du cadre juridique britannique actuel en vue de la remise de valeurs patrimoniales illicites à d'autres Etats.

En résumé, il s'avère que les pays mentionnés plus haut ne disposent d'aucune disposition de droit national qui leur permettrait de bloquer les valeurs patrimoniales de personnes politiquement exposées dans le cadre d'une procédure administrative. Comme évoqué ci-dessus, il existe néanmoins d'autres possibilités juridiques permettant de bloquer et de restituer des fonds présumés spoliés.

¹¹ Les CRF (cellules de renseignements financiers, partenaires étrangers du MROS) sont regroupées au niveau international au sein du Groupe Egmont. Celui-ci encourage l'échange efficient et sécurisé d'informations entre les CRF et définit à cet effet des principes applicables à la coopération internationale.

¹² Eurojust est une institution de l'UE créée en 2002 pour favoriser et améliorer la coordination des enquêtes et des procédures pénales entre les autorités judiciaires des Etats membres, notamment en matière de criminalité transnationale.

1.6.3 Etats-Unis

Par le passé, il est arrivé au président des Etats-Unis d'ordonner des blocages de fonds, comparables aux mesures édictées par le Conseil fédéral en application de l'art. 184, al. 3, Cst., sous la forme d'« Executive Orders »¹³, C'est ainsi que des valeurs patrimoniales de personnes politiquement exposées originaires de Libye et de Syrie notamment ont été bloquées en lien avec les événements du Printemps arabe.

Le droit américain prévoit divers instruments permettant la confiscation de valeurs patrimoniales. Outre la confiscation pénale, des confiscations en l'absence de condamnation pénale (dites « non-conviction based forfeiture » ou « civil forfeiture », cf. explications sur la situation juridique au Royaume-Uni sous le chiffre 1.6.2) sont prononcées de plus en plus souvent. Cette mesure vise la valeur patrimoniale et non la personne. L'Etat bénéficie à cet égard d'un allègement du fardeau de la preuve. Cet instrument permet uniquement la confiscation des valeurs patrimoniales mais pas leur restitution aux Etats d'origine. Pour mettre à jour les avoirs de potentats, la régulation des marchés financiers mise sur les règles de diligence et de communication¹⁴ imposées aux instituts financiers qui traitent avec des personnes politiquement exposées.

Les autorités américaines ont la possibilité de mettre en place des mesures de soutien pour les Etats d'origine (programmes spécifiques de formation, conférences, conseils juridiques, etc.)

Mis à part les possibilités évoquées ci-dessus, il n'existe pas aux Etats-Unis de base légale spécifique qui régleme le blocage, la confiscation et la restitution de valeurs patrimoniales d'origine présumée illicite liées à des personnes politiquement exposées.

1.6.4 Autres places financières importantes

Le *Liechtenstein* ne dispose d'aucune base juridique spécifique permettant la restitution « d'avoirs de potentats » par la voie administrative. Le Tribunal princier de première instance peut cependant, sur la base d'une demande d'entraide d'une autorité judiciaire étrangère, exécuter un jugement rendu dans la juridiction de cette autorité, respectivement une décision de confiscation rendue dans le cadre d'une procédure d'entraide¹⁵. Ceci n'est possible qu'à la condition que le jugement, l'amende ou la décision de confiscation ait acquis force de chose jugée dans l'Etat demandeur. Selon le droit Liechtensteinois, des valeurs patrimoniales peuvent être confisqués soit en tant que produit d'un enrichissement illégitime (par. 20 du code pénal), soit en tant que valeurs patrimoniales provenant d'une activité punissable (par. 20b du code pénal). Une fois que les valeurs patrimoniales ont été dévolues à l'Etat du Liechtenstein de façon exécutoire en vertu des dispositions susmention-

¹³ A la différence toutefois qu'aux Etats-Unis, cette compétence est réglée dans une loi.

¹⁴ Ces dispositions ont été introduites en 2011 avec le Patriot Act. Depuis, les Etats-Unis considèrent l'accueil de fonds provenant de la corruption dans des pays étrangers comme une infraction préalable au blanchiment d'argent.

¹⁵ Loi liechtensteinoise du 15 septembre 2000 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, art. 64, al. 4

nées¹⁶, le Gouvernement peut alors, dans un second stade de la procédure et sur la base du par. 253a du code de procédure pénale, conclure avec l'Etat demandeur une convention de partage fixant une clé de répartition pour la restitution des valeurs patrimoniales qui font l'objet de la procédure. Après la conclusion de cette convention, les valeurs patrimoniales concernées peuvent être transférées sur un compte bancaire désigné par l'Etat demandeur.

Une base légale spéciale¹⁷ permet aux autorités de poursuite pénale de *Hongkong* de communiquer des soupçons à des services situés hors de Hongkong, dès lors qu'il s'agit de lutter contre des crimes graves (dont la corruption fait partie). Il peut également s'agir d'informations bancaires. Le blocage et la confiscation de valeurs patrimoniales d'origine criminelle dans le cadre d'une procédure administrative n'est pas possible. Pour ce faire, il est nécessaire d'engager soit une procédure pénale, soit une procédure d'entraide judiciaire. Dans le cadre de l'entraide judiciaire, les décisions de confiscation étrangères qui ne reposent pas sur une condamnation pénale (non-conviction based forfeiture) peuvent être exécutées. Ce n'est pas le cas en revanche pour les procédures engagées au plan national, qui doivent être fondées sur un jugement pénal.

Singapour ne dispose d'aucune base légale particulière pour réglementer le blocage administratif des fonds, même en ce qui concerne le blocage et la restitution des avoirs de potentats. A cet égard, elle se contente pour le moment d'appliquer à la lettre les éventuelles mesures de l'ONU. Singapour dispose d'une base légale spécifique¹⁸ pour la coopération au titre de l'entraide judiciaire en matière pénale. Celle-ci est cependant appliquée de manière plutôt restrictive. Ces derniers temps, Singapour s'est montrée intéressée par la pratique suisse vis-à-vis des avoirs de potentats et a activement cherché le contact.

La situation juridique du *Canada* mérite enfin une mention particulière. En réaction aux événements du Printemps arabe, le Canada a adopté en mars 2011 une loi intitulée *Freezing Assets of Corrupt Foreign Officials Act*. Cette loi introduit la possibilité de bloquer à titre conservatoire les avoirs de personnes politiquement exposées. L'Etat concerné doit adresser à cette fin aux autorités canadiennes une demande écrite pour obtenir le blocage de valeurs patrimoniales déterminées et rendre vraisemblable que les personnes politiquement exposées se sont approprié ces fonds de façon illicite. Il n'est en revanche pas exigé à ce stade que l'appropriation illicite des fonds soit prouvée¹⁹. La loi ne contient pas de dispositions visant la cession, la confiscation, le transfert ou autre conversion des valeurs patrimoniales saisies, mesures qui sont réglées par d'autres lois. Les mesures de blocage à titre conservatoire n'ont pas pour but de punir les personnes visées mais d'assurer la conservation des valeurs patrimoniales.

¹⁶ Loi liechtensteinoise du 15 septembre 2000 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, art. 64, al. 7

¹⁷ Section 25A(9) *Organised and Serious Crime Ordinance*, Cap. 455.

¹⁸ *Mutual Assistance in Criminal Matters Act* (MACMA).

¹⁹ La demande est acceptée lorsque les conditions cumulatives suivantes sont remplies : la personne est une PPE vis-à-vis de l'Etat requérant ; le pays en question est aux prises avec des tumultes internes ou une situation politique instable et les mesures demandées servent les intérêts des relations internationales.

La restitution d'avoirs bloqués s'inscrit dans un processus distinct. Elle nécessite une décision de confiscation (« forfeiture order ») et il faut établir que ces avoirs sont imputables à un comportement délictueux.

Les mesures de soutien incluent le détachement d'experts. Le Canada peut en outre communiquer des informations informelles aux pays concernés, au titre de la coopération policière.

Les possibilités de confiscation en-dehors du droit pénal relèvent de la compétence des provinces. Si un Etat veut déposer une demande de confiscation en-dehors du droit pénal, il doit l'adresser directement à la province compétente par l'intermédiaire d'un avocat.

1.6.5 Conclusion

La comparaison avec la législation des pays examinés montre que nombre d'entre eux disposent de diverses bases légales susceptibles s'appliquer dans un tel cas. Quelques rares pays viennent tout juste de créer des bases légales spéciales (comme le Canada) ou ont annoncé le réexamen de leur cadre légal. Parmi ceux-ci, le Royaume-Uni en particulier a procédé au cours de l'année écoulée à un clair changement de sa politique. Cependant, aucun pays ne possède une loi aussi complète que le présent projet, qui a pour objet le blocage, la confiscation et la restitution des avoirs de potentats. Ce projet reflète la riche expérience de la Suisse en matière de restitution d'avoirs de potentats et codifie une pratique établie depuis plusieurs décennies.

1.7 Objet de la nouvelle base légale

Le nouveau projet de loi unique est appelé à reprendre la pratique suisse en matière de restitution des avoirs de potentats. Il s'agit en l'occurrence des mesures et activités qui ont été développées ces 25 dernières années dans le cadre de la politique étrangère suisse. Celles-ci doivent être distinguées des mesures préventives, notamment dans le domaine de la lutte contre le blanchiment d'argent (cf. chiffre 1.2 ci-dessus, Le dispositif suisse visant à empêcher le dépôt en Suisse et à restituer les avoirs de potentats), ainsi que des domaines de l'entraide judiciaire et du droit pénal, qui ne seront pas affectés par la présente loi.

Le nouveau texte législatif porte sur l'ensemble des possibilités d'action dont disposent les autorités suisses pour contribuer à la restitution en toute transparence à l'Etat concerné des avoirs d'origine présumée illicite de personnes politiquement exposées. Ces activités s'inscrivent dans le contexte général de la politique étrangère suisse et visent notamment à compléter et soutenir les procédures d'entraide judiciaire internationale en matière pénale.

Les principaux domaines thématiques abordés sont les suivants :

- Blocage préventif à titre conservatoire des valeurs patrimoniales de personnes politiquement exposées ;
- Mesures ciblées de soutien à l'Etat d'origine en vue d'une clarification judiciaire rapide de la provenance des valeurs patrimoniales ;

- Possibilité de confiscation judiciaire en Suisse, lorsque l'entraide judiciaire n'aboutit pas en raison de la situation de défaillance de l'Etat d'origine (reprise du contenu matériel de la LRAI).

La réglementation des questions soulevées dans un nouvel acte législatif unique ne crée en soi aucune nouvelle obligation juridique. Il s'agit essentiellement d'une reprise du droit et de la pratique en vigueur. La codification au sein d'une loi unique permet d'améliorer notablement la concentration et, partant, la transparence du dispositif suisse visant au blocage, à la confiscation et à la restitution des avoirs de potentats.

Le Conseil fédéral entend saisir l'occasion de la présente loi pour associer deux nouveautés législatives à la codification de la pratique existante, afin de compléter le dispositif en vigueur.

Il propose par conséquent d'introduire dans le projet de loi une disposition qui permettra dorénavant au DFAE de transmettre à l'Etat d'origine certaines informations qui l'aideront à déposer une demande d'entraide judiciaire. Il s'appuie sur les expériences de la Suisse acquises jusqu'ici, notamment sur les enseignements tirés des affaires liées au Printemps arabe. Le seul objectif de cette transmission d'information est de soutenir l'entraide judiciaire entre l'Etat d'origine et la Suisse.

Le passé a montré que, dans les cas d'avoirs présumés de potentats en lien avec un changement de régime politique, les autorités judiciaires des Etats d'origine ont souvent du mal à étayer convenablement leurs demandes d'entraide judiciaire. Ces problèmes sont généralement dus à un manque d'expérience et de connaissances spécialisées nécessaires à élucider des cas complexes de criminalité économique internationale. Or, les autorités suisses ne peuvent pas entrer en matière sur des demandes insuffisamment étayées. C'est ainsi que l'entraide judiciaire se retrouve dans une impasse, ce qui risque d'entraîner des retards considérables, voire l'échec de l'entraide judiciaire. Compte tenu de la pression politique et des attentes importantes, un tel développement nuit aux intérêts tant de la Suisse que des Etats d'origine.

Compte tenu de la situation exposée ci-dessus, la loi introduit la possibilité de communiquer dorénavant certaines informations à l'Etat d'origine *en dehors de l'entraide judiciaire proprement dite* ; ces informations pourront aussi contenir des indications sur l'existence de relations bancaires en Suisse. Les conditions et l'étendue de la transmission d'informations doivent être définies de manière claire et précise dans le projet de loi. L'Etat d'origine devra utiliser ces informations exclusivement pour adresser une demande d'entraide judiciaire à la Suisse ou, et cela constituera certainement le cas le plus courant dans la pratique, pour compléter une demande déjà déposée. Une telle disposition est prévue à l'art. 13. Cette norme, qui vient compléter les dispositions du droit de l'entraide judiciaire, se justifie par des motifs de politique étrangère.

La seconde nouveauté proposée concerne la possibilité de confisquer des valeurs patrimoniales d'origine présumée illicite dans le cadre d'une procédure administrative devant les tribunaux suisses. La LRAI prévoit cette possibilité de confiscation lorsque la coopération judiciaire ne peut aboutir en raison d'une situation de défaillance de l'Etat d'origine. Les expériences qui ont été faites à ce jour dans les cas de restitution liés au Printemps arabe montrent cependant que l'entraide judiciaire peut

aussi échouer dans d'autres circonstances. Ainsi, le Tribunal pénal fédéral a décidé en décembre 2012²⁰ de refuser à l'Egypte le droit de consulter le dossier de la procédure pénale suisse en raison de l'insécurité institutionnelle qui règne dans le pays. Sur ce, le Ministère public de la Confédération a décidé de surseoir jusqu'à nouvel ordre à l'exécution de l'entraide judiciaire avec l'Egypte. L'exécution d'une demande d'entraide judiciaire présuppose que l'Etat requérant (dans le cas présent, les Etats d'origine des valeurs patrimoniales bloquées) satisfasse à certains standards relatifs aux garanties procédurales en matière de droits de l'homme. Ces standards présupposent quant à eux une certaine stabilité institutionnelle ainsi que le respect des principes de l'état de droit. Les pays qui se trouvent dans une phase de transition post-révolutionnaire ne sont pas toujours en mesure de remplir ces conditions. Il existe dès lors un risque considérable que les efforts menés pour restituer les valeurs patrimoniales concernées par la voie de l'entraide judiciaire échouent. Ceci signifierait que les valeurs patrimoniales en question pourraient à nouveau se retrouver dans le pouvoir de disposition des personnes qui les avaient très vraisemblablement soustrait de manière illicite à l'Etat d'origine auparavant. Un tel dénouement ne serait pas seulement contraire aux efforts fournis pour sauvegarder l'intégrité et la réputation de la place financière suisse ; l'échec de la restitution aboutirait aussi à un résultat choquant eu égard à l'engagement de la Suisse dans le domaine de la coopération au développement et dans la lutte contre l'impunité. Enfin, il ne faut pas non plus sous-estimer les conséquences d'un échec pour les autorités compétentes et pour la population de l'Etat d'origine. Le Conseil fédéral estime par conséquent pertinent et nécessaire d'introduire aussi nouvellement la possibilité d'une confiscation en vue d'une restitution lorsqu'il s'avère que l'entraide judiciaire est exclue faute de standards satisfaisants en matière de respect des droits de l'homme dans l'Etat d'origine. Cette disposition garantit que les avoirs peuvent être contrôlés par le biais d'une procédure irréprochable sur le plan de l'état de droit et renvoyés à leur Etat d'origine s'ils sont de provenance illégale. Les conditions d'application de la nouvelle possibilité de confiscation sont clairement définies et strictement encadrées.

Dans la mesure où le projet de loi se contente de codifier la pratique en cours, il n'a pas d'effet sur l'accélération du traitement et de la résolution des cas d'avoirs de potentats. Les expériences démontrent pourtant que le facteur temps joue ici un rôle déterminant. Il est dans l'intérêt de la Suisse que les avoirs de potentats puissent être restitués rapidement aux Etats d'origine et puissent y être investis en faveur de l'ensemble de leur population, contribuant ainsi à un développement économique durable. Les deux nouveautés proposées permettent de contribuer à une telle accélération de la procédure.

Par l'élaboration d'une loi unique sur le blocage, la confiscation et la restitution des avoirs de potentats, la Suisse affirme sa détermination à poursuivre la lutte contre l'impunité et à protéger l'intégrité et la réputation de sa place financière en procédant à la restitution systématique des avoirs de potentats. Une telle loi serait le premier texte législatif au monde à régler intégralement les questions relatives à l'Asset Recovery. La Suisse saisit ainsi l'opportunité d'établir elle-même des standards importants et de sauvegarder par là de manière proactive les intérêts du pays, au lieu de devoir réagir sous l'effet des développements internationaux.

²⁰ Arrêt du Tribunal pénal fédéral du 12 décembre 2012, RR.2012.122

2 Commentaire des dispositions de l'avant-projet

2.1 Structure et contenu de l'avant-projet de loi

Le projet de loi est divisé en dix sections, correspondant pour l'essentiel aux différentes étapes et activités qui ponctuent habituellement le déroulement d'un cas d'Asset Recovery.

Dans la première section (Dispositions générales), l'art. 1 définit l'objet du projet de loi et en fixe le champ d'application. L'art. 2 contient une définition des personnes susceptibles d'être concernées par le blocage, la confiscation et la restitution de valeurs patrimoniales. Il s'agit en l'occurrence de personnes étrangères politiquement exposées (PPE) ainsi que de leurs proches.

La deuxième section règle le blocage des valeurs patrimoniales. Conformément au droit déjà en vigueur, la loi prévoit deux sortes de mesures de blocage qui peuvent intervenir à divers stades et avec des objectifs différents. La deuxième section contient en outre des dispositions sur l'exécution des blocages de valeurs patrimoniales. Celles-ci couvrent notamment la durée des mesures de blocage, l'obligation de communiquer et de renseigner ainsi que les principes applicables à l'administration des valeurs patrimoniales bloquées. Il prévoit également la possibilité d'une solution transactionnelle en vue de la restitution des valeurs patrimoniales.

La troisième section présente les mesures par lesquelles la Suisse peut soutenir l'Etat d'origine dans ses efforts pour obtenir la restitution des valeurs patrimoniales illégales. Il s'agit d'une codification de la pratique développée ces dernières années. La section est complétée par une disposition qui permettra dorénavant aux autorités suisses de communiquer à l'Etat d'origine, à des conditions strictement déterminées, des informations sur les valeurs patrimoniales bloquées. Ces informations pourront être utilisées par l'Etat d'origine exclusivement dans le but de déposer ou de compléter une demande d'entraide judiciaire auprès de la Suisse.

Les sections quatre et cinq fixent les modalités de la confiscation administrative de valeurs patrimoniales dans le cadre d'une procédure judiciaire en Suisse et définissent les principes selon lesquels les valeurs patrimoniales bloquées ou confisquées peuvent être restituées à l'Etat d'origine. Il s'agit essentiellement ici de la reprise des dispositions matérielles de la LRAI dans la nouvelle loi.

La section six est consacrée aux dispositions sur la protection juridique. Les sections sept à neuf comportent des articles sur la collaboration entre les autorités, le traitement des données personnelles et les dispositions pénales. La section dix règle les dispositions finales.

2.2 Commentaire détaillé des dispositions de la loi

2.2.1 Section 1 Dispositions générales

Art. 1

Objet

Le présent article énonce de manière déclaratoire le but et le champ d'application du projet de loi. La nouvelle loi doit déterminer les conditions auxquelles la Confédération peut prendre des mesures en vue de sauvegarder les avoirs de potentats déposés en Suisse et de faciliter leur restitution à l'Etat d'origine. Il s'agit en l'occurrence de valeurs patrimoniales de personnes politiquement exposées ou de personnes proches de celles-ci, dont on peut supposer qu'elles se sont rendues coupables d'actes de corruption, de détournements de fonds ou d'autres crimes. La loi et les mesures qu'elle contient visent donc uniquement les valeurs patrimoniales de personnes politiquement exposées qui sont associées à des infractions graves. Ceci correspond à la pratique suivie jusqu'ici par la Confédération et est clairement exprimé à l'art. 1. Conformément au droit suisse²¹, constituent des crimes les infractions passibles d'une peine privative de liberté de plus de 3 ans. Les articles suivants prévoient expressément, sous la forme de dispositions potestatives, qu'il appartient à la Confédération si et dans quelle mesure elle souhaite agir. Elle décide au cas par cas quelle action est la plus appropriée pour sauvegarder les intérêts de la Suisse. Il s'agit ici d'une part de préserver la réputation de la place financière suisse et les relations bilatérales avec d'autres pays, notamment les Etats d'origine d'avoirs de potentats. Cependant, la sauvegarde des intérêts helvétiques au sens du présent projet implique d'autre part également un engagement en faveur de certaines valeurs et de certains objectifs inscrits dans la Constitution, tels que la lutte contre la misère et la pauvreté dans le monde. Des études et analyses menées au plan international montrent que la corruption de personnes politiquement exposées et les flux illicites de capitaux qui y sont liés constituent un obstacle considérable à un développement économique durable de nombreux pays émergents et en développement. Fondamentalement, la Suisse a tout intérêt à ce que les personnes au pouvoir respectent davantage l'état de droit et soient tenues responsables sur la base des principes de l'état de droit.

Art. 2 Définitions

L'article donne la définition légale des personnes susceptibles d'être visées par le blocage, la confiscation ou la restitution de valeurs patrimoniales au sens de la présente loi. Il s'agit de personnes étrangères politiquement exposées (PPE) et de leurs proches. Par souci d'unité des termes employés dans l'ordre juridique suisse, les deux définitions correspondent au projet de loi sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière (GAFI) révisées en 2012 pour lutter contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Le Conseil fédéral a adopté ce projet le 27 février 2013 et l'a mis en consultation.

Aux termes de la *let. a*, les personnes politiquement exposées sont des personnes qui sont ou ont été chargées de fonctions publiques dirigeantes à l'étranger. Il s'agit toujours de personnes physiques. Leurs possibles fonctions sont indiquées à titre d'exemple. Même après avoir quitté leurs fonctions publiques, ces personnes demeurent considérées comme politiquement exposées. Cette conception est du reste conforme aux recommandations de la Banque mondiale²².

²¹ Art. 10, al. 2, CP.

²² Politically Exposed Persons, A Policy Paper on Strengthening Preventive Measures, Th.S. Greenberg, L. Gray, D. Schantz, M. Latham, C. Gardner, The World Bank, StAR, UNODC, 2009, pp 31-32

La notion de personne proche est définie à la *let. b.* Il s'agit de personnes physiques qui, de manière reconnaissable, sont proches des personnes au sens de la *let. a* pour des raisons familiales ou personnelles ou pour des raisons d'affaires. Il est nécessaire de prendre en compte aussi cette catégorie de personnes car cela permet de couvrir les transferts de valeurs patrimoniales effectués au sein de la famille proche et élargie et du réseau professionnel d'une personne politiquement exposée²³. Dans la pratique, ce genre de montage est très répandu. Les personnes morales ne peuvent plus être assimilées à des personnes proches au sens de la présente disposition, du fait que cette disposition reprend la définition énoncée dans le projet de loi GAFI du 27 février 2013.

L'expérience montre que les personnes politiquement exposées ou les personnes qui leur sont proches exercent parfois le contrôle sur des valeurs patrimoniales qui, formellement, sont la propriété d'une personne morale. Le recours à des personnes morales et à des artifices pour dissimuler le véritable pouvoir de disposition sur des valeurs patrimoniales suspectes est un phénomène qui fait l'objet d'une attention croissante au niveau international²⁴. En conséquence, il est nécessaire d'inclure ce type de valeurs patrimoniales dans le champ d'application de la présente loi, sans quoi l'objectif du projet de loi serait compromis (cf. à ce propos les explications relatives à l'art. 3 de la loi). Le projet de loi a donc été complété en ce sens à différents endroits. Ces compléments concernent le critère de l'ayant droit économique et précisent que certaines dispositions de la présente loi s'appliquent aussi aux valeurs patrimoniales de personnes morales.

La question du traitement des fonds souverains s'est posée à l'occasion des travaux législatifs. Ce terme désigne les fonds d'investissement détenus ou contrôlés par un Etat, qui apparaissent de plus en plus comme investisseurs directs actifs à l'étranger²⁵.

Les fonds souverains comportent des risques spécifiques dont le Conseil fédéral a commencé à observer attentivement les développements dès janvier 2008²⁶. Le principe veut que l'accès du marché suisse aux capitaux étrangers reste libre ; une autorisation préalable a été refusée jusque là pour les activités de placement de fonds souverains étrangers en Suisse.

La problématique du blocage de fonds souverains est fondamentalement différente de celle des potentats eux-mêmes. Si dans le cas d'une personne, la situation doit être clarifiée par la voie de l'entraide judiciaire, il n'est pas nécessaire d'établir l'origine des capitaux d'un fonds souverain par cette même voie. Les fonds souverains sont la propriété d'un Etat et non d'individus. Un changement de gouverne-

²³ Cf. aussi les explications apportées dans le Message du 28 avril 2010 relatif à la LRAI : **FF 2010 2995**

²⁴ Cf. notamment l'étude de la Banque mondiale « The Puppet Masters- How the Corrupt Use Legal Structures to Hide Stolen Assets and What to do about it », <http://issuu.com/world.bank.publications/docs/9780821388945?mode=embed&layout=htmlp://skin.issuu.com/v/light/layout.xml&showFlipBtn=true>

²⁵ Le Fonds monétaire international définit ainsi les fonds souverains (sovereign wealth funds – SWF) : « special investment funds created or owned by governments to hold foreign assets for long-term purposes » (cf. annexe 1.2. Sovereign Wealth Funds, IMF Global Financial Stability Report, septembre 2007)

²⁶ Cf. communiqué de presse du SECO du 30.2.2008 : Observation active des fonds souverains, <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=17035>.

ment ne change rien aux rapports de propriété ; le pouvoir de disposer des valeurs patrimoniales est simplement transféré au nouveau gouvernement.

Un fonds souverain ne fait que rarement l'objet d'une enquête pénale et d'une demande d'entraide judiciaire correspondante. Les enquêtes éventuelles peuvent porter sur des éléments du patrimoine d'un fonds souverain que la personne politiquement exposée a soustraits et qu'elle s'est appropriés de manière illicite. Mais d'autres cas de figure sont aussi envisageables. Le blocage d'un fonds souverain peut se révéler nécessaire à titre conservatoire, lorsqu'il n'est pas clair si les membres du gouvernement déchu ont conservé le pouvoir de disposer des valeurs patrimoniales du fonds. Dans le cas de la Libye, on s'est ainsi aperçu après le renversement de Kadhafi qu'il n'était pas exclu que ce dernier ait encore personnellement accès aux valeurs patrimoniales du fonds souverain. C'est pourquoi le Conseil fédéral doit avoir la possibilité, dans des cas exceptionnels, d'ordonner aussi des mesures de blocage à l'encontre d'un fonds souverain. Les dispositions relatives aux valeurs patrimoniales de personnes morales garantissent cette possibilité. Un fonds souverain doit pouvoir rester bloqué jusqu'à ce qu'il soit assuré que seul le nouveau gouvernement a accès aux valeurs patrimoniales.

Le projet de loi prévoit que la libération de valeurs patrimoniales bloquées peut être autorisée (art. 9) si la sauvegarde des intérêts de la Suisse l'exige. Ainsi, il est possible de débloquer d'éventuels fonds souverains bloqués lorsque les conditions requises sont réunies. Cela peut être le cas par exemple lorsque le blocage d'un fonds souverain menace la survie même d'un nouveau gouvernement. Ce genre de situation irait à l'encontre des intérêts de la Suisse. Mais on peut aussi imaginer des cas où l'évolution de la situation depuis que le blocage a été ordonné exclut désormais tout accès des anciens membres du gouvernement à ces fonds. Dans ce cas, l'art. 5, al. 2, peut s'appliquer puisque les conditions justifiant le blocage ne sont plus réunies.

Le projet de loi renonce sciemment à une définition des valeurs patrimoniales. La LRAI ne prévoit pas non plus de définition de cette notion. En vertu du Code pénal suisse (CP)²⁷, la notion de « valeurs patrimoniales » recouvre tous les avantages économiques qui peuvent faire l'objet d'une confiscation. Aux termes du présent projet de loi, la notion de « valeurs patrimoniales » recouvre, comme déjà précisé par le message relatif à la LRAI, tous les biens situés en Suisse sur lesquels la personne politiquement exposée ou les personnes qui lui sont proches exercent un pouvoir de disposition.

Les ordonnances de blocage du Conseil fédéral concernant la Tunisie et l'Égypte dressent une liste non exhaustive de ce que le terme de valeurs patrimoniales peut recouvrir concrètement : tous les actifs financiers, y compris le numéraire, les chèques, les créances monétaires, les lettres de change, les mandats ou autres moyens de paiement, les dépôts, les créances et reconnaissances de dette, les titres et titres de dette, les certificats de titres, les obligations, les titres de créances, les options, les lettres de gage, les dérivés; les recettes d'intérêts, les dividendes ou autres revenus ou plus-values engendrés par des biens en capital; les crédits, les droits à des compensations, les cautions, les garanties d'exécution de contrats ou autres engagements financiers; les accréditifs, les connaissements, les contrats d'assurance, les documents de titrisation de parts à des fonds ou à d'autres ressources financières et tout

²⁷ Notamment les art. 70 et 72 CP

autre instrument de financement des exportations ; les valeurs de quelque nature que ce soit, corporelles ou incorporelles, mobilières ou immobilières, en particulier les immeubles et les biens de luxe.

2.2.2 Section 2 Blocage de valeurs patrimoniales

Le projet de loi prévoit deux types de blocage, qui interviennent habituellement à des stades différents d'un cas d'avoirs de potentats. Ils poursuivent en outre des objectifs distincts. Pour cette raison, les conditions à remplir pour pouvoir ordonner un blocage différent elles aussi.

Un blocage de valeurs patrimoniales visant à favoriser une future coopération dans le cadre de l'entraide judiciaire au sens de l'art. 3 s'effectue en général au tout début, c'est-à-dire après un renversement politique dans l'Etat d'origine ou lorsqu'un tel renversement est imminent. L'objectif de ce type de blocage est de mettre les valeurs patrimoniales en sécurité pour éviter qu'elles ne soient retirées de Suisse. Un tel blocage à titre conservatoire était jusqu'alors fondé sur l'art. 184, al. 3, Cst.

L'art. 4 fixe les modalités du second type de blocage qui, dans l'ordre chronologique, survient aussi ultérieurement. Le Conseil fédéral peut aussi l'ordonner après l'échec de l'entraide judiciaire dû à une situation de défaillance de l'Etat d'origine. Ce type de blocage s'effectue en vue de la confiscation de valeurs patrimoniales acquises de manière illicite, dans le cadre d'une procédure de justice administrative en Suisse, pour qu'elles puissent être restituées à l'Etat d'origine. Une base légale y relative a déjà été créée en 2011 avec l'adoption de la LRAI. Les dispositions matérielles de la LRAI sont reprises dans la présente loi. Parallèlement, il est prévu à l'art. 4 d'étendre dans un cadre clairement déterminé les possibilités déjà existantes pour bloquer et confisquer les valeurs patrimoniales en question (cf. aussi chiffre 1.6).

Art. 3 Blocage en vue de l'entraide judiciaire

Cet article règle le blocage administratif de valeurs patrimoniales lorsqu'un renversement politique est imminent ou vient de se produire, dans le but énoncé à l'al. 1 de soutenir une future coopération avec l'Etat d'origine dans le cadre de l'entraide judiciaire. Il s'agit là d'une mesure préventive destinée à faciliter la mise en place de relations d'entraide judiciaire entre la Suisse et l'Etat d'origine. Ce type de blocages vise normalement un plus grand cercle de personnes (l'ensemble des intermédiaires financiers et des autres institutions qui détiennent des valeurs patrimoniales de personnes visées par le blocage) ou un nombre indéterminé de valeurs patrimoniales. C'est pourquoi elles sont en général adoptées sous la forme d'une ordonnance. Une liste annexée à l'ordonnance énumère les personnes politiquement exposées dont les valeurs patrimoniales sont visées par le blocage.

Le Conseil fédéral a déjà ordonné à plusieurs reprises par le passé le blocage de valeurs patrimoniales à des fins conservatoires ; la dernière fois remonte aux événements du Printemps arabe, lorsqu'il a ordonné le blocage préventif des valeurs patrimoniales de Ben Ali (Tunisie) et de Moubarak (Egypte). Le blocage rapide de valeurs patrimoniales d'origine douteuse empêche que celles-ci ne soient retirées de

Suisse. Cette mesure donne à l'Etat d'origine le temps nécessaire pour pouvoir ouvrir des enquêtes pénales et adresser une demande d'entraide judiciaire à la Suisse. En général, l'accusation de corruption ou d'autres infractions graves contre le patrimoine est au centre des enquêtes ouvertes dans l'Etat d'origine.

C'est au Conseil fédéral qu'il appartient d'ordonner un blocage au sens de l'art. 3. Cette disposition potestative tient compte du fait qu'une telle décision doit toujours être prise en considérant le contexte global de la sauvegarde des intérêts de la Suisse en matière de politique étrangère. La pratique existante montre que le Conseil fédéral n'a ordonné des blocages d'avoirs à titre conservatoire qu'à l'occasion de bouleversements politiques majeurs dans l'Etat d'origine (destitution de Ferdinand Marcos/Philippines en 1986 ainsi que Tunisie, Egypte, Libye et Côte d'Ivoire au début 2011). Cette pratique restrictive est reprise et pourra être poursuivie sur la base des nouvelles dispositions légales. Il faut aussi tenir compte de la conjoncture propre à l'Etat d'origine. Dans son appréciation, le Conseil fédéral doit parvenir à la conclusion que la coopération en matière d'entraide judiciaire a des chances d'aboutir et qu'il existe une volonté politique en ce sens dans l'Etat d'origine. Il tient compte des circonstances propres à une situation de transition postrévolutionnaire, qui peuvent affecter le fonctionnement de la justice et des institutions étatiques en général. Le blocage peut concerner outre les valeurs patrimoniales de personnes physiques aussi celles de personnes morales et nécessite que certaines conditions soient remplies. Celles-ci sont désormais formulées explicitement dans la loi, ce qui renforce la sécurité du droit et accroît la prévisibilité de la politique du Conseil fédéral.

Aux termes de l'art. 3, al. 1, les conditions suivantes doivent être réunies pour permettre un blocage à titre conservatoire :

En vertu de la *let. a*, le gouvernement ou certains membres du gouvernement de l'Etat d'origine doivent avoir perdu ou être en passe de perdre le pouvoir. Le facteur temps joue un rôle capital pour empêcher que des valeurs patrimoniales ne soient retirées de la place financière suisse. Conformément à la pratique qu'il a suivie jusqu'ici, le Conseil fédéral devra dans le futur également être en mesure de réagir rapidement à de tels événements. Cette réaction intervient normalement une fois que le gouvernement a perdu le pouvoir. Cependant, le projet de loi prévoit expressément qu'un blocage peut aussi être ordonné quand un gouvernement est sur le point imminent de perdre le pouvoir.

La notion de perte de pouvoir couvre des situations où le gouvernement ou certains membres du gouvernement ont cessé de facto d'exercer leur pouvoir et où on ne peut pas s'attendre à ce qu'ils reprennent le contrôle de la situation (renversement du pouvoir). Il peut notamment s'agir de la chute d'un gouvernement par un processus non constitutionnel, mais aussi de révoltes ou de tentatives de putsch. On sait d'expérience que dans les Etats autocratiques, une procédure pénale ne sera pas ouverte contre un membre du gouvernement ou contre des personnes qui lui sont proches tant que celui-ci est encore au pouvoir. Dans ces conditions, il est aussi peu probable qu'une demande d'entraide judiciaire soit adressée à la Suisse. Tant que des personnes politiquement exposées exercent une fonction officielle, elles bénéficient souvent d'une immunité liée à cette fonction. Dans la mesure où il s'agit d'une immunité découlant du droit international, la décision de bloquer des avoirs se heurterait aux limites du droit non seulement dans l'Etat d'origine mais aussi en Suisse. Raison pour laquelle il est pertinent d'ordonner un blocage au plus tôt lors-

qu'un changement de pouvoir est irrémédiable. Le Conseil fédéral doit pouvoir prendre en compte le contexte propre à chaque cas concret de façon suffisante.

En vertu de la *let. b*, le degré de corruption dans l'Etat d'origine doit être notoirement élevé. Les indices attestant l'existence d'une corruption manifeste se trouvent dans de nombreux rapports publiés par des organisations internationales comme l'ONU et l'OCDE, par des organisations non-gouvernementales²⁸ et par d'autres sources publiques d'information comme la presse et les rapports du réseau des représentations suisses. Une appréciation globale de ces divers indicateurs permet d'évaluer si la condition formulée à la *let. b* est remplie ou non. Les cas Mobutu ou Duvalier peuvent être cités comme exemples. Ils sont emblématiques dans la mesure où le degré de corruption de ces deux présidents eux-mêmes mais aussi de leur pays (République démocratique du Congo et Haïti²⁹) était notoirement élevé durant la période où ils ont exercé leur fonction publique.

La *let. c* détermine quelles valeurs patrimoniales peuvent faire l'objet d'un blocage à titre conservatoire. Il doit s'agir de valeurs soumises au pouvoir de disposition de personnes politiquement exposées ou des proches de celles-ci, ou dont ces personnes sont les ayants droit économiques. Les valeurs patrimoniales de personnes morales peuvent également être prises en compte. La deuxième partie de la phrase précise le cercle des personnes dont les valeurs patrimoniales peuvent faire l'objet d'un blocage à titre conservatoire au sens de l'art. 3. Il s'agit exclusivement de personnes politiquement exposées dont on peut supposer qu'elles se sont rendues coupables d'actes de corruption, de détournements de fonds ou d'autres crimes. Pour évaluer au cas par cas si cette condition est remplie à l'égard d'une personne particulière, on se référera aux mêmes sources que celles énumérées à propos de la *let. b*. Conformément au but conservatoire du blocage, la culpabilité effective de la personne concernée et l'origine illicite ou criminelle des valeurs patrimoniales qui lui sont liées n'ont pas à être établies juridiquement pour pouvoir prendre les premières mesures conservatoires au sens de la présente loi par le biais d'un blocage. En ce qui concerne les infractions pénales potentielles, il peut s'agir de cas avérés de corruption, active et passive, mais aussi d'infractions graves contre le patrimoine, comme dans le cas Abacha (Nigeria).

La notion de pouvoir de disposition se base sur la même définition que celle déjà contenue dans la LRAI. En conséquence, le « pouvoir de disposition » a la même signification que dans les dispositions du Code pénal sur la confiscation de valeurs patrimoniales d'une organisation criminelle ; il est également étroitement lié à la notion de « maîtrise effective », soit la volonté de posséder une chose en fonction des possibilités effectives données³⁰. Cette notion s'applique par exemple à l'ayant droit économique au sens de la LBA qui, sous une forme ou une autre (par le biais d'une procuration, d'un trust ou d'un homme de paille par exemple), a accès à un compte bancaire dont il n'est pas le titulaire, et ce même s'il n'exerce son pouvoir de disposition que de manière indirecte. Dans cette perspective, la notion de pouvoir de disposition s'entend au sens large ; toutes les relations possibles d'une personne, y compris d'une personne morale, avec les valeurs patrimoniales visées sont couvertes.

²⁸ Par exemple la Banque mondiale mais aussi Transparency International (TI), qui effectuent régulièrement des travaux de recherche et des analyses sur le thème de la corruption.

²⁹ Voir l'arrêt du Tribunal pénal fédéral du 12 août 2009, RR.2009.94, cons. 3.2.3.

³⁰ Voir notamment l'art. 72 CP et le message y relatif FF 1993 III 269 309.

Selon la *let. d.*, il faut que la sauvegarde des intérêts de la Suisse exige le blocage des valeurs. Un intérêt à préserver la réputation de la Suisse sera généralement donné. Dans des cas particuliers, il est toutefois possible qu'une mesure allant moins loin qu'un blocage puisse atteindre les objectifs visés ou que des considérations politiques ne parlent pas en faveur d'un blocage. L'élément déterminant repose dans le contexte global des intérêts de politique étrangère, des droits de l'homme, de l'économie et des autres intérêts de la Suisse.

L'al. 2 enfin aborde la question de la concertation et de la coordination internationales du blocage d'avoirs à des fins conservatoires. Comme l'expérience le montre, les valeurs patrimoniales des personnes politiquement exposées soupçonnées de corruption ou d'autres délits ne sont la plupart du temps pas investies sur une seule place financière. Il est plutôt mis en place un réseau complexe d'ampleur internationale, constitué de structures de placement, de trusts, de sociétés écrans, etc., qui relève de plusieurs juridictions. Dans ce contexte, un blocage de valeurs patrimoniales à des fins conservatoires qui se limite à chaque Etat atteindra difficilement son objectif.

Le Conseil fédéral s'efforce de mettre en place un « level playing field » international. Il souhaite ainsi assurer la sauvegarde de la compétitivité internationale de la place financière suisse, notamment en ce qui concerne la gestion de fortune et la place d'investissement helvétique. Le Conseil fédéral tient par conséquent à éviter que la Suisse fasse cavalier seul et agisse isolément par rapport aux Etats partenaires. Néanmoins, si ses intérêts l'exigent, la Suisse doit pouvoir agir au cas par cas, après avoir procédé à une analyse globale de la situation, indépendamment des autres Etats et ainsi aussi plus tôt qu'eux.

Le Conseil fédéral a tenu compte de ces éléments dans la pratique qu'il a suivie jusqu'ici, notamment au cours des événements du Printemps arabe. Certes, en ordonnant le blocage des avoirs des présidents déchus Ben Ali (Tunisie), Moubarak (Egypte) et Kadhafi (Libye), la Suisse est le pays qui a réagi le plus rapidement aux bouleversements historiques qui se sont produits en Afrique du Nord. Cependant, le Conseil fédéral s'est assuré que la Suisse n'agissait pas de façon isolée. Avant d'ordonner les blocages, il s'est renseigné auprès d'autres Etats ou groupes d'Etats, comme l'UE. Ceux-ci lui ont du reste emboîté le pas quelques jours plus tard en ordonnant eux aussi des blocages de fonds.

Il est judicieux de renforcer la coordination internationale concernant les blocages à titre conservatoire car celle-ci accroît l'efficacité des mesures et rend plus difficile les transferts potentiels de capitaux vers d'autres places financières de même ordre. Le Conseil fédéral entend s'engager en ce sens au niveau international. L'élaboration de standards internationaux relatifs à une coordination préalable des blocages de valeurs patrimoniales prendra néanmoins un certain temps ; personne ne peut encore dire si et quand ces standards seront disponibles. Compte tenu de cette situation, *l'al. 2* précise que le Conseil fédéral – dans le prolongement de sa pratique – actuelle se renseigne sur la position des principaux Etats partenaires quant à ce type de mesures avant d'ordonner un blocage de valeurs patrimoniales. Si le Conseil fédéral ordonne des mesures de blocage, celles-ci doivent en règle générale être concertées avec les principaux Etats partenaires, du point de vue temporel et matériel. En fin de compte, cette disposition laisse néanmoins au Conseil fédéral la compétence d'ordonner rapidement des mesures en cas de besoin, indépendamment des autres Etats. Si le processus de concertation internationale sur les mesures de

blocage menace par exemple de prendre plusieurs semaines, une telle attente pourrait faire perdre au blocage son effet conservatoire. Dans un tel cas, le Conseil fédéral pourra également dans le futur agir de façon autonome. Le terme « principaux Etats partenaires » englobe, outre les principaux pays voisins comme l'Allemagne ou la France, d'autres pays de l'UE et des pays dotés de places financières importantes ou comparables comme les Etats-Unis.

Art. 4 Blocage en vue de la confiscation en cas d'échec de l'entraide judiciaire

Le blocage au sens de l'art. 4 se distingue fondamentalement d'un blocage au sens de l'art. 3. Une mesure préventive de blocage au sens de l'art. 3 intervient habituellement au tout début d'une affaire d'avois de potents et a pour objectif de faciliter la mise en place de relations d'entraide judiciaire. L'art. 4 en revanche fixe les conditions auxquelles le Conseil fédéral peut ordonner le blocage de valeurs patrimoniales en vue d'une confiscation ultérieure. Cette approche est seulement adoptée lorsqu'une restitution par la voie de l'entraide judiciaire s'est avérée impossible. Pour éviter la fuite des fonds suspects lorsque les mesures ordonnées dans le cadre de l'entraide judiciaire menacent d'être abandonnées, il est nécessaire d'ordonner un nouveau blocage par le biais d'une procédure administrative. Une fois cette mesure conservatoire prononcée, une procédure en confiscation est préparée. Les conditions pour engager cette procédure sont déterminées conformément au présent projet. Le blocage au sens de l'art. 4 et la confiscation subséquente (cf. art. 14 ss) est subsidiaire à l'entraide judiciaire. Un tel blocage peut être prononcé tant sous la forme d'une ordonnance que d'une décision.

L'art. 4 consiste essentiellement en une reprise des dispositions correspondantes de la LRAI. Entrée en vigueur le 1^{er} février 2011, la LRAI visait à compléter l'appareil législatif suisse en matière d'Asset Recovery, et a été créée suite aux expériences faites préalablement avec les fonds bloqués en Suisse, notamment ceux de l'ancien dictateur haïtien Jean-Claude Duvalier. Dans le cas Duvalier, l'entraide judiciaire menaçait d'échouer définitivement en raison de la situation de défaillance de l'Etat d'origine, Haïti. Ceci aurait signifié que les avoirs bloqués auraient dû être libérés, alors même que de forts indices attestaient que cet argent provenait d'actes de corruption et de délits similaires et avait été détourné. Une telle issue à la procédure aurait été très insatisfaisante pour la Suisse et pour sa réputation. Notre pays n'a aucun intérêt à voir sa place financière héberger des valeurs patrimoniales d'origine suspecte pour en restituer ensuite le pouvoir de disposition à des personnes qui selon toute vraisemblance ont utilisé ces fonds pour s'enrichir de manière illicite. En réaction, la Suisse a créé la possibilité, avec la LRAI, de bloquer les avoirs présumés de potents puis de les confisquer dans le cadre d'une procédure administrative devant les tribunaux suisses lorsque l'entraide judiciaire n'aboutit à aucun résultat³¹ en raison de la situation de défaillance de l'Etat d'origine (désigné sous le vocable de *ailing* ou de *failed states*, soit en français « Etat défaillant »).

L'art. 4, *al. 1*, expose les conditions justifiant un blocage en vue de la confiscation administrative de valeurs patrimoniales, telle qu'elle est définie par le droit en vigueur dans la LRAI. Les critères formulés correspondent par conséquent à ceux de

³¹ Cf. Message du 28 avril 2010 relatif à la LRAI, FF 2010 2995

la LRAI. En ce qui concerne les valeurs patrimoniales, cette disposition précise seulement que celles appartenant à des personnes morales peuvent aussi être bloquées. Cette formulation figure déjà dans l'art. 3 car les définitions sont reprises du projet du DFF du 27 février 2013 concernant le GAFI (cf. commentaire des art. 2 et 3). La procédure de confiscation est lancée lorsque la coopération en matière d'entraide judiciaire a échoué en raison de la situation de défaillance de l'Etat d'origine. Les conditions cumulatives suivantes doivent être remplies pour pouvoir ordonner un blocage au sens de l'art. 4 :

En vertu de la *let. a*, les valeurs patrimoniales doivent au préalable avoir fait l'objet d'une mesure provisoire de saisie dans le cadre d'une procédure d'entraide judiciaire internationale en matière pénale ouverte à la demande de l'Etat d'origine. L'ouverture d'une procédure d'entraide judiciaire est la preuve de la disposition et de la volonté de l'Etat d'origine de coopérer. Cette disposition signifie simultanément qu'un blocage au sens de l'art. 4 et la confiscation qui s'ensuit sont subsidiaires à la procédure d'entraide judiciaire internationale en matière pénale.

En vertu de la *let. b*, ces valeurs patrimoniales doivent être soumises au pouvoir de disposition des personnes politiquement exposées ou de leurs proches. La notion de pouvoir de disposition a déjà été commentée sous l'art. 3, *let. c*.

La *let. c* pose comme condition supplémentaire que l'Etat d'origine ne soit pas en mesure de répondre aux exigences de la procédure d'entraide judiciaire du fait de sa situation de défaillance. Elle évoque en fait le cas des Etats dits défaillants (« failed state »), quand l'Etat requérant n'est pas en mesure de fournir la coopération requise, soit parce qu'il n'en a pas la capacité (comme dans le cas Duvalier), soit parce qu'il n'en a pas la volonté continue (comme dans le cas Mobutu). Le concept de « situation de défaillance » employé dans cet article s'inspire de l'art. 17, al. 3, du Statut de Rome de la Cour pénale internationale³². Cette définition se rapporte uniquement à la situation d'un Etat en lien avec une procédure d'entraide judiciaire concrète avec la Suisse. Il ne s'agit pas d'une évaluation politique ou économique globale mais d'une appréciation concrète quant à sur une procédure concrète. Est examiné le fait de savoir si, dans un cas déterminé, l'Etat requérant a la capacité ou non de mener une procédure pénale répondant aux exigences de l'EIMP.

En vertu de la *let. d*, le blocage des avoirs doit servir à la sauvegarde des intérêts de la Suisse. Le commentaire de l'art. 3 fournit déjà des explications à ce sujet. Le Conseil fédéral pourrait par exemple invoquer les dispositions de la *let. d*, soit l'absence d'un intérêt pour la Suisse, pour refuser d'engager une action lorsqu'il lui semble que l'Etat d'origine a uniquement entamé une procédure d'entraide judiciaire pour des considérations politiques, sans manifester de réelle volonté d'accomplir un véritable travail sur le passé.

Conformément à l'*al. 2*, il sera désormais possible de bloquer et de confisquer des avoirs, même lorsqu'il s'avère que la coopération judiciaire est exclue parce que les standards en matière de respect des droits de l'homme sont insuffisants et qu'il existe des raisons de croire que la procédure dans l'Etat d'origine ne respecte pas les principes de procédure déterminants prévus par l'EIMP.

³² RS 0.312.1

L'art. 2, let. a, EIMP dispose que la demande de coopération en matière pénale est irrecevable s'il y a lieu d'admettre que la procédure à l'étranger n'est pas conforme aux principes de procédure fixés par la Convention européenne du 4 novembre 1950³³ de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) ou par le Pacte international du 16 décembre 1966³⁴ relatif aux droits civils et politiques (Pacte II de l'ONU). Cet article a pour but d'éviter que la Suisse soutienne l'accomplissement de procédures pénales qui n'accorderaient pas aux personnes poursuivies les garanties minimales auxquelles elles ont droit.

L'examen d'un tel motif d'irrecevabilité, au sens de l'art. 2 EIMP, implique un jugement de valeur sur le régime politique de l'Etat requérant, ses institutions, sa conception des droits fondamentaux et leur garantie effective, ainsi que sur l'indépendance et l'impartialité de la justice. Il ne s'agit pas de quelques irrégularités de procédure commises à l'étranger ; ceci ne constituerait pas un motif suffisant pour déclarer l'entraide judiciaire irrecevable. Dans de tels cas, il appartient aux autorités de l'Etat requérant de corriger les éventuels défauts de procédure et de garantir une procédure équitable aux personnes concernées. Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, les incertitudes qui pèsent sur la situation générale des droits de l'homme ne justifient pas un refus de l'entraide judiciaire et peuvent ainsi commander d'obtenir des assurances quant au respect de l'art. 6 CEDH et de l'art. 14 du Pacte II de l'ONU³⁵. L'irrecevabilité de l'entraide judiciaire se justifie uniquement lorsque la procédure pénale engagée dans l'Etat d'origine ne respecte fondamentalement pas les garanties de procédure énoncées dans la CEDH et dans le Pacte II de l'ONU.

Le Conseil fédéral a déjà abordé cette problématique dans le message relatif à la LRAI. Il avait alors relevé que la let. c (qui envisage un scénario de « failed state ») pouvait concerner également des cas où une demande de coopération en matière pénale est irrecevable au sens de l'art. 2 EIMP³⁶. Suite aux événements en lien avec le Printemps arabe, le Conseil fédéral a décidé de proposer l'adoption d'une réglementation expresse dans le présent nouveau projet de loi unique.

Il serait manifestement contraire aux intérêts de la Suisse d'accepter que les efforts engagés pour restituer les fonds soient anéantis parce que l'entraide judiciaire n'est pas possible en raison d'un manque de respect des principes de procédure énoncés dans l'EIMP. Cela signifierait que les personnes qui ont vraisemblablement dérobé les avoirs en question à l'Etat d'origine obtiennent de nouveau le pouvoir d'en disposer. Un tel dénouement réduirait à néant tous les efforts fournis pour sauvegarder l'intégrité et la réputation de la place financière suisse, de même que l'engagement de notre pays en matière de politique d'aide au développement. Le Conseil fédéral estime par conséquent pertinent et nécessaire que la loi autorise dorénavant expressément dans de tels cas le blocage et la confiscation qui s'ensuit. Ceci permet de restituer les valeurs patrimoniales concernées à l'Etat d'origine, tout en sauvegardant les principes de l'état de droit.

C'est pourquoi l'art. 4, al. 2, prévoit expressément une possibilité supplémentaire d'ordonner le blocage de fonds en vue d'une confiscation. Une telle décision pré-

³³ RS 0.101

³⁴ RS 0.103.2

³⁵ ATF 123 II 161 consid. 6f pp. 171ss

³⁶ Message du 28 avril 2010 relatif à la LRAI, FF 2010 3016

suppose tout d'abord que le Conseil fédéral a ordonné au préalable une mesure préventive de blocage au sens de l'art. 3 afin de faciliter l'entraide judiciaire avec l'Etat d'origine. S'il s'avère, une fois cette mesure préventive ordonnée, que la coopération dans le cadre de l'entraide judiciaire est impossible parce que les standards en matière de respect des droits de l'homme dans l'Etat d'origine sont insuffisants, la nouvelle disposition contenue à l'art. 4, al. 2, trouve application. Elle crée les conditions nécessaires à une restitution des fonds par le biais de la confiscation au sens des art. 14 ss, dès lors que la restitution par la voie de l'entraide judiciaire n'est plus envisageable. Le blocage des fonds au sens de l'art. 4, al. 2, peut intervenir à différents stades. En règle générale, il aura été précédé de longs échanges avec l'Etat d'origine ainsi que d'un examen approfondi de la situation sur place. On peut aussi envisager des cas dans lesquels, peu après le dépôt d'une demande déjà, il s'avère évident qu'une coopération en matière d'entraide judiciaire avec l'Etat d'origine n'est pas possible, eu égard aux conditions énoncées à l'art. 2, let. a, EIMP.

La référence à l'art. 2, let. a, EIMP contenue dans l'al. 2 présente l'avantage de proposer une définition claire et d'étendre d'une manière précisément déterminée les possibilités de confiscation.

Art. 5 Adaptation des listes

L'al. 1 règle les circonstances dans lesquelles un blocage d'avoirs ordonné par le Conseil fédéral peut être étendu et quelles autres personnes peuvent être soumises au blocage d'avoirs. En règle générale, il s'agira du blocage de valeurs patrimoniales à des fins conservatoires, conformément à l'art. 3. La disposition proposée correspond à la pratique actuelle, selon laquelle le DFAE peut compléter la liste des personnes visées par un blocage dans certaines circonstances. Cette réglementation est pertinente et intervient au niveau adéquat. La décision de principe consistant à prononcer un blocage des avoirs à l'encontre de personnes d'un Etat déterminé a auparavant été prise par le Conseil fédéral en raison de l'importance de cette décision au plan de la politique étrangère (cf. art. 3). Pour que le DFAE puisse étendre le blocage des avoirs à d'autres personnes, il faut que l'une des conditions alternatives formulées dans le projet de loi soit remplie. D'une part, il s'agit de l'exigence de la coordination internationale avec les principaux Etats partenaires. Il peut s'agir par exemple d'une adaptation découlant de l'ajustement ou de la modification des mesures prises par l'UE ou par les Etats-Unis. D'autre part, une adaptation est également possible si la sauvegarde des intérêts de la Suisse l'exige. Cela présupposera généralement que de nouvelles informations indiquent du côté de l'Etat d'origine ou du côté des représentations suisses à l'étranger qu'une telle démarche semble pertinente. Le DFAE peut par exemple parvenir à la conclusion que l'extension du blocage des avoirs à d'autres personnes est nécessaire en raison de l'absence de progrès dans l'entraide judiciaire avec l'Etat d'origine. Si les conditions formulées à l'art. 5 ne sont pas remplies, une extension des blocages d'avoirs à d'autres personnes en application des art. 3 ou 4 devra être décidée par le Conseil fédéral. Avant d'ajouter ou de radier des personnes sur la liste, le DFAE consulte d'autres départements. Il s'agira notamment du Département fédéral des finances (DFF), du Département fédéral de justice et police (DFJP) et du Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR).

L'al. 2 affirme explicitement le droit des personnes contre lesquelles le blocage s'avère infondé à obtenir leur radiation immédiate de la liste des personnes visées par le blocage ainsi que la libération des fonds bloqués. Le cas peut se produire lorsque l'inscription d'une personne sur la liste résulte d'une méprise manifeste. Sont également envisageables les cas où les conditions justifiant un blocage ne sont après coup plus réunies (par exemple parce que la personne inscrite sur la liste n'exerce plus son pouvoir de disposition, respectivement parce qu'elle a après coup perdu son droit de signature). La décision est du ressort du DFAE, qui rend une ordonnance susceptible de recours. La réglementation prévue dans le projet de loi correspond à la pratique actuelle. Pour plus de précisions concernant la protection juridique, se reporter à l'art. 20.

La liste des personnes visées par le gel des avoirs contiendra au minimum, pour les personnes physiques, leur nom et prénom et, pour les personnes morales, le nom de l'entreprise. Pour éviter les méprises, des informations complémentaires, si elles sont disponibles, seront ajoutées à la liste des personnes physiques, comme les relations familiales, la profession, la date de naissance, la nationalité, le(s) numéro(s) du ou des passeports, les pseudonymes et la date d'inscription sur la liste. Les personnes morales seront identifiées avec davantage de précision, dans la mesure du possible, par le biais de données relatives à leur siège, leur but social, leur numéro de registre du commerce, etc. Les informations portées sur la liste devraient être aussi détaillées que possible pour aider les intermédiaires financiers à s'acquitter au mieux de leur devoir d'identification. La liste devrait aussi indiquer la raison pour laquelle une personne y figure, pour autant que ces informations soient disponibles. Ces renseignements peuvent être utiles pour faciliter l'identification des personnes inscrites. En outre, la transparence des mesures prises à l'égard de la personne visée, des intermédiaires financiers et des pouvoirs publics s'en voit ainsi renforcée. Il faut garder en tête qu'une liste doit être établie rapidement, raison pour laquelle il est impossible de mener une investigation détaillée sur les motifs de chaque inscription. Ces motifs sont donc formulés de façon relativement générale et succincte. L'inscription sur une liste n'a un caractère ni condamnatore ni confiscatoire.

Art. 6 *Durée du blocage*

L'al. 1 fixe la durée pour laquelle un blocage de valeurs patrimoniales à titre conservatoire peut être ordonné. Le blocage constitue une mesure préventive en vue de la mise en place de relations d'entraide judiciaire. Tout blocage entraîne une atteinte aux droits de propriété de la personne visée. Dans ce contexte, il va de soi qu'un blocage doit être limité dans le temps, ce qui correspond du reste à la pratique actuelle³⁷. *L'al. 1* prévoit de limiter à une durée maximale de 4 ans le blocage de valeurs patrimoniales au sens de l'art. 3. La durée du blocage est une question de pesée des intérêts : eu égard au principe de la proportionnalité, elle ne devrait pas être trop longue, mais toutefois d'une durée suffisante pour obtenir de premiers résultats par la voie de l'entraide judiciaire sous la forme de blocages d'avoirs au titre de l'entraide judiciaire ou à titre pénal. Il convient de garder à l'esprit qu'en cas de renversement du pouvoir, une grande partie de la structure étatique (et donc de l'appareil judiciaire) du pays concerné sera tout d'abord renouvelée. Compte tenu de ces éléments, il semble opportun de limiter le premier blocage à une durée maximale

³⁷ Ainsi expressément l'art. 184, al. 3, phrase 2, Cst.

de 4 ans. Cette période débute avec l'entrée en vigueur de l'ordonnance de blocage. Après expiration du premier délai de blocage, le Conseil fédéral peut prolonger le blocage d'un an renouvelable, pour autant que l'Etat d'origine ait exprimé sa volonté de coopérer dans le cadre de l'entraide judiciaire. Ceci pourrait par exemple être le cas lorsqu'il existe des indices concrets attestant que l'Etat d'origine s'efforce de constituer ou de motiver une demande d'entraide judiciaire. Si les conditions justifiant une prorogation ne sont plus remplies, l'ordonnance de blocage cesse d'être en vigueur. Dans tous les cas, la durée maximale d'un blocage est de 10 ans.

Selon la progression de l'entraide judiciaire et d'une éventuelle procédure pénale nationale en Suisse, les autorités de poursuite pénale peuvent prononcer assez rapidement un blocage additionnel des valeurs patrimoniales déjà bloquées conformément à l'art. 3. Un tel blocage additionnel ne supprime pas automatiquement le blocage administratif au sens de l'art. 3. Il est concevable, voire dans certains cas probable, que les enquêtes menées dans le cadre de l'entraide judiciaire et d'éventuelles procédures pénales en Suisse révèlent des valeurs patrimoniales douteuses, non pas en une fois mais en plusieurs étapes à mesure que progressent les enquêtes, et que ces avoirs ne soient dès lors que partiellement bloqués. En revanche, une mesure préventive de blocage au sens de l'art. 3 s'applique à l'ensemble des valeurs patrimoniales des personnes visées en Suisse, dès le moment où elle est prononcée, ce qui correspond au caractère conservatoire de la mesure. Celle-ci sera maintenue pendant toute la durée du blocage afin de laisser suffisamment de temps aux autorités de poursuite pénale dans l'Etat d'origine et en Suisse pour mener à bien leurs enquêtes.

L'al. 2 contient les dispositions relatives aux mesures de blocage au sens de l'art. 4. Il s'agit d'une reprise des dispositions telles que la LRAI le prévoit conformément au droit en vigueur. Ainsi, les valeurs patrimoniales bloquées en vue d'une procédure de confiscation restent bloquées jusqu'à l'entrée en force de la décision relative à leur confiscation. Si, dans un délai de dix ans à compter de l'entrée en force de la décision de blocage, aucune action en confiscation n'est ouverte, le blocage des valeurs patrimoniales est caduc.

Art. 7 Obligation de communiquer et de renseigner

L'al. 1 prévoit une obligation de communiquer. Cette disposition impose à toute personne ou institution de déclarer au DFAE des valeurs patrimoniales tombant sous le coup d'une mesure de blocage. La formulation est identique à celle des ordonnances de blocage concernant la Tunisie et l'Egypte³⁸. L'obligation de communiquer est capitale pour la mise en œuvre du blocage de valeurs patrimoniales à titre conservatoire au sens de l'art. 3. Elle déploie ses effets dès que le Conseil fédéral a adopté la mesure de blocage ou dès que l'ordonnance a été publiée, assortie d'une liste des personnes physiques et morales visées par le blocage. Le blocage s'applique à toutes les valeurs patrimoniales des personnes concernées qui sont déposées en Suisse. Conformément à la pratique actuelle, le projet de loi n'attribue aux autorités aucune compétence en matière d'inspection ou de mesures de contrainte pour faire exécuter le blocage. C'est pourquoi il est nécessaire que les intermédiaires financiers et les autres institutions qui connaissent l'existence de valeurs patrimoniales, suite à la publication d'une ordonnance de blocage ou de la notification d'une décision de

³⁸ RS 946.231.132.1 (Egypte) et RS 946.231.175.8 (Tunisie), art. 4

blocage, les bloquent immédiatement et les déclarent aux autorités. Il ne suffit pas d'avoir une simple connaissance de ces valeurs patrimoniales (par ex. par oui-dire) ; seules sont soumises à l'obligation de communiquer les valeurs patrimoniales qui sont connues dans le cadre de relations professionnelles d'affaires ou commerciales déterminées.

En ce qui concerne le contenu, comme le précise *l'al. 2*, la communication indiquera le nom du cocontractant et de l'ayant droit économique, ainsi que l'objet et la valeur des valeurs patrimoniales bloquées. Cette disposition correspond à celle qui figure déjà dans les ordonnances de blocage relatives à la Tunisie et à l'Égypte. Le DFAE traite confidentiellement les informations communiquées en général par les intermédiaires financiers. Si des valeurs patrimoniales sont détenues par des personnes ou institutions qui ne sont pas soumises à la LBA et ne sont donc pas tenues d'identifier l'ayant droit économique, il suffit d'indiquer le nom du cocontractant, respectivement du partenaire commercial concerné.

L'al. 3 prévoit des obligations de renseigner plus étendues, dans la mesure où le DFAE a besoin d'informations ou de documents complémentaires pour l'exécution de la loi. Bien entendu, cette disposition s'applique uniquement aux valeurs patrimoniales déclarées ou visées par la mesure de blocage. Comme déjà expliqué à propos de *l'al. 1*, le Conseil fédéral renonce à conférer aux autorités compétentes des attributions en matière d'inspection ou de mesures de contrainte. En cas de besoin, ces autorités doivent néanmoins avoir la possibilité d'exiger de la part des intermédiaires financiers et des autres institutions concernées, de manière ciblée, tous les renseignements et toutes les informations indispensables à l'exécution de la présente loi. En pratique, il s'est avéré primordial de pouvoir notamment consulter les documents bancaires pertinents afin de pouvoir prendre les décisions correspondantes, en application des art. 8 et 9.

Aux termes de *l'al. 4*, une communication au DFAE ne dispense pas des obligations prévues dans la loi concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (loi sur le blanchiment d'argent, LBA³⁹). Cela signifie que les intermédiaires financiers qui ont effectué une communication en vertu de *l'art. 7* de la loi ne sont pas pour autant exonérés de leurs responsabilités au sens de la LBA. Ils doivent aussi examiner s'ils doivent prendre des mesures supplémentaires, suite à de nouvelles investigations, en application des dispositions déjà en vigueur sur le blanchiment d'argent. En résumé, une communication faite en application de la présente loi ne signifie pas forcément qu'il existe un soupçon fondé au sens de *l'art. 9* LBA ni qu'il faut effectuer une communication en ce sens auprès du Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS). Néanmoins, l'inscription d'un nom sur la liste des personnes visées par une mesure préventive de blocage ordonnée par le Conseil fédéral entraîne pour les intermédiaires financiers soumis à la LBA des obligations de clarification au sens de *l'art. 6* LBA. *L'art. 3*, al. 1, let. c, du projet de loi précise que pour ordonner le blocage de valeurs patrimoniales, celles-ci doivent être supposées avoir été obtenues par le biais d'activités criminelles. La pratique montre qu'il est généralement difficile dans ces circonstances de dissiper les soupçons pesant sur l'origine potentiellement criminelle des relations d'affaires communiquées au DFAE. On peut toutefois envisager des

exceptions, où l'origine légale des avoirs est manifeste (par ex. quand ces avoirs reposent sur des versements de collectivités publiques suisses). Cela signifie que les intermédiaires financiers soumis à la LBA doivent en général transmettre en sus une communication au MROS, alors que les autres personnes et institutions sont uniquement tenues de communiquer leurs informations au DFAE.

A l'occasion des travaux législatifs, on a examiné s'il existait un moyen d'éviter cette communication supplémentaire ou double et de permettre aux personnes soumises à l'obligation de communiquer d'adresser une seule communication à un seul service de l'administration fédérale (dit « guichet unique », dans le cas présent le MROS).

Compte tenu du champ d'application de la LBA, qui est limité aux intermédiaires financiers, et des différents objectifs et processus qui ressortent de la LBA et du présent projet, l'idée de confier au MROS la tâche supplémentaire de réceptionner les communications transmises en application de la loi sur les avoirs de potentats a été temporairement abandonnée. Cette décision s'explique notamment par le fait que le contenu de la communication à effectuer en application de la LBA doit être beaucoup plus complet et détaillé que celui de la communication au sens de l'art. 7 de la présente loi. Comme déjà évoqué précédemment, une communication au sens de la LBA implique des obligations de clarification supplémentaires tandis qu'une communication transmise en application de la présente loi doit simplement contenir les informations indiquées à l'art. 7, al. 2.

L'adaptation de différents textes de loi à la révision récente des recommandations du GAFI est actuellement en consultation et prévoit dans son sillage également l'adaptation des mécanismes de communication et de blocage prévus dans la LBA⁴⁰. Dans la perspective de ces adaptations et des propositions à venir sur la mise en œuvre des standards du GAFI relatives au blocage des valeurs patrimoniales de terroristes et d'organisations terroristes, le Conseil fédéral se réserve la possibilité de proposer, en fonction des résultats de la consultation, un mécanisme de communication qui permettrait de rassembler auprès d'une seule autorité fédérale (vraisemblablement le MROS) les communications transmises en application des diverses lois sur la question.

Les obligations de communiquer et de renseigner instaurées par l'art. 7 donnent notamment aux intermédiaires financiers concernés les bases légales nécessaires pour agir sans violer le secret bancaire établi par l'art. 47 de la loi sur les banques (LB)⁴¹ ni d'autres normes éventuelles de protection du secret.

Art. 8 Administration des valeurs patrimoniales bloquées

Les questions relatives à l'administration des valeurs patrimoniales bloquées revêtent en pratique une importance considérable. Raison pour laquelle il convient d'en fixer les principes dans la loi. Le principe du maintien de la valeur, respectivement du capital joue à cet égard un rôle capital ; ce principe s'adresse en particulier aussi

⁴⁰ Mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012 ; cf. commentaire de l'art. 2

⁴¹ RS 952.0

aux intermédiaires financiers qui détiennent et gèrent les valeurs patrimoniales bloquées.

Le projet de loi énonce les principes qui régissent l'administration des valeurs patrimoniales bloquées et qui s'appliquent aux deux formes de blocage de fonds prévues par le projet de loi. Il en va de même pour la possibilité d'autoriser des exceptions (cf. art. 9 ci-après). Cela permet de clarifier la situation juridique relative aux mesures de blocage en vue d'une confiscation ultérieure. La LRAI ne contient aucune disposition sur l'administration de valeurs patrimoniales bloquées ni sur l'octroi d'exceptions. En revanche, les ordonnances de blocage que le Conseil fédéral a adoptées en se fondant sur la Constitution énonçaient certains principes relatifs à l'administration des avoirs et à l'octroi d'exceptions. La pratique a aussi montré qu'il est judicieux de fixer dans la loi des principes clairs pour ces deux questions. Les règles proposées aux art. 8 et 9 se fondent sur les dispositions contenues dans les ordonnances de blocage ainsi que sur la pratique.

Le blocage de fonds est conçu comme une mesure conservatoire visant à favoriser la mise en place de relations d'entraide judiciaire ou en prévision d'une procédure en confiscation ultérieure, conformément aux art. 14ss. Les valeurs patrimoniales dont l'origine illicite a été établie lors d'une procédure judiciaire sont destinées à être restituées à l'Etat d'origine. C'est pourquoi il est important de s'assurer que les fonds en question sont placés de manière sûre et qu'ils ne se déprécient pas. Pour des raisons techniques, il va de soi qu'il faut appliquer ici les mêmes principes que ceux adoptés pour l'entraide judiciaire ou la procédure pénale.

L'al. 1 énonce le principe selon lequel les valeurs patrimoniales bloquées doivent, dans toute la mesure du possible, être administrées de manière que leur placement soit sûr, qu'elles ne se déprécient pas et qu'elles produisent un rendement⁴². Comme le montre l'expérience, l'exigence « que le placement soit sûr et que les valeurs ne se déprécient pas » peut le cas échéant entrer en conflit avec l'exigence « qu'elles produisent un rendement ». En principe, le placement existant est conservé. En cas de doute, la sécurité et la préservation de la valeur l'emportent sur le rendement. Une fois leur blocage prononcé, les valeurs patrimoniales doivent continuer à être administrées conformément aux usages bancaires, aux intérêts et au mandat du client. Les actes courants de gestion bancaires effectués par des intermédiaires financiers dans le cadre d'une relation d'affaires peuvent également être facturés (par ex. frais administratifs et frais de dépôt, frais de gestion de la fortune, etc.).

Néanmoins, pour pouvoir être exécutés, les mandats existants ou à venir concernant le placement de fortune doivent être motivés et obéir à la raison d'être du blocage des fonds ainsi qu'à l'objectif premier de sécurité et de maintien de la valeur. Selon la pratique qui s'est instaurée, les intermédiaires financiers prennent contact avec les autorités compétentes lorsque la question a besoin d'être clarifiée. Cela permet de déterminer dans un cas concret s'il s'agit d'un acte de gestion normal que les intermédiaires financiers peuvent exécuter sans autre, ou s'il faut une autorisation des autorités.

L'expérience du Printemps arabe montre que les autorités doivent être en mesure, le cas échéant, d'ordonner des mesures ciblées pour éviter tout risque de dépréciation

⁴² En référence à l'art. 1 de l'ordonnance sur le placement des valeurs patrimoniales séquestrées, RS 312.057

des valeurs patrimoniales bloquées. C'est pourquoi *l'al. 2* accorde au DFAE une compétence en ce sens. Il s'agit généralement de cas où un intermédiaire financier ou une autre institution qui détient des valeurs patrimoniales attire l'attention du DFAE sur le risque de dépréciation des valeurs. Ces mesures doivent s'appliquer de manière restrictive à des situations exceptionnelles ; conformément au principe du maintien de la valeur, le DFAE doit être en présence d'un risque substantiel de dépréciation des valeurs patrimoniales bloquées pour pouvoir ordonner les mesures dictées par la situation.

La possibilité d'une réalisation conformément à la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)⁴³, énoncée à *l'al. 3*, est reprise de l'art. 266, al. 5, du code de procédure pénale (CPP)⁴⁴.

L'al. 4 pose le principe de la primauté d'une procédure pénale ou d'une procédure d'entraide judiciaire menée en parallèle. Comme expliqué dans le commentaire de l'art. 5, une mesure de blocage à titre conservatoire est maintenue, même lorsque d'autres blocages sont ordonnés dans le cadre d'une procédure pénale ou d'une procédure d'entraide judiciaire. Se pose alors le besoin d'une règle de conflit. L'art. 8, al. 4, dispose que la gestion incombe à l'autorité responsable de la procédure pénale ou de la procédure d'entraide judiciaire, dans la mesure où les valeurs patrimoniales en question sont également bloquées dans le cadre d'une telle procédure.

Art. 9 Libération de valeurs patrimoniales bloquées

Les expériences faites à ce jour montrent qu'il est nécessaire, dans certaines situations, d'autoriser la libération de valeurs patrimoniales bloquées. Néanmoins, pour respecter la finalité même du blocage des avoirs, il est important de se limiter à des cas exceptionnels et bien définis. L'article 9 crée la base légale requise pour autoriser une telle libération. Des dispositions similaires figurent déjà dans les ordonnances de blocage que le Conseil fédéral a adoptées en se fondant sur l'art. 184, al. 3, Cst⁴⁵. Conformément à la pratique usuelle, le DFAE consulte au préalable les autres services concernés de la Confédération.

De telles libérations sont notamment possibles pour prévenir les cas de rigueur ou lorsque la sauvegarde d'importants intérêts de la Suisse l'exige. Concernant la prévention des cas de rigueur, on peut envisager une libération partielle de valeurs patrimoniales afin de couvrir les besoins essentiels des personnes inscrites sur une liste ou de celles envers lesquelles elles ont des obligations d'entretien⁴⁶. Le paiement d'un traitement médical urgent en est un exemple type. La sauvegarde d'importants intérêts de la Suisse, quant à elle, concerne les relations de la Suisse avec l'étranger ou des intérêts économiques

Art. 10 Solution transactionnelle

Par le passé, le Conseil fédéral a, à plusieurs reprises, lié les mesures de blocage à un mandat de négociation attribué au DFAE. L'art. 4 de la LRAI prévoit expressément

⁴³ RS 281.1

⁴⁴ RS 312.0

⁴⁵ Par exemple pour la Tunisie et l'Égypte, RS 946.231.132.1 et RS 946.231.175.8

⁴⁶ cf. art. 4, let. a, du Règlement (UE) n° 101/2011 du Conseil concernant la Tunisie.

cette possibilité. Il est judicieux de reprendre cette disposition dans le nouveau texte de loi.

Par voie de conséquence, *l'al. 1* prévoit la possibilité pour le Conseil fédéral de donner mandat au DFAE de rechercher une solution transactionnelle, en vue de permettre la restitution intégrale ou partielle des fonds bloqués à l'Etat d'origine. Une solution négociée doit rester possible à titre exceptionnel car elle permet, en cas de succès, de raccourcir la procédure de blocage et d'accélérer la restitution des valeurs bloquées. Peuvent entrer en ligne de compte, notamment, des cas qui risquent d'enclencher une procédure longue et fastidieuse alors que les sommes en jeu sont relativement modestes. Pendant le blocage, une solution transactionnelle doit être envisageable à tout moment. Un tel mécanisme de négociation sera mis en place par le DFAE en fonction des spécificités du cas et si les ayants droit des avoirs bloqués sont disposés à s'impliquer dans ce processus. La clé de répartition des valeurs entre leur Etat d'origine et les ayants droit de celles-ci est négociée au cas par cas. Les limites d'une solution négociée sont atteintes lorsque les fonds concernés font également l'objet d'une mesure de blocage, dans le cadre d'une procédure d'entraide judiciaire ou d'une procédure pénale nationale ouverte en Suisse. Dans ce cas, le Conseil fédéral ne dispose généralement plus de la marge de manœuvre nécessaire, en application du principe de séparation des pouvoirs.

Aux termes de *l'al. 2*, la solution transactionnelle est soumise à l'approbation du Conseil fédéral. Si elle est approuvée, le Conseil fédéral lève le blocage des valeurs patrimoniales conformément à *l'al. 3* et les fonds peuvent être restitués selon les modalités négociées. Les art. 17 et 18 s'appliquent par analogie.

2.2.3 Section 3 Mesures de soutien

Art. 11 Principe

Dans le cas des avoirs de potentats, il s'agit souvent d'un état de faits relevant d'une criminalité économique complexe. C'est pourquoi les autorités de l'Etat d'origine éprouvent généralement des difficultés à mener à bien les procédures correspondantes et à adresser des demandes d'entraide judiciaire à l'étranger. Cela s'avère particulièrement vrai lorsqu'un renversement politique dans l'Etat d'origine a ouvert la voie à un examen pénal du comportement de personnes politiquement exposées et de leur entourage. Dans un tel cas de figure, les autorités judiciaires de l'Etat d'origine ont peu, voire aucune expérience pour élucider les délits en question puisque la politique intérieure pratiquée avant le changement de régime ne leur permettait pas d'enquêter en ce sens. A cela s'ajoute le fait que les Etats en phase postrévolutionnaire se retrouvent souvent dans une situation difficile et confuse sur le plan de la politique intérieure. Cela entrave également le travail de la justice.

Pour des questions de réputation, mais aussi pour des raisons juridiques générales, notre pays a tout intérêt à ce que des fonds d'origine illicite, qui ont été mis à l'abri sur la place financière suisse, soient restitués le plus rapidement possible à l'Etat d'origine. La question d'un soutien ciblé à l'Etat d'origine se pose alors. L'expérience montre qu'une collaboration réussie en vue d'une restitution des avoirs

de potentats repose sur un partenariat étroit entre l'Etat d'origine des valeurs patrimoniales et la Suisse. La Suisse s'efforce de soutenir de son mieux les Etats d'origine, dans les limites prévues par la loi, et de contribuer ainsi à un traitement rapide de ces cas. A cette fin, il convient de déterminer précisément quelles sont les mesures de soutien dont l'Etat d'origine a besoin. Il s'agit en général d'une collaboration technique, laquelle est depuis longtemps un élément intrinsèque de la pratique suisse en la matière.

L'art. 11 inscrit ce principe dans la loi, en tant que disposition potestative. La disposition proposée ne confère donc à l'Etat d'origine aucun droit légal à des mesures de soutien d'aucune sorte. Ainsi, les autorités fédérales continueront de disposer d'un pouvoir d'appréciation suffisant.

Art. 12 Assistance technique

L'art. 12 concrétise le principe du soutien à l'Etat d'origine consacré par l'art. 11. Les différentes mesures proposées à cet effet sont indiquées à titre d'exemple dans l'al. 2 et leur liste n'est pas exhaustive. Il s'agit la plupart du temps d'activités relevant de la collaboration technique. La mesure consistant à former les autorités étrangères compétentes et à leur dispenser des conseils juridiques peut notamment revêtir la forme de séminaires et de formations sur le droit régissant l'entraide judiciaire et sur le droit pénal suisse. D'autres mesures de soutien peuvent être envisagées, comme la prise en charge des honoraires d'avocats spécialisés ainsi que l'attribution de mandats ou le soutien financier à des institutions comme l'International Center for Asset Recovery (ICAR) établi à Bâle ou l'initiative de la Banque mondiale StAR (Stolen Asset Recovery Initiative). ICAR a fait un travail de pionnier et grâce à son indépendance et à son excellente réputation, de nombreux Etats l'estiment et le consultent en tant que détenteur de savoir-faire. L'institution la plus importante à l'échelle internationale est la *Stolen Asset Recovery Initiative* (StAR), une initiative lancée en 2007 par la Banque mondiale et l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDD). Comme ICAR, StAR collabore avec des pays en développement et des centres financiers en vue de lutter contre le blanchiment d'argent et de restituer les avoirs de potentats, joue le rôle de médiateur entre les parties en présence et propose des formations pour favoriser une restitution systématique et rapide des valeurs patrimoniales spoliées.

L'organisation de conférences et de rencontres bilatérales et multilatérales poursuit plusieurs objectifs. Elle vise notamment à opérer un transfert de connaissances mais aussi à bâtir des réseaux et à établir des relations de confiance directes entre les autorités judiciaires. Comme le montre l'expérience, un dialogue constant et soutenu entre les autorités compétentes de l'Etat requis et de l'Etat requérant est un facteur clé pour obtenir des progrès dans la restitution de valeurs patrimoniales. Les rencontres d'experts, qui offrent l'occasion de discuter de questions d'actualité en lien avec la restitution d'avoirs de potentats, jouent elles aussi un rôle important. Les « Séminaires de Lausanne », que la Suisse mène régulièrement depuis 2001, sont devenus des rendez-vous appréciés et mondialement reconnus qui favorisent les échanges entre experts.

La Suisse a aussi fait de très bonnes expériences dans le passé avec le détachement d'experts. Ces experts sont généralement des praticiens du milieu judiciaire, dotés

d'une longue expérience de l'entraide judiciaire et habitués à élucider des délits économiques complexes. Ces experts peuvent apporter leur appui aux autorités de l'Etat d'origine pour enquêter sur les délits économiques et les élucider, leur expliquer les particularités du système juridique suisse et les aider à formuler des demandes d'entraide judiciaire complètes et formellement correctes. Le détachement peut se faire par l'intermédiaire du pool d'experts du DFAE pour la promotion civile de la paix ou d'organisations partenaires comme ICAR.

Conformément à l'al. 3, le DFAE coordonne ces mesures avec les autres départements concernés, en fonction du champ de compétence de chacun. Cette façon de procéder garantit une action cohérente, dans l'intérêt général de la Suisse. La disposition prévoit également la possibilité de collaborer avec des institutions nationales et internationales compétentes en vue de l'exécution des mesures. Là encore, des institutions spécialisées comme ICAR ou l'initiative StAR de la Banque mondiale sont en première ligne (cf. al. 2).

Art. 13 Communication d'informations à l'Etat d'origine

Le Conseil fédéral propose d'introduire à l'art. 13 une disposition permettant désormais au DFAE de communiquer à l'Etat d'origine certaines informations qui peuvent lui être utiles pour instaurer une coopération en matière d'entraide judiciaire. Il s'agit là de la seconde des deux nouveautés matérielles introduites par le projet.

Le passé a montré que les autorités judiciaires des Etats d'origine ont souvent du mal à motiver convenablement leurs demandes d'entraide judiciaire pour obtenir la restitution des avoirs de potentats à la faveur d'un changement de régime politique. Ces problèmes sont généralement dus à un manque d'expérience et de connaissances spécialisées, qui sont nécessaires pour élucider des cas complexes de criminalité économique internationale. Or les autorités suisses ne peuvent pas entrer en matière sur des demandes insuffisamment motivées. L'entraide judiciaire risque ainsi de connaître des retards considérables, voire d'échouer. Compte tenu de la pression politique et des attentes considérables, ce genre d'impasse nuit aux intérêts tant de la Suisse que des Etats d'origine.

Le détachement d'experts prévu à l'art. 12 peut être un moyen de débloquer une telle situation. Le Conseil fédéral aimerait également intervenir à un second niveau. C'est pourquoi il propose d'ancrer dans la loi la possibilité de communiquer certaines informations à l'Etat d'origine, en marge de l'entraide judiciaire proprement dite, en énonçant clairement et en définissant précisément les conditions et l'étendue de la transmission d'informations. L'Etat d'origine devra utiliser ces informations exclusivement et directement pour adresser une demande d'entraide judiciaire à la Suisse ou, et c'est ce qui sera dans la pratique le cas le plus courant, pour compléter une demande déjà déposée.

L'art. 13 constitue un complément aux dispositions du droit régissant l'entraide judiciaire, qui se justifie par des motifs de politique étrangère. En vertu du droit en vigueur, l'art. 67a EIMP autorise, dans certaines circonstances, la transmission spontanée d'informations à l'Etat d'origine. Mais cette transmission est soumise à deux conditions : a) une procédure pénale nationale est en cours en Suisse et b) les informations en question ne peuvent pas être communiquées si elles font déjà l'objet d'une demande d'entraide judiciaire de la part de l'Etat d'origine. Dans la problé-

matique qui nous occupe ici, la seconde condition en particulier n'est régulièrement pas remplie. L'expérience montre qu'après un changement de régime, les Etats d'origine ont tendance à adresser très rapidement à la Suisse des lettres qu'ils qualifient de demandes d'entraide judiciaire, dans lesquelles ils demandent généralement des informations bancaires sur certaines personnes. L'application de l'art. 67a EIMP est dès lors exclue. Parallèlement, la Suisse ne peut pas entrer en matière sur les demandes d'entraide judiciaire car, outre le fait qu'elles sont entachées de défauts formels, elles sont insuffisamment motivées et s'apparentent à une recherche irrecevable de moyens de preuve (dite « fishing expedition »). C'est ainsi que l'entraide judiciaire risque d'échouer.

L'art. 13 est une disposition potestative et exclut à ce titre tout droit de l'Etat d'origine à la communication d'informations. Une telle communication ne sera effectuée que de façon très restrictive. Outre le fait qu'elle est soumise à des conditions très précises énoncées dans le projet de loi, une évaluation et une analyse complémentaires de l'ensemble des circonstances, au cas par cas, sera nécessaire.

L'al. 1, fixe les conditions auxquelles le DFAE peut, en application de ce projet de loi, communiquer spontanément des informations aux autorités de l'Etat d'origine. Par « informations » au sens de la présente disposition, il faut entendre toutes les informations pertinentes, y compris celles qui touchent au domaine secret. Le texte de la loi cite expressément les informations bancaires.

Cette communication d'informations est possible pour permettre à l'Etat d'origine, conformément à la let. a, d'adresser une demande d'entraide judiciaire à la Suisse. La let. b l'autorise également lorsqu'une demande d'entraide judiciaire a déjà été adressée à la Suisse, mais qu'aucune suite ne peut lui être donnée car elle était insuffisamment étayée. Ces dispositions donnent à l'Etat d'origine la possibilité de compléter sa demande par des informations très concrètes, nécessaires à l'octroi de l'entraide judiciaire. L'Etat d'origine n'est autorisé à utiliser les informations reçues que dans ce but et doit le confirmer au préalable par écrit (cf. al. 2).

La communication d'informations bancaires se réfère d'abord et surtout à l'existence de relations bancaires en Suisse. Outre le nom du ou des ayants droit économiques, ces informations peuvent notamment comporter le nom et le siège de l'intermédiaire financier qui gère la relation d'affaires. Sont aussi envisageables des renseignements sur le titulaire, sur les numéros et les soldes des comptes et, le cas échéant, sur les transactions effectuées. Il s'agira là essentiellement d'informations que les intermédiaires financiers auront transmises au DFAE en sa qualité d'autorité compétente, en application de l'art. 7, al. 1, du projet de loi. La sélection des informations destinées à être transmises doit être restrictive et se limiter aux informations qui sont indispensables pour constituer ou compléter une demande d'entraide judiciaire suffisamment motivée.

Aux termes de *l'al. 2*, les informations ne pourront être communiquées que dans la perspective d'une procédure d'entraide judiciaire viable avec l'Etat d'origine. Dans cette optique, la let. a précise que l'Etat d'origine doit montrer de manière convaincante qu'il a la volonté et la capacité d'engager et de poursuivre une telle procédure. A elle seule, l'exigence d'une confirmation écrite énoncée dans la let. b oblige l'Etat d'origine à exprimer au préalable par écrit qu'il a cette volonté. Le DFAE choisira soigneusement le moment opportun pour communiquer les informations ; des rela-

tions d'entraide judiciaire solides supposent non seulement un interlocuteur clairement défini mais aussi une certaine stabilité institutionnelle et le respect des principes de l'état de droit. La communication d'informations se justifie uniquement quand la situation dans l'Etat d'origine est suffisamment stable pour permettre la mise en place ou la reprise de relations d'entraide judiciaire.

Compte tenu des conditions énoncées plus haut, il est évident qu'une telle communication doit répondre à des objectifs précis et être utilisée exclusivement dans le but d'adresser ou d'étayer davantage une demande d'entraide judiciaire. Toute autre utilisation est exclue. Les informations sont communiquées une fois seulement que l'Etat d'origine a confirmé cette intention par écrit à la Suisse. Il existe un dispositif similaire pour l'entraide judiciaire en matière pénale⁴⁷.

En vertu de l'*al. 3*, l'Office fédéral de la justice doit impérativement être consulté. Cette consultation est d'autant plus pertinente que l'Office fédéral de la justice garantit une mise en œuvre rapide de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale et se prononce sur les demandes d'entraide judiciaire⁴⁸. En outre, il est à la fois l'autorité centrale et l'autorité de surveillance pour l'entraide judiciaire en matière pénale. A ce titre, c'est lui qui reçoit les demandes d'entraide judiciaire adressées à la Suisse suite à une communication d'informations et qui en effectue un premier examen sommaire avant de les transmettre aux autorités de poursuite pénale compétentes en Suisse en vue de leur exécution. Les informations faisant déjà l'objet d'une procédure d'entraide judiciaire ne peuvent être communiquées qu'avec l'accord de l'autorité responsable de la procédure et de l'Office fédéral de la justice. La règle fixée à l'*art. 67a, al. 3, EIMP* exige l'autorisation de l'Office fédéral de la justice en tant qu'autorité de surveillance pour l'entraide judiciaire internationale en matière pénale lorsqu'un moyen de preuve est transmis à un Etat avec lequel la Suisse n'est pas liée par un accord international. En ce qui concerne la communication d'informations au sens de l'*art. 13, al. 3, du projet de loi*, elle ne devrait en principe entrer en ligne de compte que dans les cas où il n'existe aucune convention, multilatérale ou bilatérale, d'entraide judiciaire en matière pénale. Raison pour laquelle il convient de soumettre à l'autorisation de l'Office fédéral de la justice la communication d'informations au sens de l'*art. 13, al. 3, par analogie à l'art. 67a, al. 3, EIMP*. Mais s'il existe un traité d'entraide judiciaire avec le pays en question, l'Office fédéral de la justice, en tant qu'autorité de surveillance pour l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, doit aussi donner son autorisation pour ne pas compromettre la procédure d'entraide judiciaire en cours et pour que la Suisse puisse respecter ses engagements internationaux. Les informations faisant déjà l'objet d'une procédure pénale en Suisse ne peuvent elles aussi être communiquées qu'avec l'accord de l'autorité de poursuite pénale responsable de la procédure ; dans ce cas, il n'est pas nécessaire d'obtenir l'autorisation de l'Office fédéral de la justice car celui-ci n'exerce aucune surveillance sur l'autorité suisse de poursuite pénale. Cette exigence est importante pour éviter de compromettre la procédure d'entraide judiciaire ou d'enquête menée en Suisse.

⁴⁷ Au titre de la réserve de la spécialité, qui dicte notamment des restrictions concrètes d'utilisation aux autorités qui demandent l'entraide judiciaire.

⁴⁸ Art. 7, al. 6a, de l'ordonnance sur l'organisation du DFJP, RS 172.213.1

Les informations que le DFAE reçoit directement d'une personne concernée en vertu d'un devoir de coopération ou de renseignement ne doivent pas faire l'objet d'une communication d'information. C'est du reste ce qui ressort déjà du principe général formulé à l'art. 6 CEDH⁴⁹.

En vertu de l'*al. 4* et selon la situation initiale, le DFAE peut, dans le cas d'espèce, soumettre la communication d'informations à d'autres exigences et obliger l'Etat d'origine à les respecter. Une exigence au sens d'une restriction d'utilisation peut porter sur l'interdiction concrète d'exploiter les éléments de preuve ou de les transmettre à d'autres autorités. On peut envisager à cet effet de dresser une liste de consignes à respecter. Le projet de loi prévoit ainsi les restrictions nécessaires pour empêcher, par le biais de mesures juridiques, le détournement des règles de l'entraide judiciaire et toute autre utilisation abusive des informations communiquées. Il est en outre possible d'échelonner la communication des informations. Cette façon de procéder permettrait dans un premier temps au DFAE d'obliger l'Etat d'origine à utiliser correctement les informations obtenues et d'en contrôler le résultat, avant de lui communiquer des informations supplémentaires.

Aux termes de l'*al. 5*, les informations doivent être communiquées sous forme de rapport. Le projet de loi spécifie ainsi qu'en application de l'art. 13, aucun moyen de preuve (documents originaux, etc.) ne peut être communiqué. Aucun original n'est exigé pour engager une procédure pénale dans l'Etat d'origine ni pour rédiger une demande d'entraide judiciaire adressée à la Suisse. Les documents originaux nécessaires pour lancer la procédure probatoire proprement dite suite à l'ouverture d'une procédure pénale dans l'Etat d'origine doivent être obtenus dans le cadre d'une demande d'entraide judiciaire officielle. Cela permet en outre d'éviter que l'interdiction d'exploiter les éléments de preuve ne soit détournée. La communication d'informations sous forme de rapport correspond par ailleurs à la pratique en vigueur lors de la communication d'informations, conformément à l'art. 67a, al. 4 ss, EIMP, et lors de la communication d'informations par le Bureau suisse de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS)⁵⁰. Les considérations qui précèdent montrent que la communication d'informations au sens de l'art. 13, de même que la transmission d'informations au sens de l'art. 67a EIMP, ne constituent pas une décision au sens du droit suisse. Au besoin, les personnes concernées peuvent faire contrôler ultérieurement la légalité de la communication par un organe indépendant. La communication d'informations ne peut cependant pas être contestée par un recours indépendant.

L'art. 13, *al. 5*, dispose en outre que toute communication d'informations doit faire l'objet d'un procès-verbal. Cette obligation⁵¹ incombe aux autorités chargées de communiquer les informations et, partant, au DFAE. Il s'agit ici de constater les modalités de la communication d'informations (notamment le contenu et les moyens

⁴⁹ Droit à un procès équitable duquel découle le principe que nul n'est tenu de s'auto-incriminer.

⁵⁰ Voir à ce sujet les commentaires figurant dans le Message relatif à la modification de la loi sur le blanchiment d'argent LBA, sous ch. 2 (Commentaire des dispositions) à propos de l'art. 30, al. 3 (nouveau), LBA, p. 30ss : <http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/fr/home/dokumentation/mi/2012/2012-06-27.html>.

⁵¹ Une obligation de procès-verbal figure aussi à l'art. 67a, al. 6, EIMP.

de communication), afin de pouvoir en assurer à tout moment le suivi et la supervision.

D'après l'art. 13, *al.* 6, du projet, si le DFAE souhaite envoyer des informations à la cellule de renseignements financiers (CRF) de l'Etat concerné, il s'adressera pour ce faire au MROS. Le Bureau de communication dispose d'un réseau d'autorités homologues qui échangent des informations grâce au groupe Egmont (cf. ch. 1.6.2). Ces autorités sont même actives lors de la chute d'un régime et il ne semble exister aucun autre réseau similaire capable d'assurer une telle stabilité. Exploiter un tel réseau existant permet d'économiser du temps et des ressources. Il appartiendra toutefois au MROS de décider si la CRF de l'Etat en question est opérationnelle et apte à exercer ses fonctions. Enfin, cette transmission contribue à la qualité de la coordination entre les autorités nationales dans l'application de la présente loi.

2.2.4 Section 4 Confiscation de valeurs patrimoniales

La quatrième section du projet de loi intègre les dispositions matérielles de la LRAI. Dans la mesure où les dispositions déjà en vigueur ont été reprises dans la loi, il est possible de renvoyer aux explications figurant dans le Message du 28 avril 2010 relatif à la LRAI⁵². Les divergences par rapport à la LRAI sont signalées et expliquées ci-après.

La voie classique pour restituer les avoirs de potentats est d'instaurer une coopération dans le cadre de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale. L'expérience a toutefois démontré que cela ne suffit pas pour résoudre de manière satisfaisante la totalité des cas. Le phénomène des « Etats défaillants » engendre de plus en plus de situations qui rendent impossible la mise en œuvre de procédures d'entraide judiciaire. C'est ainsi que dans l'affaire Duvalier/Haïti, l'entraide judiciaire menaçait d'échouer définitivement en 2010⁵³, en raison de la situation de défaillance de l'Etat d'origine, Haïti. Cela que les avoirs bloqués auraient dû être libérés, alors même que de très forts indices laissaient supposer que cet argent provenait d'actes de corruption et de délits similaire et avaient pu être retirés. Une telle issue de la procédure aurait été très insatisfaisante pour la Suisse et sa réputation. En 2011, la Suisse a, grâce à la LRAI, créé la possibilité de confisquer les avoirs des potentats dans le cadre d'une procédure administrative devant les tribunaux suisses lorsque l'entraide judiciaire ne peut aboutir en raison de la défaillance de l'Etat d'origine (désigné sous le vocable de *failing* ou de *failed states*, soit « Etat défaillant »).

Le présent projet de loi propose de reprendre intégralement les dispositions de la LRAI sur la confiscation. Elle prévoit en outre d'étendre les possibilités de confiscation à des cas où une procédure d'entraide judiciaire est exclue en raison de standards insatisfaisants en matière de respect des droits de l'homme dans l'Etat d'origine. Les explications relatives à cette nouvelle disposition figurent dans le commentaire de l'art. 4.

⁵² FF 2010 2995

⁵³ Dans le cas Mobutu/ République démocratique du Congo, il a fallu, après des années d'efforts, libérer les avoirs bloqués et les restituer.

Les cas d'entraide judiciaire avec des Etats en situation de défaillance posent de grandes difficultés en matière d'administration des preuves et d'établissement des faits juridiquement pertinents. La plupart du temps, ces procédures ne peuvent déboucher sur aucun jugement, ce qui rend impossible la confiscation pénale des valeurs patrimoniales.

L'*al. 1* correspond à l'art. 5, al. 1, LRAI ; il prévoit que le DFF peut ouvrir devant le Tribunal administratif fédéral une action en confiscation des valeurs patrimoniales bloquées. Le DFF agit sur mandat du Conseil fédéral, qui décide en principe sur proposition du DFAE. La compétence formelle de représenter la Suisse dans la procédure judiciaire est ainsi dévolue au DFF, lequel dispose de l'expérience et des ressources humaines nécessaires. Le DFAE collabore activement dans le cadre de cette procédure.

L'ouverture d'une procédure en confiscation présuppose que le Conseil fédéral a ordonné au préalable le blocage des valeurs patrimoniales en vertu de l'art. 4. A l'occasion de la procédure en confiscation, le tribunal procède à l'administration des preuves ; dans le cadre de cette procédure, les ayants droit des valeurs patrimoniales ont la possibilité d'apporter la preuve de la licéité de l'acquisition (cf. commentaire de l'art. 15, al. 2).

L'*al. 2* donne au Tribunal administratif fédéral la compétence, en qualité d'autorité de première instance, de prononcer la confiscation des valeurs patrimoniales bloquées. Le projet de loi comporte une précision linguistique par rapport à la disposition analogue figurant dans la LRAI. Il dispose en effet que le Tribunal administratif fédéral *prononce* la confiscation des valeurs patrimoniales en question, lorsque les conditions légales y relatives (cf. let. a à c ci-après) sont remplies. La LRAI, pour sa part, posait comme règle que le Tribunal administratif fédéral *décide* de la confiscation lorsque les conditions énoncées dans la loi sont remplies. La nouvelle formulation introduite dans le projet n'entraîne aucun changement sur le plan matériel. Si les conditions énoncées à l'art. 14, al. 2, respectivement à l'art. 5, al. 2, LRAI sont remplies, le Tribunal doit prononcer la confiscation. Dès que la décision de confiscation du Tribunal administratif fédéral est entrée en force, la propriété des valeurs patrimoniales en cause est transférée à la Confédération, en vue de leur restitution.

La décision de confiscation est soumise aux trois conditions suivantes, qui doivent être remplies de manière cumulative :

Aux termes de la *let. a*, les valeurs patrimoniales concernées doivent être soumises au pouvoir de disposition d'une personne politiquement exposée ou de proches de personnes politiquement exposées, ou ces personnes sont ayants droits économiques de ces valeurs patrimoniales. Il s'agit là d'un renvoi à la définition des personnes politiquement exposées et des proches de personnes politiquement exposées, telle que formulée à l'art. 2. Les explications déjà fournies à propos des art. 2 et 3 précisent que les valeurs patrimoniales de personnes morales peuvent aussi être confisquées si les conditions énoncées aux art. 14 ss sont remplies. La notion de pouvoir de disposition est déjà évoquée à l'art. 3, al. 1, let. c. Elle est intentionnellement

formulée de manière ouverte, car le projet de loi vise aussi des formes indirectes du pouvoir de disposition.

Aux termes de la *let. b*, les valeurs patrimoniales doivent être d'origine illicite. La « provenance illicite » des valeurs patrimoniales dépend du contexte dans lequel celles-ci ont été acquises (cf. art. 15).

La troisième condition, exposée à la *let. c*, est purement formelle. Seules les valeurs patrimoniales qui ont été bloquées par le Conseil fédéral en vertu de l'art. 4 peuvent être confisquées. Le texte de la *let. c* fait l'objet d'une adaptation rédactionnelle par rapport à la LRAI ; il introduit en effet la référence à un blocage prononcé en vertu de l'art. 4 du présent projet de loi.

L'al. 3 précise que la prescription de l'action pénale ou de la peine ne peut pas empêcher l'adoption de mesures administratives. Il correspond à l'art. 5, al. 3, LRAI.

Tout comme l'art. 5, al. 4, LRAI, *l'al. 4* dispose que la procédure en confiscation est suspendue en cas de reprise de la procédure d'entraide judiciaire. Si l'entraide judiciaire aboutit, la procédure en confiscation devient sans objet et doit être rayée du rôle.

Art. 15 Présomption d'illicéité

Le présent article précise les conditions dans lesquelles l'origine des valeurs patrimoniales est présumée illicite. Il correspond à l'art. 6 LRAI. Les procédures d'entraide judiciaire avec des « Etats défaillants » présentent de grandes difficultés, qu'il s'agisse de constater l'état de faits juridiquement pertinents, l'établissement des preuves ou l'existence d'un jugement exécutoire. A cela s'ajoute la complexité croissante des structures financières utilisées par les personnes politiquement exposées pour effacer tout indice qui révélerait l'origine de leurs avoirs et les liens qui les unissent à ceux-ci.

Conformément à *l'al. 1*, l'origine illicite des valeurs patrimoniales est présumée, lorsque deux conditions cumulatives sont remplies :

Aux termes de la *let. a*, le patrimoine de la personne qui a le pouvoir de disposition sur les valeurs patrimoniales doit avoir fait l'objet d'un accroissement exorbitant pendant la période où la personne politiquement exposée a exercé sa fonction publique. Deux cas de figure sont visés : celui où la personne politiquement exposée détient le pouvoir de disposition et celui où la personne qui détient le pouvoir de disposition n'est pas celle qui exerçait une fonction publique mais une personne qui lui est proche. Par « accroissement exorbitant », on entend une disproportion entre le revenu généré par la fonction publique et le patrimoine en cause qui ne cadre pas avec les pratiques usuelles et le contexte du pays. Une disposition similaire existe également dans la Convention des Nations Unies contre la corruption (CNUCC)⁵⁴. L'art. 20 de la CNUCC parle d'une augmentation substantielle du patrimoine d'un agent public, que celui-ci ne peut raisonnablement justifier en relation avec ses revenus légitimes. Avec la notion d'« accroissement exorbitant » la loi proposée place le degré d'enrichissement à un niveau plus élevé que la CNUCC. Des indices

⁵⁴ RS 0.311.56

concrets doivent permettre de démontrer l'accroissement exorbitant de la fortune de ces personnes durant la période correspondante. Tel serait le cas par exemple d'un ministre devenu millionnaire au cours de son mandat, alors qu'il ne possédait auparavant qu'un patrimoine modeste. Un autre exemple pourrait être le cas d'un proche de la personne politiquement exposée dont la société de construction ou de prestation de services enregistre de façon connexe au mandat en cause un accroissement exorbitant de ses bénéficiaires dans le cadre de marchés publics. La notion d'accroissement exorbitant ne vise pas, en revanche, l'augmentation des valeurs patrimoniales obtenue par exemple grâce à leur gestion adéquate par la banque où elles sont déposées.

La *let. b* porte sur le degré de corruption notoirement élevé de l'Etat d'origine ou de la personne politiquement exposée en cause durant la période où celle-ci a exercé sa fonction publique. Elle reprend la terminologie de la LRAI, tandis que la version allemande est légèrement reformulée par rapport à la LRAI ; il n'y a aucune modification sur le plan matériel. Pour savoir si l'on est en présence d'un « degré de corruption notoirement élevé », on se réfère à l'évaluation de la situation fondée sur les éléments contenus dans les rapports d'organisations comme la Banque mondiale ou Transparency International, qui mènent des travaux de recherche et d'analyse sur le thème de la corruption. Dans le cadre de la présente loi, on peut considérer que la corruption est largement répandue dans l'Etat d'origine de la personne politiquement exposée lorsqu'un certain nombre d'indices issus de diverses sources crédibles le confirment. Il s'agit en particulier de rapports d'organisations nationales et internationales, d'ONG locales ou internationales, ou encore d'autres sources publiques comme la presse et autres médias, actives en matière de lutte contre la corruption ou dans la bonne gestion des affaires publiques (gouvernance), ainsi que des rapports établis par les représentations suisses à l'étranger. Les cas survenus jusqu'à présent ont montré que la corruption est souvent une conséquence de la situation de défaillance de l'Etat d'origine. Comme autre exemple typique, on peut également citer, outre les cas Duvalier et Mobutu, le cas Suharto. Pendant la période où ils ont exercé leur fonction publique, le degré de corruption de ces personnes, comme de leur pays (Indonésie, République Démocratique du Congo et Haïti⁵⁵) était notoirement élevé. Les agissements criminels qui, en droit suisse, ne sont pas forcément classés comme actes de corruption peuvent, selon l'état de faits, constituer d'autres infractions pénales et être alors assimilés à une gestion déloyale des intérêts publics (par exemple soustraction, détournement ou autre usage illicite de biens par un agent public).

Aux termes de *l'al. 2*, la présomption est renversée si la licéité de l'acquisition des valeurs patrimoniales est démontrée avec une vraisemblance prépondérante, notamment en présentant les pièces utiles et en expliquant les transactions douteuses⁵⁶. Un tel renversement du fardeau de la preuve n'est pas une nouveauté dans le droit suisse. Un mécanisme analogue est déjà prévu en droit pénal pour les organisations criminelles⁵⁷ et pour la saisie des valeurs patrimoniales de requérants d'asile⁵⁸. A l'instar de la garantie de la propriété, des restrictions des droits fondamentaux sont

⁵⁵ Arrêt du Tribunal pénal fédéral du 12 août 2009, RR.2009.94, cons. 3.2.3

⁵⁶ Arrêt de la Cour des Plaintes du Tribunal pénal fédéral du 26 septembre 2005, consid. 4 et les références citées (original en français).

⁵⁷ Art. 72 ainsi qu'art. 260ter CP, RS **311.0**

⁵⁸ Art. 87, al. 2, LAsi, RS **142.31**

admissibles pour autant qu'elles reposent sur une base légale, qu'elles se justifient par des motifs d'intérêt public et qu'elles respectent le principe de la proportionnalité. Le champ d'application du projet de loi ne permet aucune autre solution car l'échec de l'entraide judiciaire empêche de produire les preuves de l'illégalité des valeurs patrimoniales.

Art. 16 Droit des tiers

Cette disposition vise à garantir les droits des autorités suisses (*let. a*) et ceux des tiers de bonne foi (*let. b*) sur les valeurs patrimoniales à confisquer. Elle est directement inspirée de l'art. 74a EIMP, dont elle reprend le principe. Le but de cette disposition, qui correspond à l'art. 7 LRAI, est de permettre aux autorités suisses ou aux tiers de bonne foi de faire valoir leurs revendications avant que les biens ne soient restitués. Seuls peuvent s'en prévaloir les tiers qui ne sont pas parties à la procédure et qui sont détenteurs de droits réels.

La sauvegarde des droits des autorités suisses doit garantir la prise en considération des intérêts publics que l'Etat peut faire valoir sur les valeurs patrimoniales concernées. Ne pourraient ainsi être confisqués en vertu de la présente loi les biens faisant déjà l'objet de mesures de saisie dans le cadre d'une procédure pénale suisse. S'opposeraient également à une restitution les droits acquis par une collectivité publique sur un immeuble pour les différentes taxes afférentes à celui-ci.

Les personnes privées ne peuvent faire valoir leurs droits que moyennant la réalisation de différentes conditions. Premièrement, la personne concernée ne doit pas être proche de la personne politiquement exposée et deuxièmement, cette personne doit avoir acquis de bonne foi son droit réel sur le patrimoine. La notion de « bonne foi » est prise au sens du pénal et signifie en substance que la personne pouvait légitimement présumer de l'origine licite des avoirs, compte tenu des circonstances. Troisièmement, la personne doit avoir un lien particulier avec la Suisse, en y ayant son domicile ou en y ayant acquis le droit invoqué⁵⁹. Finalement, le bien fondé de sa prétention doit avoir été reconnu par une autorité judiciaire suisse.

Seuls les droits réels peuvent faire obstacle à la confiscation⁶⁰. Ainsi, une banque pourrait-elle opposer à la confiscation des valeurs patrimoniales sur lesquelles elle fait valoir des droits parce que celles-ci constituent une garantie pour un contrat de prêt. De même, un garagiste pourra obtenir préalablement le paiement de frais qu'il a encourus pour l'entreposage d'une voiture soumise à confiscation. En revanche, les droits personnels ne peuvent pas faire obstacle à la restitution.

Les conditions posées sont volontairement restrictives. La protection de la bonne foi des tiers est certes plus restreinte par rapport à ce que prévoit la formulation de l'art. 70 CP ou de l'art. 74a, al. 4, *let. c*, EIMP. L'art. 16 est toutefois conforme à la jurisprudence constante du Tribunal fédéral et du Tribunal pénal fédéral. Selon cette jurisprudence, seul est en effet protégé le tiers qui possède sur les valeurs patrimoniales à confisquer un droit de propriété ou un droit réel limité (notamment un droit de gage). En revanche, tel n'est pas le cas du tiers qui ne possède que des droits

⁵⁹ Cette condition a aussi été reprise de l'art. 74a EIMP.

⁶⁰ Arrêt du Tribunal pénal fédéral 1C_166/2009 du 3 juillet 2009, consid. 2.3.4.

personnels de nature obligationnelle (bail, prêt, mandat, créance, fiducie, etc.) ou de l'ayant droit économique qui n'est qu'indirectement touché par la mesure de confiscation. Cette restriction s'applique tant dans les procédures de confiscation nationales que dans les procédures d'entraide internationale.

Du reste, une pesée des intérêts entre les droits des tiers de bonne foi et la finalité de la restitution des valeurs a été effectuée. L'expérience a en effet démontré que des tiers font parfois valoir sur les valeurs patrimoniales bloquées des titres juridiques douteux, par exemple sur la base d'un jugement étranger ou d'une reconnaissance de dettes de complaisance difficilement vérifiables. Il convient donc d'éviter que la valeur du patrimoine soit restreinte par des prétentions de tiers. Le montant à restituer à la population de l'Etat d'origine s'en trouverait en effet fortement réduit et une partie importante des fonds restitués risquerait d'échapper à tout suivi.

Les personnes qui remplissent les conditions précitées doivent être considérées comme des parties à la procédure de confiscation et être appelées à y participer⁶¹.

2.2.5 Section 5 Restitution de valeurs patrimoniales

Depuis l'affaire des avoirs Marcos en 1986, la Suisse a restitué aux Etats d'origine des avoirs de potentats équivalant à 1,7 milliard de dollars américains. On peut citer en exemple les cas Abacha (Nigeria), Montesinos (Pérou) et certains avoirs de personnes politiquement exposées d'Angola et du Kazakhstan. Dans tous les cas, la Suisse n'était du reste concernée que du fait des avoirs placés dans les banques suisses. Elle a soit reçu une demande d'entraide judiciaire d'un Etat tiers (dans le cas du Kazakhstan), soit un tribunal suisse a lui-même lancé une procédure en Suisse, sans demande d'entraide judiciaire (dans le cas de l'Angola). Dans d'autres cas, la Suisse est parvenue à faire respecter les principes de la transparence et de l'obligation de rendre des comptes. Suivant le contexte, les attentes et les possibilités des parties concernées, la restitution a pris des formes différentes dans chaque cas. La Suisse voulait s'assurer ainsi que les sommes restituées bénéficieraient aux victimes de la corruption et des détournements, c'est-à-dire à la population de l'Etat d'origine. C'est ainsi que des programmes dans les domaines de la santé, de l'éducation et de la bonne gouvernance au bénéfice de la population ont pu être financés. Le cas du Kazakhstan, dans lequel des fonds ont été restitués, avec le soutien de la Banque mondiale, au travers d'une fondation indépendante pour la jeunesse (BOTA), et celui de l'Angola, où seule la Suisse, représentée par la Direction du développement et de la coopération (DDC), a encadré la restitution, constituent des exemples de cette pratique.

Les principes en vertu desquels la Suisse restitue des valeurs patrimoniales aux Etats d'origine figurent déjà dans la LRAI. Conformément au champ d'application de cette loi, il s'est agi exclusivement de cas où les avoirs ont été restitués à l'issue d'une action en confiscation ayant abouti. Il s'agit toutefois pour l'essentiel des mêmes principes que la Suisse applique depuis un certain temps déjà en matière de restitution d'avoirs illicites. C'est pourquoi le Conseil fédéral propose d'intégrer les

⁶¹ Art. 57 PA, RS 172.021

dispositions de la LRAI dans la présente loi, après leur avoir apporté de légères adaptations dans la mesure où cela est nécessaire. Le commentaire relatif à chaque disposition signale les éventuelles adaptations.

Article 17 Principe

L'art. 17 énonce le principe sur lequel se fonde depuis longtemps la pratique de restitution suisse. Des études de la Banque mondiale montrent que le détournement de fonds publics par des personnes politiquement exposées a d'importantes conséquences sur le développement économique de l'Etat d'origine (voir chap. 1.1 Situation actuelle). Chaque franc volé est un franc qui ne bénéficiera pas au développement du pays. Les valeurs patrimoniales rapatriées depuis la Suisse doivent donc servir à améliorer les conditions de vie de la population dans l'Etat d'origine (let. a).

Après des décennies de dictature, ou après des bouleversements politiques, le système judiciaire de l'Etat d'origine est souvent affaibli. De même que la LRAI, le projet de loi prévoit dès lors que la restitution des valeurs patrimoniales peut également avoir pour but de renforcer l'état de droit dans l'Etat d'origine et ainsi de contribuer à lutter contre l'impunité. En ce qui concerne la formulation de la let. b, le projet de loi prévoit uniquement une modification rédactionnelle par rapport à la LRAI : concrètement, le sens de cette disposition est que les avoirs restitués doivent servir à empêcher l'impunité. Ainsi, les programmes sélectionnés et mis en œuvre viseront par exemple en premier lieu à réduire la pauvreté et à combattre l'impunité.

Article 18 Procédure

Conformément aux objectifs généraux de l'art. 17, la restitution des valeurs patrimoniales en vertu de *l'al.1* doit passer par le financement de programmes d'intérêt public. En principe, ces programmes sont définis en accord avec le gouvernement de l'Etat d'origine.

Jusqu'à présent, lors de la restitution des valeurs patrimoniales, la Suisse se chargeait généralement de l'organisation et du suivi de ce processus. Dans certains cas, cette restitution passait par une organisation internationale, comme par exemple la Banque mondiale, ou était effectuée en collaboration avec un Etat tiers associé à la procédure d'entraide judiciaire. Il y également eu des cas où la restitution passait par la DDC ou par des organisations non gouvernementales locales. L'expérience montre que chaque cas doit faire l'objet d'une évaluation individuelle pour savoir quelle forme de restitution est la plus à même de servir les objectifs de l'art. 17.

Les modalités détaillées de la restitution sont généralement réglementées dans des accords. L'accord est passé soit avec l'Etat d'origine, soit avec une institution internationale, comme la Banque mondiale, qui est chargée de la restitution des avoirs (voir à ce sujet le commentaire sur l'al. 4, ci-dessous). *L'al. 2* introduit une norme de délégation qui permet au Conseil fédéral de conclure ce type d'accords de manière autonome. Il s'agit d'une extension de la norme de délégation prévue dans la LRAI, qui était limitée aux cas de restitution après confiscation en Suisse. *L'al. 3* énonce les points qui doivent normalement être réglés dans ce type d'accords. La liste des *let. a-d* n'est pas exhaustive.

L'existence d'un gouvernement démocratiquement élu dans l'Etat d'origine n'est pas systématiquement une condition à la restitution des valeurs confisquées. Il convient de trouver dans chaque cas une voie permettant d'assurer que les valeurs restituées profiteront bien à la population de l'Etat d'origine, conformément à l'art. 17. Selon les cas, la restitution peut se faire directement à l'Etat d'origine des fonds, s'il peut donner les garanties correspondantes. A défaut d'accord avec l'Etat d'origine et lorsque ce dernier ne peut apporter un minimum de garanties crédibles, le Conseil fédéral fixe les modalités de restitution en application de l'*al.4*. Il peut notamment restituer les valeurs patrimoniales confisquées par l'entremise d'organismes internationaux ou nationaux et prévoir une supervision par le DFAE. En dernier ressort ou en cas de conflit grave, les valeurs à restituer peuvent être affectées à la réduction de la dette internationale de l'Etat d'origine auprès d'autres sujets de droit international ou être utilisées au bénéfice de l'aide humanitaire. Des organisations internationales comme la Banque mondiale, le CICR ou les banques régionales de développement pourraient servir d'intermédiaires, mais également des organisations non gouvernementales locales. Le but est de couvrir tout le spectre des partenaires potentiels qui peuvent assurer une restitution transparente et efficace des valeurs patrimoniales.

Article 19 Frais de procédure

Le présent article reprend en grande partie la teneur de l'art. 10 LRAI et s'inspire de l'art. 57, par. 4, CNUCC, qui prévoit que l'Etat requis peut déduire des « dépenses raisonnables », en dédommagement de son rôle dans la procédure de restitution. Le Message de cette Convention précise que « *par "dépenses raisonnables"*, il faut entendre les coûts et les dépenses encourues et non les honoraires d'intermédiaires ou d'autres dépenses sans affectation précise »⁶². Les coûts pris en considération correspondent au surcroît de travail assumé par l'administration fédérale dans de tels cas. Le montant retenu vise à dédommager la Confédération ou les cantons pour ce surcroît de travail et, cas échéant, à couvrir d'éventuelles dépenses extraordinaires. L'expérience a montré que le traitement de ces dossiers implique en effet un énorme déploiement de ressources au sein de l'administration.

Par exemple, le cas Duvalier occupe l'administration fédérale depuis 1986 et le traitement du cas Mobutu a duré douze ans, soit de 1997 à 2009. C'est en se fondant sur cette expérience et sur l'article précité de la CNUCC qu'un montant de 2,5% au maximum des valeurs patrimoniales confisquées a été fixé. Cette disposition figure déjà dans la LRAI. L'*al. 1* ajoute les frais d'assistance technique aux frais de blocage et de restitution, de sorte que le champ d'application de cette disposition est étendu à tout le texte de loi. Le calcul du montant à retenir concrètement se fera individuellement pour chaque cas. Il convient de souligner qu'une telle retenue n'est pas automatique. Aux termes de l'*al. 2*, le Conseil fédéral décide au cas par cas si un forfait peut être retenu et en fixe le montant. Pour ce faire, il tient compte notamment des dépenses occasionnées et du travail fourni. Si une somme est effectivement retenue, elle sera portée au crédit de la Confédération (Caisse fédérale) ou des cantons. Outre le montant du forfait, le Conseil fédéral fixe aussi au cas par cas les éventuelles modalités de partage entre la Confédération et les cantons. Il est particulièrement important de tenir compte des cantons qui ont eux-mêmes ouvert des

⁶² Message du Conseil fédéral du 21 septembre 2007 (FF **2007 6931**), p. 6989.

procédures judiciaires ou pénales de grande envergure dans un cas précis et se sont, à ce titre, investis dans la coopération avec l'Etat d'origine.

2.2.6 Section 6 Protection juridique

Article 20 Demande de radiation

L'art. 20 définit la protection juridique applicable aux personnes physiques ou morales dont les valeurs patrimoniales ont été bloquées sur ordonnance du Conseil fédéral. En règle générale, il s'agit d'un blocage préventif en vertu de l'art. 3. Dans ce type de cas, le Conseil fédéral ordonne le blocage de toutes les valeurs patrimoniales détenues en Suisse par un certain groupe de personnes. A ce stade, l'on ne sait pas encore de quel type de valeurs patrimoniales il s'agit et l'on n'a pas non plus connaissance de l'endroit où celles-ci seraient conservées. Cette mesure a des conséquences juridiques (blocage effectif, obligation de communiquer et de renseigner etc.) pour un cercle non défini de personnes qui détiennent, gèrent ou ont connaissance de l'existence de ce type de valeurs patrimoniales (art. 3 en lien avec l'art. 7). En conséquence, le blocage en vertu de l'art. 3 sera généralement effectué par voie d'ordonnance. Celle-ci comprendra en annexe la liste des personnes physiques et morales dont les valeurs patrimoniales ont été bloquées.

Les blocages de valeurs patrimoniales à titre conservatoire empiètent sur les droits des personnes concernées. Il est donc indispensable de prévoir une voie de droit effective et efficace. Il faut cependant tenir compte du fait que les mesures de blocage à titre conservatoire n'ont valeur ni de condamnation, ni de confiscation. Comme il ne s'agit que de mesures conservatoires, elles n'exigent pas le même niveau de justification qu'un verdict de culpabilité ou d'acquiescement.

Le projet d'acte législatif prévoit à l'al. 1 la possibilité, pour les personnes physiques et morales concernées par un blocage, de déposer auprès du DFAE une demande motivée de radiation de leur nom de la liste figurant en annexe de l'ordonnance de blocage. Conformément à l'al. 2, le DFAE prend une décision sujette à recours qui peut être contestée en dernière instance auprès du Tribunal fédéral (cf. art. 21) dans le cadre normal de la procédure fédérale. Cette solution correspond à la protection juridique que garantit l'application des ordonnances de blocage⁶³ directement fondées sur l'art. 184, al. 3, Cst. L'ordonnance du Conseil fédéral ne saurait faire l'objet d'un recours distinct (cf. commentaire de l'art. 21, al. 4, ci-après). L'obligation de collaboration prévue à l'art. 13 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA)⁶⁴ s'applique. La requête doit être conforme, sur le fond et sur la forme, aux exigences de l'art. 52 PA en matière de recours.

Article 21 Recours

⁶³ Ordonnance instituant des mesures à l'encontre de certaines personnes originaires de la République arabe d'Egypte, RS **946.231.132.1** ainsi que l'ordonnance instituant des mesures à l'encontre de certaines personnes originaires de la Tunisie, RS **946.231.175.8**.

⁶⁴ RS **172.021**

Conformément à *l'al. 1*, les décisions fondées sur le présent projet de loi peuvent faire l'objet d'un recours au Tribunal administratif fédéral selon les dispositions générales sur la procédure fédérale. Il s'agit en premier lieu de décisions prises en vertu de l'art. 4 et de l'art. 20, al. 2.

L'art. 11, al. 1, LRAI prévoit la possibilité de recourir contre une décision de blocage du Conseil fédéral auprès du Tribunal administratif fédéral. A l'avenir aussi, le blocage en vertu de l'art. 4 fera en principe toujours l'objet d'une décision. Celle-ci portera sur des valeurs patrimoniales clairement définies soumises au pouvoir de disposition d'un nombre déterminé de personnes. La formulation générale de l'art. 21, al. 1, couvre également la protection juridique prévue dans la LRAI contre les décisions de blocage.

D'ordinaire, le recours au Tribunal administratif fédéral a un effet suspensif (art. 55, al. 1, PA). S'agissant d'une mesure de blocage, l'octroi de l'effet suspensif réduirait à néant le but de la procédure puisque les valeurs patrimoniales bloquées risqueraient de quitter la Suisse pendant la procédure de recours. C'est pourquoi *l'al. 2* retire tout effet suspensif au recours. La décision sur recours rendue par le Tribunal administratif fédéral peut être contestée en appel devant le Tribunal fédéral selon les règles de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005⁶⁵ (LTF). La succession de deux instances correspond à la pratique juridique suisse. Le recours au Tribunal fédéral n'a pas non plus d'effet suspensif (art. 103, al. 1, LTF).

L'al. 3 dispose que le grief de l'inopportunité ne peut être invoqué (en dérogation à l'art. 49, let. c, PA). En fait, le projet de loi confère en effet au Conseil fédéral un pouvoir d'appréciation lors de la décision de blocage. L'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation peuvent néanmoins être sanctionnés au titre de violation du droit fédéral. En principe, cette disposition reflète le caractère préventif des blocages à titre conservatoire. L'al. 3 correspond à l'art. 11, al. 3, LRAI.

Conformément à *l'al. 4*, les ordonnances de blocage fondées sur le présent projet de loi ne peuvent faire l'objet d'un recours. La voie de droit est garantie par la possibilité de déposer une demande de radiation au sens de l'art. 20, demande qui sera suivie d'une décision motivée et sujette à recours. Les personnes dont le nom figure dans la liste en annexe de l'ordonnance de blocage sont légitimées à déposer un recours et peuvent faire valoir la violation de leurs droits fondamentaux (p.ex. la violation de la garantie de la propriété ou la violation de la liberté économique). En outre, l'art. 5, al. 2, donne explicitement aux personnes contre lesquelles il s'avère ultérieurement que l'ordonnance de blocage était injustifiée le droit de demander leur radiation de la liste et ainsi d'obtenir la levée du blocage.

Les ordonnances du Conseil fédéral relatives à la loi fédérale sur l'application de sanctions internationales (loi sur les embargos, LEmb)⁶⁶ semblent donner lieu à la formation d'une jurisprudence⁶⁷ selon laquelle les annexes des ordonnances de sanctions peuvent faire directement l'objet d'une contestation auprès du Tribunal administratif fédéral en tant que décisions individuelles et concrètes au sens de l'art.

⁶⁵ RS 173.110

⁶⁶ RS 946.231

⁶⁷ Voir ATF 132 I 229 consid. 4.4 et arrêt du TF 2C_838/2011, consid. 5.2 ; arrêts du TAF B-3488/2011 du 14 juin 2012, consid. 3, et B-5196/2011 du 14 juin 2012, consid. 3.

5 PA. A l'heure actuelle, le Tribunal fédéral n'a pas encore statué en dernière instance sur cette question. L'al. 4, par contre, énonce clairement que les annexes des ordonnances de blocage émises en vertu des présentes bases légales ne constituent pas des décisions au sens de l'art. 5 PA.

2.2.7 Section 7 Collaboration entre les autorités

Article 22

Pour mettre en œuvre le présent acte législatif, notamment en ce qui concerne les ordonnances de blocage et leur exécution, il est important que les autorités puissent échanger des informations et des documents. L'art. 22 régleme donc l'entraide administrative entre les autorités en Suisse. La communication d'informations entre les autorités en Suisse est déjà traitée à l'art. 14 de l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA)⁶⁸, en vertu duquel les unités administratives de l'administration fédérale sont tenues de collaborer. Celles-ci doivent donc fournir aux autres unités administratives les renseignements nécessaires à l'exécution de leurs tâches légales. Le droit actuellement en vigueur prévoit déjà différentes dispositions spéciales pour la transmission d'informations⁶⁹. La LRAI elle aussi régleme à l'art. 12, al. 2, la communication au DFAE ou au DFF d'informations nécessaires à l'exécution de l'entraide judiciaire. En conséquence, la présente base légale doit elle aussi prévoir une disposition définissant expressément l'entraide administrative. La présente base légale définit donc explicitement ces prérogatives dans la mesure où elle prévoit, à l'al. 1, que les autorités fédérales et cantonales doivent communiquer sur demande aux départements compétents, à savoir le DFAE et le DFF, les informations et les données personnelles nécessaires à l'application du projet de loi, conformément à la législation à laquelle ces autorités sont soumises et dans le respect des principes édictés par la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD)⁷⁰. Certains services spécialisés de l'administration fédérale sont régis par des lois spéciales qui désignent expressément les autorités pouvant recevoir des informations de leur part. L'art. 22, al. 1, de la présente loi prévoit une obligation générale qui ne saurait entrer en conflit avec les lois qui régissent lesdits services spécialisés. En effet, en vertu du principe *lex specialis derogat legi generali*, les services concernés ne seraient obligés de livrer des informations qu'en vertu des lois spéciales. On peut ici donner l'exemple du Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent, régi par la loi sur le blanchiment d'argent, en vertu de laquelle il peut prêter son assistance administrative si celle-ci s'inscrit dans la lutte contre le blanchiment d'argent, les infractions préalables, le crime organisé ou le financement du terrorisme.

Conformément à l'al. 2, le DFAE doit pouvoir communiquer aux autorités fédérales et cantonales qui en font la demande les informations et les données personnelles nécessaires à l'exécution de leurs obligations légales. Compte tenu du champ d'application du présent acte législatif, cette disposition ne peut s'appliquer qu'aux auto-

68 RS 172.010.1

69 p. ex. art. 194 CPP

70 RS 235.1

rités de poursuite pénale responsables de la surveillance, de l'entraide judiciaire, ou encore de l'exécution d'une demande d'entraide judiciaire ou d'une procédure pénale. Cette restriction est explicitement prévue dans le texte de loi.

L'al. 3 régleme la communication d'informations par l'Office fédéral de la justice ou toute autorité chargée de l'exécution d'une demande d'entraide judiciaire. Cette disposition figurait déjà dans la LRAI. Elle a pour but de garantir que l'Office fédéral de la justice, en qualité d'autorité compétente pour les questions d'entraide judiciaire, informe suffisamment tôt le DFAE lorsque des demandes d'entraide judiciaire relatives à des personnes politiquement exposées pourraient ne pas aboutir en raison du manque de coopération de l'Etat requérant. Ainsi, le DFAE disposera de suffisamment de temps pour informer le Conseil fédéral de l'affaire et lui proposer de bloquer, sur la base du présent projet de loi, les valeurs patrimoniales concernées, avant la levée du blocage dans le cadre de la procédure d'entraide judiciaire. La disposition de l'art. 4, al. 2, du présent projet d'acte législatif prévoit également – ce qui est une nouveauté – ce devoir d'information dans les cas où une procédure d'entraide judiciaire ne saurait être envisagée en raison de standards insuffisants en matière de droits de l'homme dans l'Etat d'origine. La disposition de l'art. 22, al. 1, relative à l'entraide administrative donne la base légale nécessaire autorisant dans un tel cas l'autorité compétente pour le traitement d'une demande d'entraide judiciaire⁷¹ à transmettre son dossier au DFAE, si celui-ci en fait la demande.

2.2.8 Section 8 Traitement des données personnelles

Article 23 Traitement des données personnelles

Cet article définit les règles en vertu desquelles le DFAE traitera les données nécessaires à la mise en œuvre du projet de loi. Dans la mesure où cela lui est nécessaire pour mener à bien la mission qui lui a été confiée par la loi, le DFAE est habilité à traiter les données personnelles ainsi que les données relatives à des poursuites et à des sanctions administratives ou pénales. Ce faisant, il appliquera les principes généraux de protection des données énoncés dans la loi fédérale sur la protection des données (LPD)⁷².

2.2.9 Section 9 Dispositions pénales

Conformément aux ordonnances de blocage en vigueur, toute violation intentionnelle ou par négligence du blocage des valeurs patrimoniales est punie d'une amende pouvant atteindre dix fois le montant de la valeur patrimoniale utilisée ou transférée à l'étranger. En vertu de ces mêmes ordonnances, toute violation intentionnelle ou par négligence de l'obligation de communiquer et de renseigner est punie d'une amende de 20 000 francs au plus.

⁷¹ Il s'agira ici en premier lieu du Ministère public de la Confédération, mais également des autorités cantonales de poursuite pénale.

⁷² RS 235.1.

Les dispositions pénales proposées dans le présent projet de loi se fondent sur celles d'autres lois réglementant des questions pénales comparables. Ainsi, les clauses relatives à la violation du blocage de valeurs patrimoniales présentent des parallèles avec l'art. 289 CP. Les dispositions relatives à la violation des obligations de renseigner et de déclarer rappellent celles sur la violation de l'obligation de communiquer prévues à l'art. 37 LBA. Enfin, les dispositions procédurales énoncées dans le présent projet de loi se fondent sur celles de la loi fédérale du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (loi sur la surveillance des marchés financiers, LFINMA)⁷³. A la différence des ordonnances de blocage, la nouvelle réglementation proposée prévoit une prise en compte, dans la peine prévue, du caractère intentionnel ou non de la violation. De plus, elle introduit une peine maximale absolue.

Article 24 Violation du blocage des valeurs patrimoniales

Cette disposition pénale relative à la violation du blocage des valeurs patrimoniales remplit la fonction de l'art. 5, al. 1, des ordonnances de blocage. Conformément à l'art. 9 du présent projet de loi, le DFAE peut autoriser la libération de certaines valeurs patrimoniales bloquées. En l'absence de décision de libération des valeurs patrimoniales bloquées ou d'autorisation du DFAE, l'exécution de ce type de comportement est illicite et punissable.

Par analogie avec la disposition pénale de l'art. 289 CP (Soustraction d'objets mis sous main de l'autorité), qui porte sur une question comparable, l'acte intentionnel constitue désormais un délit, ce qui permet de mieux prendre en compte la plus grande gravité de l'acte intentionnel et l'aspect de la prévention générale.

La commission de l'infraction par négligence reste une contravention, mais sera désormais punie d'une amende de 250 000 francs au plus. Ainsi les peines prévues se situent au même niveau que les sanctions pénales contre les infractions par négligence dans le domaine des marchés financiers.⁷⁴

Article 25 Violation de l'obligation de communiquer et de renseigner

Cet énoncé de faits reprend la fonction de l'art. 5, al. 2, des ordonnances de blocage mais prévoit désormais des peines différentes pour les infractions intentionnelles et commises par négligence.

L'art. 25 recouvre des domaines comparables à l'art. 37 LBA, qui porte sur la violation de l'obligation de communiquer en cas de soupçon de blanchiment d'argent. Alors que la communication d'informations au sens de l'art. 9 LBA est une condition du blocage des valeurs patrimoniales concernées (cf. art. 10 LBA), les déclarations et renseignements fournis en vertu de l'art. 7 du présent projet de loi découlent des blocages prononcés. Ainsi, la communication d'informations dans le but de sauvegarder les valeurs patrimoniales à bloquer ne revêt pas la même fonction. Dans ce contexte, une peine plus légère que celle prévue à l'art. 37 LBA se justifie.

⁷³ RS 956.1

⁷⁴ p. ex art. 44, al. 2, et art. 45, al 2, LFINMA

Article 26 Infractions commises dans la gestion d'une entreprise

La réglementation de l'art. 26 correspond à celle de l'art. 49 LFINMA pour les infractions au sens de la LFINMA et des lois sur le marché financier. En l'absence d'une telle disposition, conformément à l'art. 7 de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA)⁷⁵, seules des amendes d'un montant maximal de 5000 CHF pourraient être infligées à l'entreprise lorsqu'il est renoncé à poursuivre la personne physique responsable.

Compte tenu du montant des amendes prévues aussi bien dans le domaine des marchés financiers que par les dispositions pénales du présent projet de loi, les délits punissables d'une amende comprise entre 5000 et 50 000 francs constituent régulièrement des cas peu graves. Etant donné le montant de ces amendes, il doit être possible, afin d'alléger la procédure et de ne pas perturber de manière disproportionnée le fonctionnement des entreprises concernées, de renoncer à enquêter sur les personnes physiques responsables et de condamner à leur place l'entreprise au paiement de l'amende.

Article 27 Compétence

En vertu des ordonnances de blocage, l'enquête et la poursuite pénale et administrative des infractions contre leurs dispositions incombent au Département fédéral des finances (DFF). Le présent projet de loi prévoit que le DFF conserve cette prérogative.

Sur le plan matériel, la réglementation de l'art. 27 correspond à celle de l'art. 50 LFINMA. La procédure, par contre, respecte les dispositions de la DPA.

Article 28 Jonction des procédures

Cette disposition se fonde sur l'art. 51 LFINMA, qui permet la jonction d'une enquête pénale du DFF et d'une instruction menée par une autorité de poursuite pénale cantonale ou fédérale, pour autant qu'elles portent sur la même affaire. Cette mesure a pour but d'éviter que deux autorités aux champs de compétences différents n'enquêtent sur la même affaire. Les infractions définies par le présent projet de loi recouvrent notamment celles prévues par l'art. 305^{ter}, al. 1, CP (Défaut de vigilance en matière d'opérations financières), et l'art. 305^{bis} CP (Blanchiment d'argent), qui relèvent de la compétence des tribunaux cantonaux ou du Tribunal pénal fédéral (cf. art. 24, al. 1, Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007, CPP). Un accord ne doit cependant être envisagé que si cela ne retarde pas indûment la procédure.

2.2.10 Section 10 Dispositions finales

Article 29 Abrogation et modification du droit en vigueur

⁷⁵ RS 313.0

En vertu de l'*al. 1*, la loi fédérale du 1^{er} octobre 2010 sur la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées (LRAI) est abrogée, étant donné que le présent projet de loi intègre toutes les dispositions matérielles et juridiques de la LRAI.

L'*al. 2* fait référence aux lois fédérales que le présent projet de loi modifie. Au moment de l'entrée en vigueur de la LRAI, la loi du 17 juin 2005⁷⁶ sur le Tribunal administratif fédéral a été complétée : un ch. 3 a été ajouté à l'art. 33, let. b, qui autorise les recours contre une décision de blocage au sens de la LRAI. Il a également été prévu à l'art. 35 que le Tribunal administratif fédéral connaisse des demandes de confiscation de valeurs patrimoniales au sens de la LRAI. En raison de l'abrogation de la LRAI, ces deux nouvelles dispositions doivent faire référence au présent projet de loi. Il en va de même concernant l'art. 44 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite⁷⁷ (LP) (Réalisation d'objets confisqués), dans lequel le présent projet de loi doit être mentionné, et non plus la LRAI.

Article 30 Dispositions transitoires

L'art. 30, *al. 1*, ne concerne que les décisions du Conseil fédéral basées sur la LRAI. Il n'est point besoin d'édicter de disposition transitoire pour les ordonnances du Conseil fédéral basées sur l'art. 184, al. 3, Cst. En effet, les ordonnances de blocage fondées sur l'article 184 al. 3 Cst, qui seraient par hypothèse encore en force au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, seront automatiquement adaptées à leur nouvelle base légale. Si de telles ordonnances ont fait l'objet d'une prorogation par le Conseil fédéral, l'article 7c de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA)⁷⁸, qui précise les règles applicables aux ordonnances fondées directement sur l'art. 184, al. 3, Cst, aura néanmoins pour effet de les rendre caduques lors de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi (art. 7c, al. 4, let. b, LOGA). Dans cette hypothèse, le Conseil fédéral devra promulguer, sur la base de l'art. 3 du projet de loi, des ordonnances qui entreront en vigueur en même temps que la nouvelle loi afin de remplacer les ordonnances devenues caduques.

Les décisions de blocage encore en force au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sont des mesures administratives durables. Selon la jurisprudence, il n'y a pas de rétroactivité proprement dite si la nouvelle règle s'applique à un état de choses durable, non entièrement révolu dans le temps. Il s'agit alors d'une rétroactivité improprement dite, en principe admissible si elle ne porte pas atteinte à des droits acquis⁷⁹. Le projet de loi est conforme à ces principes en prévoyant l'applicabilité de la nouvelle loi aux décisions de blocage prononcées avant son entrée en vigueur et qui sont encore en force.

S'agissant des actions en confiscation déjà ouvertes devant le Tribunal administratif fédéral, la question de la rétroactivité doit être examinée sous l'angle des principes

⁷⁶ RS 173.32

⁷⁷ RS 281.1

⁷⁸ RS 172.010

⁷⁹ ATF 122 V 405, consid 3.b.aa, ATF, 122 V 8, consid. 3a, 121 V 100, consid. 1a

suiuants : d'après les règles générales régissant la détermination du droit applicable, qui se déploient en l'absence de dispositions transitoires particulières⁸⁰, l'application d'une norme à des faits entièrement réuolus auant son entrée en uigueur est en principe interdite⁸¹. En dérogation à ce principe général, les nouvelles règles de procédure s'appliquent pleinement dès leur entrée en uigueur aux causes qui sont encore pendantes. La procédure administrative connaît une exception à l'application immédiate de la nouvelle procédure; celle-ci n'est admissible que pour autant que l'ancien et le nouveau droit s'inscrivent dans la continuité du système de procédure en place et que les modifications procédurales demeurent ponctuelles. En reuanche, l'ancien droit de procédure continue à gouverner les situations dans lesquelles le nouveau droit de procédure marque une rupture par rapport au système procédural antérieur et apporte des modifications fondamentales à l'ordre procédural⁸². En l'espèce, le nouveau droit s'inscrit dans la continuité de la LRAI. Il est donc admissible de prévoir que la nouvelle loi s'appliquera aussi aux procédures pendantes d'action deuant le Tribunal administratif fédéral.

Article 31 Référendum et entrée en uigueur

Cette disposition est contraignante en uertu de l'art. 141, al. 1, let. a, Cst (référendum facultatif).

3 Conséquences

3.1 Conséquences pour la Confédération et les cantons

Le projet de loi n'entraîne aucune dépense supplémentaire pour la Confédération. Conformément à la pratique en usage, les mesures de soutien détaillées dans la section 3 de la loi continueront à être financées par les moyens disponibles dans le cadre des crédits annuels du DFAE et de la DDC. Quant à sauoir si cette nouvelle loi donnera lieu à des dépenses supplémentaires sur le plan du personnel, cela dépendra de l'actualité politique mondiale. Si une autre situation d'exception telle que le Printemps arabe deuait se produire, il faudra vraisemblablement compter avec des frais supplémentaires pour l'administration fédérale. Dans le cas contraire, la mise en œuvre des nouvelles dispositions pourra être assurée par les ressources actuelles. En uertu de l'art. 19, un montant forfaitaire correspondant à 2,5 % au plus des valeurs patrimoniales confisquées peut être attribué à la Confédération à cette fin.

Du côté des cantons, il ne deuait y auoir de conséquences supplémentaires ni sur le plan des finances, ni sur celui des effectifs. Les cantons ne sont concernés que par deux articles du projet de loi. L'art. 19 prévoit qu'un montant forfaitaire peut également être attribué aux cantons, le Conseil fédéral fixant toutefois au cas par cas le montant du forfait et les éventuelles modalités de partage entre la Confédération et les cantons. En uertu de l'art. 22, al. 1, les autorités cantonales sont tenues de communiquer les informations et les données personnelles nécessaires à l'exécution de la

⁸⁰ ATF 131 V 425, consid. 5.1, p. 429

⁸¹ ATF 137 II 371, consid. 4.2

⁸² ATF 137 II 409, consid. 7.4.5 ; ATF 130 V 1, consid. 3.3.2, p. 5 ss.; ATF 112 V 356, consid. 4a et 4b, p. 360 ss.; ATF 111 V 46, consid. 4, p. 47

présente loi aux départements compétents (c.-à-d. le DFAE et le DFF). A l'inverse, le DFAE peut également transmettre aux autorités cantonales les données nécessaires à l'exécution de leurs tâches (art. 22, al. 2). En vue d'une procédure de confiscation, l'autorité cantonale chargée de l'exécution d'une demande d'entraide judiciaire en matière pénale doit éga le DFAE, en vertu de l'art. 22, al. 3, si une demande d'entraide judiciaire ne peut aboutir ou si une procédure d'entraide judiciaire fondée sur l'art. 2, let a, EIMP est exclue. Le Conseil fédéral estime que les ressources actuelles seront suffisantes pour traiter les rares cas qui surviendront suite à l'application de ce projet de loi au niveau cantonal.

3.2 Conséquences sur l'économie

De manière générale, le présent projet de loi n'engendre pas d'obligation supplémentaire et, surtout, il n'impose pas de nouvelles réglementations aux intermédiaires financiers. La nouvelle base légale n'entraînera également aucune augmentation notable des frais administratifs des intermédiaires financiers. Ces derniers sont aujourd'hui déjà tenus d'annoncer au DFAE les blocages décrétés par le Conseil fédéral qui se fondaient sur l'art. 184, al. 3, Cst., en indiquant la nature des relations d'affaires qui les unissent aux personnes concernées. Outre l'obligation de communiquer, qui est maintenant inscrite dans la loi, l'obligation de renseigner qui est prévue à l'art. 7, al. 3, pourrait néanmoins entraîner une légère augmentation des frais. Cet article stipule que les personnes et les institutions en question doivent fournir, à la demande du DFAE, des informations et documents relatifs aux avoirs déclarés. En raison du champ d'application restreint du projet de loi, le nombre de demandes émanant du DFAE devrait être limité et ne pas occasionner de hausse notable des frais des intermédiaires financiers.

Le présent projet de loi ne vise pas, de manière générale, l'ensemble des valeurs patrimoniales de personnes politiquement exposées en Suisse. La législation relative à la lutte contre le blanchiment d'argent autorise les relations d'affaires entre les intermédiaires financiers et les personnes politiquement exposées, ce qui implique toutefois un renforcement de l'obligation de diligence. Ces dispositions correspondent aux standards internationaux, font déjà partie du droit en vigueur et, devraient être maintenues dans le cadre de la mise en œuvre des recommandations du GAFI (voir explications sur l'art. 2). Le présent acte législatif porte sur les valeurs patrimoniales soumises au pouvoir de disposition de personnes politiquement exposées soupçonnées de les avoir obtenues illicitement par le biais d'actes de corruption, de détournements de fonds ou d'autres crimes. Le cercle des personnes concernées est donc clairement défini et est conforme à la pratique actuelle du Conseil fédéral. Cela favorise la sécurité juridique et la transparence, ce qui renforcera la confiance des clients étrangers dans la place financière suisse.

4 Relations avec le programme de la législature et les stratégies nationales du Conseil fédéral

4.1 Relation avec le programme de la législature

Le projet de loi répond à un mandat du Conseil fédéral du 11 mai 2011. Il figure dans le programme de la législature, sous l'objectif 8: « La Suisse est bien connectée sur le plan mondial et sa position dans le contexte international comme au sein des institutions multilatérales est affermie. »

4.2 Relation avec les stratégies nationales du Conseil fédéral

Le Conseil fédéral a publié le 22 février 2012 la Stratégie pour une place financière suisse compétitive et conforme aux règles de la fiscalité. Ce texte souligne l'importance de la lutte contre le blanchiment d'argent pour l'intégrité de la place financière suisse, intégrité qui passe par le refus des valeurs patrimoniales d'origine criminelle. Outre le dispositif législatif existant dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent, le présent projet de loi joue également un rôle préventif en donnant un signal à l'extérieur.

Le 28 mars 2012, le Conseil fédéral a approuvé la priorité de lutte contre la criminalité financière pour les années 2012-2015. Cette stratégie a entre autres pour objectif la lutte contre la corruption internationale et le blanchiment d'argent.

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité et légalité

Les affaires étrangères relèvent de la compétence de la Confédération (art. 54, al. 1, Cst). Le présent projet de loi régleme le blocage, la confiscation et la restitution de valeurs patrimoniales d'origine présumée illicite déposées en Suisse par des personnalités étrangères politiquement exposées. Ce projet d'acte législatif vient renforcer l'engagement de la Suisse dans le domaine du développement durable et de la lutte contre l'impunité. Il a également pour but la protection de la réputation de la Suisse et de sa place financière. Le projet de loi constitue une codification de la pratique actuelle. Jusqu'ici, les activités de la Suisse dans ce domaine étaient régies par la LRAI, fondée sur l'art. 54, al. 1, Cst, et par l'art. 184 Cst, qui établit la compétence du Conseil fédéral en matière de politique étrangère. L'art. 54 constitue ainsi la base constitutionnelle du présent projet de loi.

L'art. 26 Cst garantit la propriété. Cette disposition garantit les droits de propriété concrets de l'individu et constitue une protection juridique contre l'intervention d'acteurs étatiques. Du point de vue des droits fondamentaux, le blocage et la confiscation des valeurs patrimoniales d'une personne en vue de leur restitution à un Etat étranger constituent une atteinte à la garantie de la propriété au sens de l'art. 26 Cst.

En conséquence, ces mesures doivent respecter les exigences de l'art. 36 Cst, en vertu duquel les restrictions des droits fondamentaux ne sont autorisées que si elles reposent sur une base légale, sont justifiées par un intérêt public et sont proportionnées au but visé. Conformément à ce principe, la mesure doit non seulement être apte à produire le résultat escompté, mais elle doit aussi être nécessaire. Il convient d'y renoncer si toute autre mesure moins radicale permet d'atteindre le même but

En l'espèce, l'intérêt public consiste à sanctionner l'acquisition de valeurs patrimoniales d'origine criminelle par des personnes politiquement exposées et leurs proches, afin de restituer ces valeurs à l'Etat d'origine ou à sa population.

Le blocage préventif des valeurs patrimoniales d'origine présumée illicite a pour but d'empêcher que ces valeurs ne quittent la place financière suisse et ne soient transférées vers un lieu inconnu. Cette mesure est indéniablement appropriée et nécessaire pour faciliter l'établissement, sur le plan juridique, de l'origine des valeurs patrimoniales, et pour restituer les fonds volés à l'Etat d'origine. Le blocage des valeurs patrimoniales est une mesure de prévention purement administrative et provisoire. Dans des cas exceptionnels, la libération des valeurs patrimoniales bloquées est possible aux conditions prévues par le projet de loi. Le blocage des valeurs patrimoniales répond donc aux exigences de la Constitution relatives au caractère proportionné des mesures prises.

La confiscation est limitée aux cas où la procédure d'entraide judiciaire internationale en matière pénale ne peut aboutir du fait de l'effondrement des structures de l'Etat d'origine ou si une coopération dans le cadre de l'entraide judiciaire est exclue en raison de standards insuffisants en matière procédurale dans l'Etat d'origine. Etant donné que les possibilités de confiscation prévues dans le projet de loi portent sur des valeurs patrimoniales d'origine criminelle, cette mesure s'avère proportionnée car dans ces conditions, elle constitue la seule manière de remédier à l'acquisition illicite de fonds.

La présente loi prévoit en outre, à certaines conditions, la présomption de l'illicéité de l'origine des biens (art. 15). En tant que telle, cette présomption ne constitue pas une atteinte inadmissible à la garantie de la propriété, car la personne concernée conserve la possibilité de démontrer l'origine licite des biens en cause. Elle donne néanmoins un poids supplémentaire à l'atteinte, car elle facilite notablement le prononcé d'une telle confiscation: lorsque l'illicéité de l'origine est présumée, les biens dont l'acquisition licite n'a pas été démontrée avec une vraisemblance prépondérante peuvent en effet être confisqués. Elle doit dès lors respecter, elle aussi, le principe de proportionnalité.

Les conditions posées par l'art. 15, al. 1, pour présumer l'illicéité de l'origine des valeurs limitent la portée de cette clause à des cas où l'acquisition illicite est très vraisemblable, puisqu'il faut, d'une part, un accroissement exorbitant du patrimoine de la personne concernée pendant l'exercice de sa fonction publique et, d'autre part, un degré de corruption élevé. La personne qui a le pouvoir de disposition sur les valeurs patrimoniales peut toutefois faire valoir devant le Tribunal administratif fédéral tous les moyens de preuve pertinents pour renverser la présomption⁸³. La notion de moyens de preuve doit être entendue au sens procédural⁸⁴, soit indépendamment du degré de preuve requis. Comme, en outre, le Tribunal administratif

83 Dans le cadre de la procédure de confiscation, le renversement du fardeau de la preuve est admissible dans la mesure où les droits de la personne concernée sont respectés; dans l'arrêt *Phillips c. Royaume-Uni* du 5 juillet 2001 (CEDH 2001-VII, § 28 ss.), la Cour a accepté la présomption d'illicéité énoncée dans la procédure de confiscation, étant donné que la personne concernée avait la possibilité de démontrer l'origine licite des biens en cause.

84 Cf. art. 36 ss. de la loi fédérale du 4 décembre 1947 de procédure civile fédérale (RS 273)

fédéral est aussi tenu d'établir les faits d'office dans la procédure par voie d'action⁸⁵, l'atteinte à la garantie de la propriété reste proportionnée.

5.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

5.2.1 Convention européenne des droits de l'homme

L'art. 15 du présent projet d'acte législatif établit la présomption de l'illicéité des valeurs patrimoniales faisant l'objet d'une procédure de confiscation. La question de la compatibilité de cette disposition avec le principe procédural de la présomption d'innocence se pose. Le principe⁸⁶ de la présomption d'innocence est exprimé à l'art. 6, par. 2, de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) et s'applique à toutes les procédures considérées comme ayant un caractère pénal au sens de l'art. 6 CEDH. La présomption d'illicéité prévue par la loi n'a pas pour objet la question de la culpabilité ou de l'innocence au sens du droit pénal. La loi proposée porte exclusivement sur la question de savoir à qui appartient le pouvoir de disposition sur des valeurs patrimoniales déterminées et si celles-ci ont été acquises licitement.

Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la qualification du caractère pénal d'une affaire au sens de l'art. 6 CEDH doit répondre aux trois critères suivants : qualification en droit interne, nature de l'infraction, type, gravité et but de la sanction prévue.

Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'art. 6, par. 2, CEDH n'est pas applicable à des mesures de confiscation, dans la mesure où celles-ci ne comportent pas d'accusation au sens de l'art. 6, par. 2, CEDH. Dans une affaire récente, la Cour a toutefois considéré que l'art. 6, par. 2, CEDH était applicable à une confiscation intervenue suite à une condamnation pénale et concernant en partie le bénéfice retiré d'autres infractions pour lequel le requérant avait été condamné.

En vertu de la jurisprudence de la Cour européenne, on ne peut donc entièrement exclure que, dans un cas concret, il faille considérer la confiscation prévue par le projet de loi comme revêtant un caractère pénal au sens de l'art. 6 CEDH.

Même si tel était le cas, la présomption d'illicéité prévue dans le projet d'acte législatif serait compatible avec les exigences de l'art. 6 CEDH. La Cour européenne des droits de l'homme a en effet constaté, dans une décision de principe, que les présomptions de fait et de droit figurant dans les lois pénales ne sont pas par principe incompatibles avec la présomption d'innocence au sens de l'art. 6, al. 2, CEDH. L'art. 6, al. 2, CEDH commande toutefois aux Etats d'émettre ces présomptions dans

⁸⁵ Art. 44, al. 2, LTAF

⁸⁶ En vertu duquel toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.

des limites raisonnables, en prenant en compte la gravité de l'enjeu, les droits de la défense et le principe de proportionnalité⁸⁷.

Cela étant, la réglementation proposée satisfait aux exigences formulées par la Cour européenne : son champ d'application est étroitement circonscrit aux valeurs patrimoniales de personnes politiquement exposées et de leurs proches et elle donne à la personne concernée la possibilité de renverser la présomption. La présomption est renversée si la licéité de l'acquisition des valeurs patrimoniales peut être démontrée avec une vraisemblance prépondérante. Elle confère aux tribunaux une pleine liberté d'appréciation des preuves. Lors du prononcé de la confiscation, le tribunal évalue tous les éléments de la situation dont il dispose. La confiscation n'est licite que si, à l'issue de cette évaluation complète, le tribunal parvient à la conclusion que les valeurs patrimoniales sont effectivement le fruit d'infractions.

5.2.2 Convention des Nations Unies contre la corruption (CNUCC)

La Convention des Nations Unies contre la corruption (CNUCC), qui définit des standards mondiaux pour la prévention et la lutte contre la corruption, est entrée en vigueur le 14 décembre 2005. Le 10 décembre 2003, la Suisse a signé la Convention sans réserve et l'a ratifiée le 24 septembre 2009. Outre la prévention de la corruption, elle régleme la coopération internationale et l'assistance technique aux pays en développement et aux pays émergents. Pour la première fois, une Convention prévoit que les valeurs patrimoniales d'origine illicite doivent être restituées à certaines conditions et contient une réglementation sur le rapatriement des avoirs. Lors de la 4^e conférence des Etats parties à Marrakech, en octobre 2011, la CNUCC a été élargie par de nouvelles résolutions, notamment concernant la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite.

La CNUCC consacre tout un chapitre (V) au recouvrement de valeurs patrimoniales acquises illégalement. L'art. 51 CNUCC énonce que la restitution d'avoirs est un principe fondamental de la Convention et que les Etats Parties s'accorderont mutuellement la coopération et l'assistance les plus étendues à cet égard. Cet article manifeste la volonté des Etats Parties de tout mettre en œuvre pour que la Convention induise, par rapport aux textes antérieurs, une amélioration déterminante⁸⁸. L'article 57, par. 2, oblige chaque Etat Partie à adopter les mesures législatives nécessaires permettant aux autorités compétentes de restituer les biens confisqués. Le droit suisse répond déjà pleinement aux exigences de la CNUCC. En matière de restitution des valeurs patrimoniales, le projet de loi ci-joint, de même que la LRAI, s'inscrit en parfaite cohérence avec la direction donnée par la CNUCC, et va même au-delà. Il tend en effet à parfaire le cadre juridique suisse pour permettre la restitution de valeurs patrimoniales d'origine illicite, même dans les rares cas dans lesquels l'entraide judiciaire n'aboutit pas en raison de la situation défailante de l'Etat requé-

87 Arrêt Salabiaku c. France du 7 octobre 1988, série A, vol. 141, n° 28. Cf. aussi: arrêt Pham Hoang c. France du 25 septembre 1992, série A, vol. 243, n° 32 et arrêt Janosevic c. Suède du 23 juillet 2002.

88 Message du Conseil fédéral du 21 septembre 2007 (FF 2007 6931), p. 6987.

rant. Il étend ensuite la possibilité de la confiscation aux cas dans lesquels l'entraide judiciaire est exclue en raison d'une situation des droits de l'homme défaillante. De la sorte, il respecte pleinement le principe fondamental posé par la Convention et va même au-delà.

Comme la LRAI, le présent projet de loi prévoit, conformément à la CNUCC, que les Etats peuvent convenir d'une solution ad hoc pour accélérer le rapatriement des fonds confisqués à l'étranger, ce qui évite d'avoir à attendre la fin de procédures judiciaires longues et complexes. Cette solution devra toutefois prendre la forme d'un accord bilatéral, car il ne s'agit pas là d'une restitution automatique et obligatoire. L'Etat requis aura ainsi son mot à dire, notamment sur le sort des fonds rapatriés, qui devront être utilisés, dans toute la mesure du possible, au bénéfice de la population et des victimes de la corruption. Là encore, les principes concernant la restitution des valeurs patrimoniales confisquées sont également ancrés dans le projet de loi.

La Convention a été renforcée grâce à un mécanisme de mise en œuvre⁸⁹ adopté en novembre 2009. La Suisse a passé avec succès son premier examen des Etats en 2012⁹⁰.

5.2.3 Relation avec le droit européen

Comme la LRAI, le présent projet de loi n'a pas d'incidence sur les obligations de la Suisse en matière de droit européen. Les bases légales de l'Union européenne sont détaillées dans la section Droit comparé, aux points 1.6.1. et 1.6.2.

5.3 Forme de l'acte à adopter

Le présent projet de loi comprend des dispositions fixant des règles de droit, qui doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale, conformément à l'art. 164, al. 1, let. a, Cst.

5.4 Frein aux dépenses

Le projet de loi n'entraîne pas de coûts supplémentaires soumis au frein aux dépenses (art. 159, al. 3, let. b, Cst).

5.5 Délégation de compétences législatives

En vertu de l'art. 7a, al. 1, de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA)⁹¹, le Conseil fédéral peut conclure seul des traités internationaux lorsqu'une telle compétence lui est attribuée par une loi fédérale ou par un

⁸⁹ Ce mécanisme propose un examen des Etats en vue de contrôler la mise en œuvre (et l'application) de la Convention par les Etats Parties dans le droit national.

⁹⁰ L'examen a porté sur le chapitre III (Incrimination, détection et répression) et le chapitre IV (Coopération internationale) de la CNUCC.

⁹¹ RS 172.010

traité international approuvé par l'Assemblée fédérale. Une telle compétence lui est attribuée par l'art. 18, al. 2, du présent projet de loi, en vertu duquel le Conseil fédéral peut conclure des accords en vue de la restitution de valeurs patrimoniales à l'Etat d'origine. Ce type d'accord a principalement pour objet les modalités de rapatriement. Il est donc important que le Conseil fédéral se voie attribuer cette compétence, afin que le rapatriement des fonds confisqués puisse intervenir rapidement.