

# Rapport relatif à l'avant-projet de loi fédérale portant révision partielle du code civil, du code des obligations et du code de procédure civile (fonds en déshérence)

Août 2009

---

## 1 Contexte

### 1.1 Rétrospective

Au cours de la dernière décennie du XX<sup>e</sup> siècle, suite à la chute du rideau de fer, la Suisse et sa place financière durent une nouvelle fois se défendre de l'accusation de s'être enrichies sur le dos des victimes du nazisme<sup>1</sup>. Les banques suisses s'employèrent alors à faire émerger la vérité et à corriger les erreurs du passé.

Une commission instituée en 1996 et présidée par Paul Volcker fut chargée d'identifier les comptes de victimes des persécutions nazies et de juger du traitement qui leur avait été réservé les banques suisses<sup>2</sup>. En 1997, plusieurs listes de comptes dits dormants furent publiées et un Tribunal pour la liquidation des Plaintes (*Claims Resolution Tribunal for Dormant Accounts in Switzerland*, CRT) fut mis en place pour régler la procédure de revendication de ces avoirs. Aux Etats-Unis, le CS et l'UBS acceptèrent en 1999 une transaction de 1,25 milliard de dollars, dont 800 millions réservés pour les demandes fondées sur des avoirs en déshérence.

Parallèlement, le Parlement chargea le Conseil fédéral d'examiner le régime juridique applicable aux fonds en déshérence et de lui proposer les modifications législatives requises<sup>3</sup>. Pour y donner suite, en 2000 le gouvernement ouvrit la procédure de consultation sur un avant-projet de loi fédérale sur les fonds en déshérence (LFFD)<sup>4</sup>. Les acteurs financiers y étaient tenus de tout entreprendre pour

<sup>1</sup> Précisions : Barbara Bonhage/Hanspeter Lussy/Marc Perrenoud, *Nachrichtenlose Vermögen bei Schweizer Banken - Depots, Konten und Safes von Opfern des nationalsozialistischen Regimes und Restitutionsprobleme in der Nachkriegszeit*, édité par la Commission Indépendante d'Experts : Suisse – Seconde Guerre mondiale, vol. 15, Zurich 2001.

<sup>2</sup> Cf. Comité Indépendant de Personnes Eminentes (ICEP), *Rapport sur les comptes dormants des victimes des persécutions nazies dans les banques suisses / Report on Dormant Accounts of Victims of Nazi Persecution in Swiss Banks*, Berne 1999.

<sup>3</sup> Po. 96.3574 Nabholz 27.11.1996 « Fortunes tombées en déshérence » ; Mo. 96.3610 Plattner 09.12.1996 « Fortunes tombées en déshérence » ; Mo. 96.3606 Rechsteiner 09.12.1996 « Fortunes tombées en déshérence. Obligation de s'annoncer » ; Mo. 96.3611 Groupe radical-libéral 10.12.1996 « Fortunes tombées en déshérence. Constitution d'un fonds » ; Mo. 97.3306 Rechsteiner 18.06.1997 « Avoirs en déshérence datant de la Seconde Guerre mondiale. Implications juridiques » ; Mo. 97.3369 Baumann du 20.06.1997 « Avoirs en déshérence déposés auprès des banques suisses. Création d'un code de procédure civile » ; Mo. 97.3401 Grobet 22.09.1997 « Fonds en déshérence. Au Conseil fédéral d'agir ». Les motions 97.3306 Rechsteiner et 97.3401 Grobet sont encore en suspens. Les autres interventions ont été classées pour permettre la bonne application de la nouvelle loi sur le Parlement du 13 décembre 2002 (FF 2003 6269).

<sup>4</sup> L'avant-projet et le rapport explicatif peuvent être téléchargés sur Internet à l'adresse : [www.bj.admin.ch/bj/fr/home/dokumentation/medieninformationen/2000/27.html](http://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/dokumentation/medieninformationen/2000/27.html).

empêcher la perte de contact avec leurs clients ou pour reprendre contact avec eux lorsque celui-ci avait été perdu (art. 2 et 3). En cas d'échec des mesures prises, l'acteur financier devait déclarer les fonds à un centre d'information étatique, sous peine de sanctions pénales (art. 4 en relation avec l'art. 11, al. 1). Ce centre d'information devait publier la liste des fonds en déshérence déclarés (art. 9) et si la publication restait sans effet, les fonds devaient passer à la Confédération après 50 ans (art. 5). Une ordonnance du Conseil fédéral aurait dû définir les mesures que les acteurs financiers auraient été tenus de prendre pour éviter de perdre le contact avec leurs clients ou pour reprendre le contact (art. 13, let. a).

La consultation déboucha sur des résultats très hétéroclites. La branche des assurances critiqua l'étendue du champ d'application, qu'elle jugeait trop large. Les banques arguèrent que le projet ne tenait pas compte de l'autorégulation – qui a été sensiblement durcie en juin 2000 – mais la remplaçait par une norme de droit public<sup>5</sup>. La création d'un centre d'information étatique et la publication des fonds en déshérence fut jugée inutile, voire dangereuse. Enfin, la dévolution des fonds à la Confédération fut aussi critiquée. Certains y voyaient une expropriation anticonstitutionnelle, tandis que d'autres auraient voulu que les cantons apparaissent aussi parmi les bénéficiaires.

Le Conseil fédéral estima donc qu'il était indispensable de revoir tout le projet. A cette fin, le Département fédéral des finances (DFF) institua une petite commission d'experts<sup>6</sup> qui présenta un projet rédigé de loi fédérale sur les avoirs non réclamés (LANR)<sup>7</sup> en 2004. Le Conseil fédéral refusa toutefois de soutenir ce projet et chargea, en 2007, le Département fédéral de justice et police (DFJP) de préparer un nouveau projet qui réglerait la problématique des fonds en déshérence par le biais de modifications ponctuelles du code civil et du code des obligations. Le Conseil fédéral voulait exprimer par là que l'Etat peut fixer des conditions cadres, mais non assumer toutes les responsabilités qui incombent aux parties contractantes pour garantir un traitement adéquat des avoirs en déshérence.

<sup>5</sup> Cf. Directives de l'Association suisse des banquiers relatives au traitement des avoirs (comptes, dépôts et compartiments de coffre-fort) auprès de banques suisses lorsque la banque est sans nouvelles du client (directives ASB sur les avoirs sans nouvelles), qui peuvent être téléchargées sur Internet à l'adresse : [www.swissbanking.org/114\\_f.pdf](http://www.swissbanking.org/114_f.pdf).

<sup>6</sup> La commission d'experts se composait des membres suivants: Luc Thévenoz, docteur en droit, avocat, professeur à l'Université de Genève, membre de la CFB (président) ; Victor Füglistler, licencié en droit, avocat, vice-président du Comité exécutif de l'Association suisse des banquiers (remplacé dès février 2003 par Alexandra Salib, avocate, fondée de pouvoir de l'ASB) ; Stephan Fuhrer, docteur en droit, privat-docent, membre de la direction des Assurances Bâloise, président de la commission juridique assurance vie de l'Association Suisse d'Assurances ; Beat Kaufmann, docteur en droit, chef de division suppléant, Division des affaires économiques et financières, Département fédéral des affaires étrangères (DFAE) (remplacé dès juin 2003 par Christoph Burgener, chef de division suppléant, Division des affaires économiques et financières, DFAE) ; Felix Schöbi, docteur en droit, Division des projets de législation, Office fédéral de la justice (OFJ) ; Andrea Kiefer, docteur en droit, avocate, Service juridique, Office fédéral des assurances privées (OFAP) (remplacée dès novembre 2002 par Olivier Salamin, licencié en droit et en sciences économiques, Service juridique, OFAP) ; Simona Bustini, docteur en droit, Service juridique, Secrétariat de la CFB ; Jacqueline Cortesi-Künzi, avocate, cheffe de section, Service juridique de l'Administration fédérale des finances (AFF).

<sup>7</sup> Le DFF a publié les textes produits par la commission d'experts sur son site Internet, où ils peuvent être téléchargés à l'adresse : [www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00578/00911/index.html?lang=fr](http://www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00578/00911/index.html?lang=fr)

Le Conseil fédéral chargea également le DFJP d'examiner le régime juridique de la déclaration d'absence (art. 35 ss CC) en réponse au postulat 05.3069 Nordmann « Adaptation des procédures de déclaration d'absence lors de catastrophes naturelles » déposé à la suite du tsunami de décembre 2004. De fait, les catastrophes naturelles peuvent soulever les mêmes questions que les fonds en déshérence quant au régime juridique applicable lorsqu'il n'est pas possible d'affirmer clairement si une personne vit toujours et où.

## **1.2 Droit en vigueur**

### **1.2.1 Fondements**

#### **1.2.1.1 Notion de fonds en déshérence**

Les termes *fonds en déshérence*, *comptes dormants*, *avoirs non réclamés* et *avoirs sans nouvelles* sont couramment utilisés pour désigner les droits qui reviennent à une personne avec laquelle le débiteur a perdu tout contact. A cet égard, il faut signaler que les créances (droits découlant d'obligations) se prescrivent en général par 10 ans (art. 127 CO)<sup>8</sup> tandis que les droits réels ne sont pas susceptibles de prescription (art. 641, al. 2, CC). Demander la restitution de choses, par exemple des pièces d'or, déposées dans un compartiment de coffre-fort (art. 472 ss CO) reste donc possible même après plusieurs décennies. Les cas de l'acquéreur de bonne foi (art. 933 CC) et de la prescription acquisitive (art. 728 CC) sont toutefois réservés.

Le Tribunal fédéral a qualifié le contrat d'épargne de contrat de dépôt irrégulier (art. 481 CO ; ATF 100 II 153 ss). La prescription de l'action du client (déposant) contre la banque (dépositaire) en restitution de l'argent déposé court dès l'extinction du contrat de dépôt (ATF 91 II 442 ss)<sup>9</sup>. Le contrat de dépôt s'éteint par sa résiliation (art. 475, al. 1, CO). La résiliation étant un acte formateur sujet à réception, elle suppose que la banque sache où joindre le client. Or c'est justement lorsque cette condition n'est plus remplie que les fonds tombent en déshérence. Logiquement, la créance découlant d'un contrat d'épargne ne peut donc pas non plus se prescrire<sup>10</sup>. Ainsi, dans le contexte des fonds en déshérence, la différence entre les droits réels et les droits découlant d'obligations doit être fortement relativisée.

Dans le secteur des assurances, la situation juridique actuelle<sup>11</sup> est quelque peu différente. En effet, l'art. 46, al. 1 de la loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (LCA ; RS 221.229.1) prévoit que les prétentions d'assurance se prescrivent par 2 ans à dater du fait d'où naît l'obligation. Il a ainsi pu arriver que les

<sup>8</sup> Matériellement, la créance prescrite continue d'exister, mais elle n'est plus exigible. Cela signifie qu'elle ne peut plus être invoquée devant les tribunaux ordinaires ni être recouvrée avec le soutien de l'Etat. La créance prescrite se distingue en cela de la créance périmée qui, elle n'a plus d'existence matérielle.

<sup>9</sup> Critique : Alfred Koller, *Verjährt oder nicht verjährt?* PJA 2000, p. 243 ss, et pp. 245 s.

<sup>10</sup> Dans le cadre de l'autorégulation, les banques se sont obligées à garantir les droits du client et de ses ayants droits lorsque les avoirs sont sans nouvelles et à renoncer à résilier les relations contractuelles avec les clients dont elles sont sans nouvelles (cf. ch. 15 et 16 directives ASB sur les avoirs sans nouvelles [note 5]).

<sup>11</sup> Au sujet du droit futur, cf. ch. 1.4.3.2.

prétentions envers l'assurance-ménage se prescrivent avant que l'assuré ne se rende compte qu'il avait été cambriolé (ATF 126 III 278 ss)<sup>12</sup>.

### 1.2.1.2 Droits et obligations du débiteur

Le droit privé n'impose au débiteur aucune obligation de rechercher le créancier. La demeure du créancier exclut donc celle du débiteur. C'est au créancier qu'il incombe de maintenir le contact avec le débiteur et c'est aussi lui qui supporte le risque de perte de contact. Les règles de la bonne foi (art. 2, al. 1, CC) et le devoir de loyauté du mandataire (art. 397, al. 1, CO) sont cependant réservés. Ainsi le débiteur est-il, par exemple, tenu de communiquer tout changement d'adresse au créancier. Ce principe, appliqué par analogie, veut par exemple que celui qui trouve une chose perdue en informe la police ou qu'il prenne les mesures de publicité et fasse les recherches commandées par les circonstances (art. 720, al. 1, CC).

Le droit public non plus, ne prévoit aucune obligation pour le débiteur de rester en contact avec le créancier. La législation sur le blanchiment d'argent exige toutefois que l'intermédiaire financier vérifie l'identité du cocontractant et identifie l'ayant droit économique (art. 3 et 4 de la loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier, loi sur le blanchiment d'argent, LBA ; RS 955.0). Ces obligations ont été concrétisées dans la Convention du 7 avril 2008 relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 2008), conformément à l'art. 14 de l'ordonnance du 18 décembre 2002 de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la prévention du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme (ordonnance 1 de la FINMA sur le blanchiment d'argent, OBA-FINMA 1 ; RS 955.022). Le ch. 22 CDB 2008 précise que la banque doit conserver, entre autres, l'adresse du domicile du cocontractant ou la raison sociale et le siège, s'il s'agit d'une personne morale.

La législation sur le blanchiment d'argent ne prévoit rien en cas de rupture du contact avec le client<sup>13</sup>. Cette lacune est toutefois comblée dans les directives ASB sur les avoirs sans nouvelles, qui énoncent de nombreuses règles censées éviter que des avoirs déposés auprès des banques suisses ne tombent en déshérence. Elles prévoient aussi comment la banque doit procéder lorsque le contact avec le client se rompt malgré tout. L'une de ces mesures est l'obligation de déclarer tout avoir sans nouvelles à l'ombudsman des banques. C'est aussi à ce dernier que peut s'adresser toute personne qui élève des prétentions sur des avoirs sans nouvelles. Les directives de l'ASB règlent également la façon dont les fonds en déshérence doivent être gérés.

<sup>12</sup> Théoriquement, l'assuré pourrait se fonder sur des faits qui empêchent ou suspendent la prescription pour soulever l'exception de prescription dans le recours contre la décision de l'entreprise d'assurance (art. 134 CO en relation avec l'art. 100 LCA). Cette approche se heurte toutefois aux stipulations du contrat d'assurance sur la durée pendant laquelle l'assuré peut faire valoir ses prétentions (art. 46, al. 2, LCA). Le but d'une telle clause est de transformer le délai de prescription en un délai de déchéance, ce qui permet justement d'éviter que l'assuré ne puisse invoquer un motif d'empêchement ou de suspension de la prescription après le délai de prescription légal de 2 ans.

<sup>13</sup> Sous réserve d'une rupture qui soulève un doute quant à l'identité du cocontractant ou de l'ayant droit économique. Si tel est le cas, l'intermédiaire doit renouveler les procédures de vérification de l'identité du cocontractant ou d'identification de l'ayant droit économique (art. 5 LBA).

Lorsque le débiteur subit un préjudice du fait de la demeure du créancier, il peut demander au juge de l'autoriser à consigner la chose avec effet libératoire (art. 92 CO), voire à la vendre (art. 93 CO). Le recours au juge est aussi impératif pour déclarer le créancier mort ou absent (art. 34 ss CC). Enfin, l'autorité tutélaire est tenue d'instituer une curatelle pour pourvoir à la gestion des biens si elle estime que leur soin n'incombe à personne. Tel peut être le cas lorsqu'un individu est absent depuis longtemps et que son lieu de résidence est inconnu (art. 393, ch. 1, CC).

### **1.2.1.3 Prévoyance professionnelle**

Dans ce domaine la situation est un peu particulière. D'abord, les délais de prescription ne sont pas les mêmes que ceux prévus à l'art. 46 LCA (cf. ch. 1.2.1.1). Selon l'art. 41, al. 1, de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP ; RS 831.40), le droit aux prestations ne se prescrit pas, pour autant que l'assuré n'ait pas quitté l'institution de prévoyance lors de la survenance du cas d'assurance. Seules les prestations de prévoyance peuvent se prescrire. Les prestations périodiques (rentes) se prescrivent ainsi par 5 ans et les autres prestations par 10 ans (al. 2).

Par ailleurs, l'art. 24b de la loi fédérale du 17 décembre 1993 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (loi sur le libre passage, LFLP ; RS 831.42) oblige les institutions de prévoyance et de libre passage à maintenir un contact périodique avec leurs assurés. Si elles ne peuvent établir ces contacts, elles sont tenues de l'annoncer à la *Centrale du 2<sup>e</sup> pilier*. Selon l'art. 24a LFLP, elles doivent également communiquer les avoirs oubliés à cet organisme, à savoir ceux auxquels pourraient prétendre des personnes qui ont atteint l'âge de la retraite mais pour lesquels aucun droit n'a été exercé.

En vertu de l'art. 41, al. 3, LPP, les avoirs déposés sur des comptes ou des polices de libre passage qui ne sont pas réclamés dans un délai de 10 ans à compter de l'âge ordinaire de la retraite doivent être versés au *fonds de garantie*, qui les affecte au financement de la Centrale du 2<sup>e</sup> pilier. L'ayant droit (et ses héritiers) peuvent toutefois exercer leurs prétentions sur ces avoirs jusqu'au moment où l'assuré a ou aurait eu 100 ans (art. 41, al. 5 et 6, LPP). Enfin, la prestation de sortie doit être versée à l'*institution supplétive* lorsque l'assuré ne communique pas à l'institution de prévoyance ce qu'elle doit faire de cette prestation lors de la survenance d'un cas de libre passage (art. 4, al. 2, LFLP).

## **1.2.2 Défauts du droit en vigueur**

### **1.2.2.1 Risque de rupture du contact supporté unilatéralement par le créancier**

Le défaut principal du droit en vigueur est que le débiteur n'a fondamentalement aucune obligation de rester en contact avec le créancier (cf. ch. 1.2.1.2). Cette approche peut, sans doute, être valable à petite échelle, mais elle ne répond pas aux exigences d'une place financière moderne à orientation internationale. Il faut au contraire que l'intermédiaire financier (débiteur) soit tenu de faire le nécessaire pour maintenir voire rétablir le contact avec le client (créancier).

Une réglementation claire s'impose d'autant que la portée du secret professionnel du banquier en dépend (art. 47, al. 1, let. a, de la loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne [loi sur les banques, LB ; RS 952.0] version de la loi du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers [loi sur la surveillance des marchés financiers, LFINMA]). En effet, la banque est réputée avoir violé le secret professionnel (plus couramment appelé *secret bancaire*) lorsque, sans un motif valable, elle a rendu publique la relation qu'elle entretient avec un client d'une manière telle que des tiers non autorisés en ont été informés.

La déontologie (cf. ch. 1.2.1.2) ne saurait ainsi se substituer à une réglementation légale. Il en va de même des principes généraux du droit (art. 2, al. 1, CC) dont on saisit immédiatement qu'ils ne sont pas assez spécifiques pour pouvoir obliger le débiteur à s'intéresser activement au maintien des contacts avec le créancier, au lieu de se contenter d'attendre que les avoirs finissent par tomber dans l'oubli.

### **1.2.2.2                    Insécurité quant à la possibilité de se défaire des fonds en déshérence avec effet libératoire**

Un autre défaut majeur de la législation actuelle est l'insécurité juridique quant à la portée exacte des règles sur la demeure du créancier (art. 91 ss CO), la déclaration d'absence (art. 35, al. 1, CC) et l'institution d'une curatelle (art. 393, ch. 3, CC). En d'autres termes, actuellement le débiteur ne sait pas si et comment il peut se défaire de fonds en déshérence avec effet libératoire.

A cause de cette insécurité, les banques ont eu des approches très différentes de la problématique des fonds en déshérence<sup>14</sup>. Certaines ont fini par les inclure dans leur capital propre tandis que d'autres les ont mis à la disposition des collectivités publiques ou les ont affectés à une bonne cause. En outre, pour simplifier la gestion de ces actifs, ils ont souvent été transférés dans un compte collectif.

### **1.2.2.3                    Lacunes du droit successif des collectivités**

Dans la législation actuelle, la vocation successorale s'arrête à la parentèle des grands-parents. Sauf dispositions contraires du défunt, la succession est ensuite dévolue aux collectivités publiques. L'art. 466 CC désigne ainsi comme héritiers légaux en dernier ressort le canton du dernier domicile du défunt ou la commune désignée par la législation de ce canton. Si le défunt n'a jamais été domicilié en Suisse, la succession est dévolue à son canton d'origine (art. 550, al. 2, CC).

La loi ne dit donc pas comment procéder lorsque le défunt n'était ni domicilié en Suisse ni de nationalité helvétique. Cette lacune n'a pas été comblée par la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP ; RS 291)<sup>15</sup>. L'art. 88 LDIP dispose seulement que les autorités judiciaires ou administratives suisses du lieu de situation des biens sont compétentes pour régler la part de

<sup>14</sup> Cf. Bonhage/Lussy/Perrenoud (note 1), p. 307 ss.

<sup>15</sup> Précisions : Daniel Girsberger, Das internationale Privatrecht der nachrichtenlosen Vermögen in der Schweiz/Private International Law and Unclaimed Assets in Switzerland, Bibliothèque de la Revue de droit suisse, cahier 23, Bâle 1997.

succession sise en Suisse dans la mesure où les autorités étrangères ne s'en occupent pas.

### **1.3 Droit comparé et rapports avec le droit international**

#### **1.3.1 Droit comparé**

Une étude exhaustive est présentée au ch. 5 du rapport de la commission d'experts<sup>16</sup>. Elle s'appuie sur deux avis de l'Institut suisse de droit comparé (ISDC) datés du 30 juillet 1997 et du 23 octobre 2003. La commission a résumé la situation comme suit :

« La plupart des pays (Allemagne, Autriche, Belgique, Italie, Luxembourg, Royaume-Uni, Danemark, Suède, pays de l'Est) ne connaissent pas de réglementation légale spécifique concernant les avoirs non réclamés. Ceux-ci deviennent le plus souvent propriété de l'intermédiaire financier concerné, au terme du délai de prescription civil ordinaire. Dans certains pays (Norvège, Pays-Bas, Espagne, France), quelques dispositions spécifiques instituent notamment des délais de prescription particuliers et une dévolution à l'Etat. Enfin, l'Irlande et la majorité des Etats fédérés états-uniens ont adopté une législation spéciale exhaustive se caractérisant en général par des devoirs de diligence à la charge des intermédiaires financiers, une procédure de traitement spécifique des avoirs et de leurs ayants droit présumés et la dévolution des avoirs à l'Etat. »

#### **1.3.2 Rapports avec le droit européen et avec le droit international**

Ni le droit international ni le droit européen n'obligent les Etats à traiter les fonds en déshérence d'une façon particulière. Les Etats sont toutefois tenus de respecter les règles dérivées du droit coutumier international et des mécanismes de sauvegarde des droits de l'homme (cf. art. 1 du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [Convention européenne des droits de l'homme, CEDH]).

Le droit des gens ne fait pas obstacle à la prescription ni à la déchéance de droits particuliers. La dévolution des fonds en déshérence à l'Etat sans laisser aux ayants droits et à leurs héritiers une possibilité équitable de rentrer en possession de ces avoirs serait toutefois assimilée à une confiscation, acte que le droit international réproouve. Mais en même temps, un Etat de droit se doit de veiller à ce que des fonds en déshérence ne tombent pas dans les mains d'un Etat de non-droit. Par le passé, la Suisse et sa place financière ont déjà été placées plusieurs fois face à ce dilemme<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Cf. note 7.

<sup>17</sup> Cf. Bonhage/Lussy/Perrenoud (note 1), p. 105 ss. La situation fut particulièrement difficile à l'époque du nazisme, car l'Allemagne avait menacé de mort ses citoyens qui ne déclareraient ou livreraient pas leurs avoirs placés en Suisse.

## **1.4 Solution proposée**

### **1.4.1 D'un point de vue formel**

Jusqu'à présent, toutes les tentatives de régler la problématique des fonds en déshérence tablaient sur l'adoption d'une loi spéciale complétant ou subrogeant les dispositions applicables du code civil, du code des obligations et d'autres lois régissant les marchés financiers. En 2007, le Conseil fédéral a changé d'approche en décidant de privilégier la voie du droit privé (cf. ch. 1.1). Le projet proposé ici se limite ainsi à quelques ajouts dans le code civil, dans le code des obligations et dans le code de procédure civile (qui a déjà été voté par le Parlement mais n'est pas encore entré en vigueur). Ces compléments s'appuient sur les réglementations sur la demeure du créancier (art. 91 ss CO), la déclaration d'absence (art. 35 ss CC) et la compétence à raison du lieu (art. 9 ss CPC).

Ces modifications, qui présentent un lien matériel évident, sont regroupées dans un acte modificateur unique. Sur le plan de la technique législative, cette solution a par exemple été adoptée, il y a quelques années, lorsque le législateur a voulu améliorer la protection des animaux par diverses modifications apportées simultanément au code civil, au code des obligations et à la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (RO 2003 463).

### **1.4.2 D'un point de vue matériel**

#### **1.4.2.1 Obligation de maintenir les contacts**

Toute la nouvelle réglementation proposée tourne autour de l'obligation faite aux intermédiaires financiers (et en particulier aux banques) d'entreprendre toutes les démarches qui peuvent raisonnablement être exigées d'eux pour maintenir le contact avec les créanciers (art. 96a, al. 1, AP CO). L'avant-projet ne précise pas ce que signifie « raisonnablement » et laisse à la pratique le soin de régler ce point, ce qui offre une marge de manœuvre pour l'autorégulation. L'avant-projet renonce toutefois à mentionner explicitement l'autorégulation comme source juridique, ce qui la rendrait obligatoire pour les tribunaux civils.

#### **1.4.2.2 Obligation de déclarer**

En cas de rupture du contact avec le créancier, après 30 ans le débiteur devrait notifier la situation au juge compétent pour statuer sur les requêtes en déclaration d'absence (art. 96a, al. 2, AP CO), sous réserve de stipulations privées sur l'utilisation des fonds au cas où ils tomberaient en déshérence (art. 96a, al. 3, AP CO). Le créancier garde donc la haute main sur ce qu'il doit advenir des fonds dans l'éventualité d'une déshérence. Il va de soi que de telles stipulations ne seraient reconnues que dans les limites de la liberté de disposer au sens du droit des successions.

Contrairement à ce que prévoyait l'avant-projet de 2000 (cf. ch. 1.1), aucune sanction pénale n'est prévue pour le débiteur qui omettrait de déclarer des fonds en déshérence au juge compétent. On peut en effet y renoncer dans la mesure où il est finalement dans l'intérêt du débiteur de déclarer les fonds en déshérence, car c'est



pour lui la seule façon de se libérer de ses obligations contractuelles envers le créancier. Par ailleurs, il y a de fortes chances qu'une banque qui omet systématiquement de déclarer ses avoirs en déshérence ne présente plus toutes les garanties d'une activité irréprochable (art. 3, al. 2, let. c, LB), ce qui l'expose, de la part de l'autorité de surveillance, à des sanctions pouvant aller jusqu'au retrait de l'autorisation d'exercer des activités bancaires.

#### **1.4.2.3 Déclaration d'absence et appel aux héritiers**

L'avis au juge compétent pour statuer sur les déclarations d'absence n'est pas une fin en soi, mais un moyen de se donner une dernière chance de retrouver les ayants droits par le biais d'une procédure administrative (art. 38, al. 1, AP CC). Vu que l'on peut souvent présumer de la mort de l'ayant droit, la procédure peut être couplée à un appel aux héritiers. Le projet permet ainsi de liquider les fonds en déshérence dans le respect absolu des principes de l'Etat de droit<sup>18</sup>.

#### **1.4.2.4 Droit successif des collectivités publiques**

L'avant-projet institue un nouveau droit successif en faveur de la Confédération (art. 466, al. 2, AP CC) et comble une lacune du droit actuel puisqu'il n'existe encore aucune règle pour déterminer à qui doivent être dévolus les avoirs déposés en Suisse lorsque l'ayant droit ne laisse aucun héritier et avait son dernier domicile à l'étranger. Mais la dévolution à la Confédération n'intervient que subsidiairement, lorsque les conditions du droit successif du canton ne sont pas remplies. Cette règle rend ainsi caduc le reproche formulé à l'encontre du projet de 2000 selon lequel seule la Confédération aurait profité des avoirs en déshérence (cf. ch. 1.1).

#### **1.4.2.5 Dispositions transitoires**

Les procédures décrites ici seraient trop laborieuses pour liquider tous les avoirs qui, lors de l'entrée en vigueur de la loi, auront déjà été en déshérence depuis très longtemps. L'avant-projet prévoit donc une disposition transitoire qui permettra leur liquidation sans déclaration d'absence préalable. Les montants restants seront répartis pour moitié entre la Confédération et les cantons.

<sup>18</sup> Le droit actuel prévoit déjà un cas dans lequel la déclaration d'absence est prononcée d'office : lorsque les biens d'une personne disparue ont été administrés d'office pendant dix ans, ou lorsque cette personne aurait atteint l'âge de 100 ans (art. 550, al. 1, CC).

### **1.4.3 Propositions écartées**

#### **1.4.3.1 Généralités**

Ces dernières années ont vu fleurir nombre de propositions sur la meilleure façon de résoudre la problématique des fonds en déshérence<sup>19</sup>. Certaines d'entre elles visaient le droit matériel, d'autre la procédure. Le Conseil fédéral expose ci-après les raisons pour lesquelles il juge inutile d'envisager d'autres mesures législatives.

#### **1.4.3.2 Droit matériel**

L'une des propositions consistait à modifier les règles de la prescription afin de garantir que des créances ne puissent se prescrire pour cause de déshérence. Il a été dit au ch. 1.2.1.1 qu'en vertu du droit actuel, la prescription ne pose de sérieux problèmes que dans le secteur des assurances où les créances peuvent se prescrire avant que l'ayant droit ait eu connaissance de leur existence. Il va sans dire que l'on ne saurait se satisfaire de cette situation, mais cette correction n'a pas lieu d'être dans la réglementation sur les fonds en déshérence. Sur le plan matériel, cette proposition a sa place dans la révision en cours de la loi sur le contrat d'assurance<sup>20</sup>. L'avant-projet mis en consultation par le Conseil fédéral le 21 janvier 2009 propose à cet égard de porter le délai de prescription de 2 à 5 ans, voire à 10 ans à compter de la date d'échéance des prestations (art. 66 AP LCA). Ces dernières sont réputées échues lorsque l'ayant droit a suffisamment étayé sa prétention et cité ou remis à l'entreprise d'assurance les preuves auxquelles il a accès (art. 39, al. 1, AP LCA). Si ces propositions passent la rampe du processus législatif, il deviendra pratiquement impossible d'opposer la prescription aux prétentions d'assurance en déshérence.

Il n'y a pas lieu non plus de légiférer sur la gestion des fonds en déshérence. Tout avoir doit en principe être géré et placé comme il en avait été convenu entre les parties. A défaut de contrat, ou lorsque celui-ci est devenu caduc en raison de faits nouveaux, les bases contractuelles doivent être complétées selon les règles de la bonne foi (art. 2, al. 1, CC). Légiférer dans ce domaine serait coûteux et inutile dans la mesure où « la seule constante dans l'approche de la problématique des fonds en déshérence par les banques suisses est qu'il n'y a pas deux cas identiques »<sup>21</sup>. De plus, l'histoire financière (récente) doit nous inciter à la plus grande prudence avant de contester des décisions d'investissement. Car il serait certes scandaleux qu'une banque place des fonds en déshérence sur des comptes pas ou peu rémunérés alors qu'il existe des investissements plus lucratifs. Mais il ne serait pas moins choquant qu'elle prétexte leur déshérence pour les investir dans des produits à haut risque.

Tout cela reste valable lorsque la relation est régie par des conditions générales (CG). Dans ce cas de figure aussi, le droit privé est déjà armé pour faire face aux

<sup>19</sup> Précisions : Andreas J. Bär, Vermögen ohne Kundenkontakt bei Schweizer Banken - de lege ferenda, Rechtsvergleichende Studie mit dem U.S.- amerikanischen Recht, Züricher Studien zum Privatrecht, vol. 195, Zurich 2006, p. 322 ss.

<sup>20</sup> Cf. projet de loi fédérale sur le contrat d'assurance et rapport explicatif du 21 janvier 2009 : [www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00571/01345/index.html?lang=fr](http://www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00571/01345/index.html?lang=fr)

<sup>21</sup> Traduction libre d'après Bonhage/Lussy/Perrenoud (note 1), p. 424.

abus (art. 27 CC et 19 s. CO)<sup>22</sup>. On qualifierait ici d'abusif par exemple le prélèvement de taxes qui auraient pour seul objectif de tarir les comptes dormants<sup>23</sup>.

Le législateur n'a enfin aucune raison d'intervenir sur le droit des intermédiaires financiers à concevoir des solutions conjointes pour administrer les fonds en déshérence<sup>24</sup>. Les banques pourraient ainsi constituer une institution commune dont le but social serait l'administration des fonds en déshérence. Cette institution serait naturellement tenue de respecter les contrats et le cadre réglementaire.

### 1.4.3.3 Droit procédural

Sur le plan de la procédure, de nombreuses voix ont demandé plus de compréhension à l'égard des ayants droits potentiels, soit en renversant la règle du fardeau de la preuve (art. 8 CC) soit en prévoyant au moins des allègements dans l'administration des preuves de la qualité d'ayant droit. En d'autres termes, le créancier ne devrait plus avoir à prouver, mais seulement à rendre vraisemblable qu'il est l'ayant droit des avoirs en déshérence. Il incomberait alors au débiteur réticent d'apporter la preuve contraire, en démontrant soit que l'obligation de prestation n'existe pas soit qu'il s'y est déjà astreint. Mais si des règles de ce type avaient un sens dans le contexte des avoirs en lien avec la Seconde Guerre mondiale et avec l'Holocauste<sup>25</sup>, elles sont excessives pour régler globalement la problématique des fonds en déshérence, car elles exposent le débiteur à un risque accru, difficilement acceptable, de régler deux fois la note.

En revanche, rien ne s'oppose à ce que le juge oblige le débiteur à collaborer à l'administration des preuves. Il peut, par exemple, l'obliger à produire les documents qui attestent de la date à laquelle le compte a été soldé (art. 160, al. 1, let. b, CPC). Et si un intermédiaire financier ne se plie pas à cette requête, son comportement pourra être retenu contre lui lors de l'appréciation des preuves (art. 164 CPC). A cet égard, l'art. 96b, al. 2, AP CO garantit un accès permanent aux

<sup>22</sup> Le Conseil fédéral identifie toutefois un déficit dans l'art. 8 de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD ; RS 241), selon lequel des CG ne peuvent être contestées que si elles ont pour but de tromper le cocontractant. Il estime que cette restriction n'est pas toujours suffisante et soumettra cette année encore un projet au Parlement selon lequel des CG pourront être qualifiées de déloyales même si elles ne sont pas trompeuses, pour autant que certaines conditions soient remplies.

<sup>23</sup> Précisions : Bonhage/Lussy/Perrenoud (note 1), p. 389 ss.

<sup>24</sup> L'ombudsman des banques fait aujourd'hui déjà office de lien avec les banques pour les ayants droits – présumés ou avérés – qui recherchent des avoirs en déshérence en Suisse.

<sup>25</sup> Cf. art. 22 des *Rules of Procedure for the Claims Resolution Process* (annexe au rapport de l'ICEP [note 2]), p. A-31 ss : « The claimant must show that it is plausible in light of all the circumstances that he or she is entitled, in whole or in part, to the dormant account. The Sole Arbitrators or the Claims Panels shall assess all information submitted by the parties or otherwise available to them. They shall at all times bear in mind the difficulties of proving a claim after the destruction of the Second World War and the Holocaust and the long time that has lapsed since the opening of these dormant accounts. A finding of plausibility requires, *inter alia*, (i) that all documents and other information have been submitted by the claimant regarding the relationship between the claimant and the published account holder that can reasonably be expected to be produced in view of the particular circumstances, including, without limitation, the history of the claimant's family and whether or not the published account holder was a victim of Nazi persecution; and (ii) that no reasonable basis exists to conclude that fraud or forgery affect the claim or evidence submitted; or that other persons may have an identical or better claim to the dormant account. »

documents pouvant donner des informations sur ce qu'il est advenu des fonds en déshérence.

#### 1.4.3.4 Aspects particuliers des déclarations de décès et d'absence

Le droit actuel considère que le décès d'une personne dont le corps n'a pas été retrouvé est établi lorsque celle-ci a disparu dans des circonstances telles que sa mort doit être tenue pour certaine (art. 34 CC). Pour la déclarer absente, il suffit que le décès paraisse très probable, soit en raison des circonstances dans lesquelles la personne a disparu, soit parce que l'on est sans nouvelles d'elle depuis longtemps (art. 35 CC).

Il n'est pas toujours aisé d'établir la distinction entre une mort certaine (malgré l'absence du corps) et une mort qui n'est que très probable. On avait d'ailleurs craint, à la suite du tsunami de 2004, que la question soit résolue de façons différentes d'un tribunal à l'autre (cf. ch. 1.1). Heureusement, ces craintes se sont avérées infondées. La raison principale est toutefois qu'en fin de compte cinq victimes suisses seulement n'ont pas pu être identifiées irréfutablement. Dans le seul cas porté à la connaissance du public, le tribunal compétent a finalement déclaré le décès de la personne, au vu des circonstances de sa disparition<sup>26</sup>.

A l'avenir, comme le prévoit l'art. 127 du nouveau code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC)<sup>27</sup>, il sera possible de regrouper toutes les procédures relatives à une catastrophe auprès du premier tribunal saisi, par exemple lors d'un crash aérien dans les Alpes, ne laissant aucune perspective de retrouver les corps des victimes aux fins d'identification<sup>28</sup>. Cette possibilité doit garantir l'application de critères uniformes lors de l'appréciation de la question de savoir si une personne doit être tenue pour morte ou pour absente.

<sup>26</sup> Cf. jugement du tribunal de district Luzern-Land du 4 octobre 2005. La victime supposée du tsunami a été déclarée morte. Le juge a motivé sa décision comme suit (RSJ 2006, 235 et RNR 2007, 86) : « Le tsunami est survenu le 26 décembre 2004, frappant la localité de Khao Lak avec une violence particulière. La vague a dévasté Khao Lak peu après 10h00, investissant notamment l'hôtel Sofitel Magic Lagoon. A cette heure, la plupart des clients prenaient leur petit-déjeuner ou se trouvaient encore dans leur chambre. Selon le courrier de la représentante du groupe Accor, la vague a atteint le niveau du plafond du 2<sup>e</sup> étage, où se trouvait également la chambre de C et D. Après le tsunami, le corps de D ainsi que des effets personnels très souillés de C et de D ont été retrouvés sur les lieux de la tragédie. [...] Vu l'ampleur de la catastrophe naturelle du 26 décembre 2004 et les circonstances prouvées de la disparition de C, on peut admettre avec une assurance juridiquement suffisante que ce dernier a été tué par le tsunami. »

<sup>27</sup> FF 2009 21 ss [projet soumis au référendum].

<sup>28</sup> On rappellera à cet égard ce qui s'était passé lors du crash d'un avion de Swissair au large de Halifax. A l'époque, les autorités canadiennes avaient délivré des certificats de décès pour tous les passagers et membres d'équipage en se basant sur les listes de passagers, sans attendre que les corps aient pu être repêchés. Les autorités suisses avaient ensuite reconnu ces certificats en se fondant sur l'art. 32 de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP ; RS 291) (cf. courrier de l'Office fédéral de l'état civil du 22 septembre 1998 aux autorités cantonales de surveillance de l'état civil, Vol Swissair SR 111 : crash du mercredi 2 septembre 1998 au large de la Nouvelle-Ecosse, Canada. Transcription des décès à l'état civil [publié en allemand dans la Revue de l'état civil 1998, p. 292 s.]).



aux héritiers (art. 555 CC). Cette disposition est volontairement potestative, car s'il n'y a aucun doute quant à l'identité des ayants droits, le partage des fonds en déshérence doit pouvoir se faire sans appel aux héritiers.

Les personnes qui veulent hériter d'un absent doivent en principe fournir des garanties avant l'envoi en possession de la succession (art. 546, al. 1, CC). Ces garanties sont fournies pour une durée limitée à 15 ans, à courir dès les dernières nouvelles de l'absent (art. 546, al. 2, CC). Lors de la notification de fonds en déshérence, soit 30 ans après le dernier contact avec le créancier (art. 96a, al. 1, AP CO), ce délai est généralement plus que largement écoulé. Il reste toutefois possible qu'au cours des quinze dernières années, un tiers ait eu des contacts avec l'absent alors même que l'intermédiaire financier n'en a pas eu. Dans cette perspective, une garantie reste de rigueur (cf. ch. 1.4.3.4).

L'art. 38a ne précise pas quelles démarches le juge doit entreprendre pour retrouver les ayants droits. Ainsi, les principes établis par le droit actuel s'appliquent pleinement, à savoir que le juge doit inviter, par sommation dûment publiée, les personnes qui pourraient donner des nouvelles de l'absent à se faire connaître (art. 36, al. 2, CC). Idem pour les héritiers potentiels (art. 555, al. 1, CC). Si, par exemple, la valeur des fonds en déshérence est faible, il est probable que le juge ne fera pas paraître d'annonces dans des journaux étrangers mais se contentera d'une recherche des ayants droits par le biais d'Internet. En outre, il est clair que l'on ne peut rechercher et déclarer absentes que des personnes physiques.

Les frais de la recherche et de la déclaration d'absence sont à la charge de l'intermédiaire financier tenu d'aviser le juge. Si des dispositions en ce sens ont été prises, l'intermédiaire pourra débiter ces frais à son client ou les compenser avec ses créances (art. 120 ss CO). Cet aspect ne doit cependant pas être réglé explicitement dans la loi. Les coûts de l'éventuel appel aux héritiers et du partage des fonds en déshérence conformément aux règles du droit des successions (al. 3) sont réglés différemment : ils sont à la charge de la succession. Mais il n'est pas nécessaire de régler ce point dans une disposition légale particulière.

#### *Art. 466 et 550, al. 2*

Les nouveaux art. 466 – l'al. 1 reprend l'actuel art. 466 CC – et 550, al. 2, comblent une lacune du droit actuel sur la vocation successorale des biens laissés par le défunt auxquels plus personne ne peut prétendre. Tel est le cas lorsque le défunt n'a jamais été domicilié en Suisse et qu'il ne laisse ni héritiers légaux ni héritiers institués selon les règles du droit national et international privé. Pour résoudre cette question, qui se pose très rarement, l'avant-projet propose d'instituer la Confédération comme héritière légale. Cette solution s'appliquerait aussi lorsque le dernier domicile du défunt – de nationalité suisse – était à l'étranger. Dans ce cas, le droit actuel prévoit que les biens passent au canton d'origine (art. 550, al. 2, CC).

Le droit successoral suisse ne s'applique en principe que lorsque le défunt avait son dernier domicile en Suisse (art. 90, al. 1, LDIP). Dans les autres cas, il faut s'attendre à ce qu'un régime juridique étranger soit applicable. Le défunt a aussi le droit de soumettre sa succession à son droit national (art. 90, al. 2, LDIP). Est toutefois réservé le cas où le droit étranger renvoie à l'application du droit suisse (art. 91, al. 1, LDIP). Cela implique qu'une collectivité publique étrangère pourrait aussi se constituer comme héritière et élever des prétentions sur des fonds en

déshérence, mais tant que cela ne viole aucune règle du droit des gens, il n'y a rien à y objecter (cf. ch. 1.3.1).

Le nouvel art. 466, al. 1, AP CC prévoit, comme c'est déjà le cas aujourd'hui, que la succession du défunt qui n'a laissé aucun héritier et qui avait son dernier domicile en Suisse soit dévolue au canton ou à la commune désignée par le droit cantonal.

L'avantage de la solution proposée est que les fonds en déshérence ne profitent pas qu'aux cantons dans lesquels les grandes banques internationales ont leur siège. Elle désamorce aussi les critiques formulées à l'encontre de l'avant-projet de 2000, selon lesquelles seule la Confédération aurait profité de ces fonds (cf. ch. 1.1).

## **2.2 Modifications du code des obligations**

### *Art. 96a*

Le nouvel art. 96a suit directement les dispositions actuelles de la partie générale du code des obligations sur la demeure du créancier. Contrairement à celles-ci, il ne vise cependant pas tous les créanciers mais uniquement ceux des intermédiaires financiers définis à l'art. 2, al. 2 et 3, LBA. Les débiteurs concernés par ce nouvel article sont donc principalement les banques (art. 2, al. 2, let. a, LBA), mais également les entreprises d'assurance (art. 2, al. 2, let. c, LBA) et les personnes qui, à titre professionnel, gardent en dépôt des valeurs patrimoniales (art. 2, al. 3, LBA). Le fait que ces derniers ne sont pas soumis à une surveillance prudentielle est sans objet aux fins des règles de droit privé définies dans ce projet<sup>29</sup>.

Afin d'éviter que des avoirs tombent en déshérence, l'al. 1 oblige tout d'abord les intermédiaires financiers à entreprendre tout ce que l'on peut raisonnablement attendre d'eux pour rester en contact avec les créanciers. La formulation est volontairement ouverte afin que les intermédiaires aient la possibilité de conserver et de consolider les dispositifs d'autorégulation actuels (cf. ch. 1.4.2.1).

Le créancier visé est généralement la personne avec laquelle l'intermédiaire a conclu le contrat. Mais exceptionnellement, le contact avec d'autres personnes devra être recherché, en particulier lorsque l'intermédiaire a toutes les raisons de penser que le cocontractant d'origine est mort. Dans ce cas, il s'agira de retrouver ses héritiers. Il se peut aussi que les entreprises d'assurance n'aient pas à rechercher le cocontractant mais un tiers bénéficiaire désigné par celui-ci. Les personnes morales sont représentées par leurs organes. C'est donc avec eux qu'il faut établir le contact.

Le contact avec le représentant est assimilé au contact avec le créancier. Cette assimilation vaut également pour les cas où le représentant n'est pas un intermédiaire financier et n'est donc pas lié par l'art. 96a AP CO. Il faut relever qu'un pouvoir s'éteint normalement par la mort du représenté, sous réserve d'accords contraires entre les parties (art. 35, al. 1, CO). De ce fait, l'intermédiaire

<sup>29</sup> Le champ d'application (personnel) proposé ici entraîne automatiquement l'exclusion des relations des clients avec des intermédiaires financiers ayant leur siège à l'étranger. Le risque de conflits entre la législation suisse sur les fonds en déshérence et une juridiction étrangère reste ainsi contenu. Mais il est pratiquement impossible de l'exclure. On peut par exemple penser au cas où un régime juridique étranger aurait l'ambition de déployer ses effets également hors des frontières nationales, ou à celui où les avoirs gérés par un intermédiaire financier suisse sont déposés à l'étranger.

financier n'a pas à mettre en doute la validité des pouvoirs conférés au mandataire (art. 37, al. 1, CO), à moins qu'il ne sache ou n'ait dû savoir que ces pouvoirs avaient pris fin entretemps. Ici encore, les règles de la bonne foi s'appliquent pleinement (art. 2, al. 1, CC).

L'al. 1 ne précise pas la nature des contacts susceptibles d'interrompre le cours de la période de référence de 30 ans. On peut considérer qu'il s'agit de toute rencontre physique entre l'intermédiaire et le créancier, mais aussi de simples contacts par écrit, à la condition que le courrier postal ne soit pas retourné à l'expéditeur. Aucun contact avec le client ne peut cependant être invoqué sur la base d'un courrier banque restante. Enfin, si l'intermédiaire prétend avoir eu des contacts avec le client, c'est à lui qu'il appartient d'en apporter la preuve.

Les mêmes règles s'appliquent *mutatis mutandis* pour les contacts électroniques. Le contact entre la banque et le client est donc réputé maintenu s'il existe une relation de banque électronique (e-banking) active. Le fait que des tiers puissent éventuellement s'approprier l'identité du client n'y change rien.

L'al. 2 impose à l'intermédiaire financier l'obligation d'aviser le juge compétent pour statuer sur les requêtes en déclaration d'absence lorsque 30 ans se sont écoulés depuis le dernier contact avec le créancier ou avec son représentant. Conjointement à cet avis, il doit fournir au juge toutes les informations utiles permettant de retrouver les ayants droits des fonds en déshérence. Pour l'essentiel, il s'agit des informations sur le dernier domicile de l'ayant droit. Le devoir d'information n'implique pas la remise de documents relatifs aux fonds en déshérence. Du reste, la responsabilité de la conservation de ces documents incombe encore exclusivement à l'intermédiaire (art. 96b, al. 2, AP CO).

En vertu de l'al. 3, aucun avis n'est nécessaire lorsque les créances sont prescrites ou périmées. D'un point de vue matériel, la créance prescrite n'est certes pas éteinte (cf. ch. 1.2.1.1). Néanmoins, l'obligation de déclarer dans ce cas aussi aurait une portée bien supérieure au but visé et elle engendrerait de nombreux malentendus. Le fait que les créances prescrites ne doivent pas être notifiées au juge signifie par exemple qu'en cas de prétentions en dommages-intérêts, l'avis peut être omis puisque l'action correspondante se prescrit normalement par 10 ans (art. 127 CO).

Vu la multiplicité et la variété des motifs susceptibles d'empêcher ou d'interrompre la prescription et la péremption, il peut parfois s'avérer difficile pour l'intermédiaire de juger si une créance est déjà prescrite ou périmée. L'avant-projet résout ce problème en n'obligeant le débiteur à notifier que les créances qu'il considère de bonne foi (art. 2, al. 1, CC) comme déjà prescrites ou périmées.

L'al. 3 prévoit aussi qu'aucun avis n'est nécessaire lorsque les parties sont convenues préalablement d'une autre utilisation des avoirs s'ils venaient à tomber en déshérence. L'intermédiaire financier peut par exemple s'obliger par contrat à affecter les fonds tombés en déshérence à une bonne cause. De tels accords sont une expression de la liberté contractuelle et doivent être sauvegardés en tant que tels. L'avant-projet subordonne toutefois leur validité à la forme écrite (art. 13 s. CO). En d'autres termes, pour ce qui est des fonds en déshérences, ces règles se substituent aux exigences de forme prévues par le législateur pour les dispositions à cause de mort (art. 498 ss CC).

La liste des motifs d'exclusion de la notification des fonds en déshérence est exhaustive. L'intermédiaire financier ne peut donc pas invoquer l'inopportunité de la



recherche publique du ou des ayants droits pour refuser l'avis au juge. Cette décision incombe exclusivement au juge compétent pour statuer sur la requête en déclaration d'absence.

#### *Art. 96b*

L'al. 1 exige une attestation du créancier selon laquelle l'intermédiaire financier l'a informé du destin des avoirs, si ceux-ci venaient à tomber en déshérence. Il sera ainsi réputé savoir qu'après 30 ans sans nouvelles de sa part, l'intermédiaire devra aviser le juge compétent pour statuer sur les requêtes en déclaration d'absence. Cette attestation doit aussi revêtir la forme écrite (art. 13 s. CO).

L'al. 2 fixe un certain nombre d'obligations en matière de documentation et de conservation des documents incombant à l'intermédiaire. La réglementation proposée reprend l'art. 10, al. 1, let. e, de l'avant-projet de la commission d'experts<sup>30</sup>.

#### *Art. 96c*

Les art. 96a et 96b AP CO ne doivent pas s'appliquer aux institutions de prévoyance professionnelle, car le régime auquel elles sont soumises actuellement donne satisfaction (cf. ch. 1.2.1.3).

### **Dispositions transitoires**

La nécessité d'une nouvelle réglementation sur les fonds en déshérence est due en tout premier lieu à des manquements du passé. L'avant-projet en tient compte en étendant la validité de l'art. 96a AP CO à tous les contrats conclus avant l'entrée en vigueur de cette disposition. La rétroactivité (imparfaite) qui en découle reste toutefois limitée dans le temps. En effet, les intermédiaires financiers ne devront chercher à renouer le contact avec leurs clients que dans les cas où les dernières nouvelles remontent à moins de 30 ans avant l'entrée en vigueur de la nouvelle législation. Si le dernier contact remonte à plus de 30 ans, on ne peut raisonnablement exiger de l'intermédiaire financier qu'il rétablisse la relation avec son client, et une déclaration d'absence ne paraît pas plus judicieuse. C'est pourquoi, dans ces cas, l'avant-projet exige que l'intermédiaire liquide les avoirs et remette les montants restants à la Confédération (al. 1).

L'al. 2 précise que les fonds qui ont fait l'objet de la transaction de New York du 26 janvier 1999 sont considérés comme liquidés au sens du nouveau régime (cf. ch. 1.1). L'avant-projet règle ainsi d'emblée une question qui, à défaut, aurait pu entraîner de longues palabres juridiques. En l'espèce, il est clair que la liquidation d'avoirs déjà liquidés n'aurait aucun sens. Il faut toutefois accepter que les intermédiaires financiers qui n'ont pas contribué à la transaction des grandes banques bénéficieront aussi de la solution proposée.

L'al. 3 a pour but de garantir que la Confédération ne soit pas seule à tirer profit des fonds en déshérence. Elle devra en effet partager les montants restants avec les

<sup>30</sup> Cf. note 7.

cantons selon la même clé de répartition que pour le bénéfice porté au bilan de la Banque nationale suisse.

La solution proposée pour liquider les fonds en déshérence n'est acceptable pour les intermédiaires financiers concernés que si les prétentions de tous les ayants droits sur les fonds liquidés s'éteignent (al. 4). Dans l'absolu, cela signifie que les fonds en déshérence se périment par la remise du bénéfice de liquidation. Dans ce cas, même le recours à l'Etat sera voué à l'échec. On ne saurait cependant parler de confiscation dans la mesure où la perte des droits ne concerne que des créanciers qui n'ont plus donné de nouvelles au débiteur depuis 30 ans au minimum.

## **2.3 Modification du code de procédure civile**

### *Art. 21*

En règle générale, la procédure visant à déclarer une personne absente se déroule au for du dernier domicile connu de la personne disparue (art. 21 CPC). L'avant-projet prévoit une exception pour les requêtes en déclaration d'absence qui se fondent sur des fonds en déshérence : l'intermédiaire financier qui doit aviser le juge de l'existence de fonds en déshérence peut s'adresser au tribunal compétent pour les requêtes en déclaration d'absence de son siège ou de son domicile. L'intermédiaire est ainsi dispensé de rechercher le (dernier) siège ou domicile ou même le lieu d'origine du créancier.

Sur le plan formel, l'actuel art. 21 CPC est intégré tel quel à l'al. 1 de l'art. 21 AP CPC, tandis que la nouvelle règle proposée est inscrite à l'al. 2.

## **3 Conséquences**

### **3.1 Remarque liminaire**

Les conséquences du régime proposé dépendent essentiellement du volume réel des fonds en déshérence. Or, pour des raisons diverses et variées, on ne dispose d'aucune statistique fiable à ce sujet. Une estimation effectuée en 2004 chiffrait à 400 millions de francs environ les fonds en déshérence alors gérés par les banques suisses. Vu l'évolution récente des marchés des capitaux, il est fort improbable que ce montant soit plus élevé aujourd'hui.

L'industrie des assurances a toujours considéré les fonds en déshérence comme un problème marginal, sur le plan quantitatif. Il n'existe cependant aucun chiffre précis. Il en va de même pour les autres intermédiaires financiers visés par le champ d'application de l'avant-projet.

Compte tenu des efforts déployés ces quinze dernières années par le biais de l'autorégulation, ainsi que des règles proposées dans le présent projet législatif, on peut toutefois supposer qu'à l'avenir, de moins en moins de fonds tomberont en déshérence.

### **3.2 Conséquences pour la Confédération**

Le régime prévu par l'avant-projet n'implique aucune charge pour la Confédération. Au contraire, elle en retirera un bénéfice dans les cas où personne n'élève de prétentions sur des fonds en déshérence (art. 466, al. 2, AP CC). Les montants concernés devraient toutefois rester marginaux puisque la Confédération n'a vocation à succéder que si aucune autre collectivité suisse ou étrangère ne se constitue comme héritière légitime (art. 466, al. 1, AP CC).

En vertu du droit transitoire, la Confédération recevra en outre la moitié du bénéfice de liquidation des avoirs ayant qualité de fonds en déshérence à l'entrée en vigueur du nouveau régime, autrement dit lorsque le dernier contact avec le client remonte à plus de 30 ans.

### **3.3 Conséquences pour les cantons**

C'est aux tribunaux et aux autorités des cantons qu'il appartiendra de déclarer une personne absente et de rechercher ses ayants droits lorsque des fonds tomberont en déshérence (art. 38a AP CC). Ce sont donc les cantons qui supporteront la charge principale des obligations prévues par l'avant-projet. Cela dit, ils sont aujourd'hui déjà compétents pour les déclarations d'absence et les appels aux héritiers. De plus, ces charges sont compensées par les émoluments prélevés auprès des intermédiaires financiers, pour la déclaration d'absence, et sur la succession, pour l'appel aux héritiers (cf. commentaire de l'art. 96a AP CO). Enfin, grâce aux possibilités techniques offertes par l'Internet, la recherche des ayants droits est aujourd'hui beaucoup plus simple et moins coûteuse que par le passé.

Par ailleurs, la moitié du bénéfice de liquidation des fonds tombés en déshérence sous l'ancien régime légal reviendra aux cantons (cf. ch. 3.2).

### **3.4 Conséquences économiques**

L'un des buts visé par l'avant-projet est que les intermédiaires financiers se défassent de leurs fonds en déshérence. Cela ne devrait cependant pas avoir de conséquences économiques sensibles. Premièrement, le volume des fonds en déshérence est dérisoire comparé à celui de l'ensemble des fonds gérés par les intermédiaires financiers. Deuxièmement, il y a une contrepartie à la disparition de ces fonds en déshérence, à savoir qu'à l'avenir, il sera possible de se défaire des fonds tombés en déshérence dans un cadre légal défini selon les procédures de l'Etat de droit. Or l'expérience montre combien il peut en coûter de sous-estimer les risques pour la réputation liées à la gestion des fonds en déshérence.

Au chapitre des autres conséquences, il faut relever qu'aujourd'hui déjà, à travers l'autorégulation, les banques fournissent un gros effort pour prévenir l'apparition de fonds en déshérence (cf. ch. 1.2.1.2). La charge supplémentaire induite par le régime proposé se limite pour l'essentiel à l'obligation de notifier l'apparition des fonds en déshérence au juge compétent pour statuer sur les requêtes en déclaration d'absence (art. 96a, al. 2, AP CO).

La situation se présente un peu différemment pour les autres intermédiaires financiers qui devront s'interroger, peut-être pour la première fois, sur ce qu'ils peuvent entreprendre pour éviter que des fonds ne tombent en déshérence.

## **4 Programme de la législature**

Ce projet a été annoncé dans le message du 23 janvier 2008 sur le programme de la législature 2007 à 2011.<sup>31</sup>

## **5 Aspects juridiques**

### **5.1 Constitutionnalité et légalité**

L'avant-projet est fondé sur l'art. 122 de la Constitution fédérale (cst. ; RS 101) selon lequel la législation en matière de droit civil et de procédure civile relève de la compétence de la Confédération. Les solutions proposées sont en outre conformes à la garantie de la propriété (art. 26 cst.) et à la liberté économique (art. 27 cst.).

### **5.2 Délégation de compétences**

L'avant-projet ne délègue aucune compétence réglementaire au Conseil fédéral.

<sup>31</sup> FF 2008 639 706

# Sommaire

<b>1 Contexte</b>	<b>1</b>
1.1 Rétrospective	1
1.2 Droit en vigueur	3
1.2.1 Fondements	3
1.2.1.1 Notion de fonds en déshérence	3
1.2.1.2 Droits et obligations du débiteur	4
1.2.1.3 Prévoyance professionnelle	5
1.2.2 Défauts du droit en vigueur	5
1.2.2.1 Risque de rupture du contact supporté unilatéralement par le créancier	5
1.2.2.2 Insécurité quant à la possibilité de se défaire des fonds en déshérence avec effet libératoire	6
1.2.2.3 Lacunes du droit successif des collectivités	6
1.3 Droit comparé et rapports avec le droit international	7
1.3.1 Droit comparé	7
1.3.2 Rapports avec le droit européen et avec le droit international	7
1.4 Solution proposée	8
1.4.1 D'un point de vue formel	8
1.4.2 D'un point de vue matériel	8
1.4.2.1 Obligation de maintenir les contacts	8
1.4.2.2 Obligation de déclarer	8
1.4.2.3 Déclaration d'absence et appel aux héritiers	9
1.4.2.4 Droit successif des collectivités publiques	9
1.4.2.5 Dispositions transitoires	9
1.4.3 Propositions écartées	10
1.4.3.1 Généralités	10
1.4.3.2 Droit matériel	10
1.4.3.3 Droit procédural	11
1.4.3.4 Aspects particuliers des déclarations de décès et d'absence	12
<b>2 Commentaire des dispositions</b>	<b>13</b>
2.1 Modifications du code civil	13
2.2 Modifications du code des obligations	15
2.3 Modification du code de procédure civile	18
<b>3 Conséquences</b>	<b>18</b>
3.1 Remarque liminaire	18
3.2 Conséquences pour la Confédération	19
3.3 Conséquences pour les cantons	19
3.4 Conséquences économiques	19
<b>4 Programme de la législature</b>	<b>20</b>
<b>5 Aspects juridiques</b>	<b>20</b>
5.1 Constitutionnalité et légalité	20
5.2 Délégation de compétences	20