UNIVERSITÉ
DE GENÈVE
FACULTÉ DE DROIT

Madame Isabel ROCHAT
Conseillère d'État
Département de la sécurité,
de la police et de l'environnement
Case postale 3962

1211 GENEVE 3

Le 25 mars 2010/CB/UC/sh

Procédure de consultation relative à la loi fédérale sur la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées (LRAI); observations de la Faculté de droit

Madame la Conseillère d'État,

Par courrier du 3 mars 2010, vous avez eu l'obligeance d'inviter la Faculté de droit à contribuer, par ses observations, à la préparation de la prise de position du Conseil d'État dans le cadre de la procédure de consultation citée en marge.

Dans le bref délai qui nous était imparti, il ne nous était pas possible d'analyser dans le détail toutes les dispositions du projet de loi mis en consultation.

Nous avons néanmoins tenu à vous présenter nos réflexions à propos des orientations principales de ce projet. Pour ce faire, nous nous sommes adjoints Monsieur Bernard Bertossa, docteur *honoris causa* de l'Université de Genève, qui a une connaissance approfondie de la problématique des avoirs d'origine illicite de personnes politiquement exposées (PEP) de par son activité passée tant de procureur général de la République et du Canton de Genève que de juge au Tribunal pénal fédéral.

Nous reprenons ci-après très largement l'analyse de Monsieur Bertossa, à laquelle nous adhérons entièrement.

***

1. Remarques sur le projet

La mise en place d'une législation spécifique en matière de confiscation et de restitution des valeurs patrimoniales appartenant à des PEP doit être saluée, l'expérience ayant largement démontré que les dispositions légales actuelles (notamment les art. 70 à 73 CP, 74a EIMP) n'étaient pas adaptées.

Il est regrettable cependant que la loi proposée **se limite à des situations exceptionnelles** et ne résolve ainsi qu'une petite partie du problème posé par ceux qui, profitant de leur présence au pouvoir, s'accaparent illicitement des richesses au détriment des populations qu'ils sont censés servir.

Le projet de loi s'inspire largement de l'expérience faite avec les «fonds Duvalier» et, de ce fait, exclut d'autres situations tout aussi choquantes, notamment celle des «fonds Mobutu».

Le projet pose en effet comme condition (art. 2 let. a) l'existence d'une demande d'entraide de la part de l'État d'origine de la PEP concernée. Cette condition exclut ainsi d'emblée toutes les situations où cette PEP est encore au pouvoir et en profite pour maîtriser ses autorités judiciaires et interdire ainsi toute démarche de leur part qui puisse leur être défavorable.

./.

UNI MAIL
40, bd du Pont-d'Arve - CH-1211 Genève 4
Tél. +41 22 379 84 02- Fax +41 22 379 84 12

A ses art. 1 et 2, **le projet contient une contradiction interne**. Il postule (art. 1 et art. 2 let. c) que l'État d'origine soit incapable de répondre aux exigences de la procédure d'entraide. Or, simultanément, il exige (art. 2 let. a) l'existence, de la part de ce même État, d'une demande d'entraide à la Suisse, à défaut de quoi le blocage ne peut être décidé en Suisse. On ne voit pas comment l'État d'origine peut être à la fois «défaillant» et capable de présenter une demande d'entraide recevable au regard des conditions posées par l'EIMP.

Les conditions posées par l'art. 2 du projet sont cumulatives. La let. d subordonne l'intervention à l'exigence de **sauvegarder les intérêts de la Suisse**. Inspirée de la pratique actuelle fondée exclusivement sur l'art. 184 al. 3 Cst., cette exigence pose problème car on voit mal *a priori* en quoi la Suisse pourrait voir ses intérêts compromis par la seule présence dans ses banques de valeurs patrimoniales appartenant à des PEP. Dans le cas de PEP encore au pouvoir, on pourra soutenir par exemple que les intérêts de la Suisse commandent au contraire de s'abstenir de toute démarche.

La décision d'agir ou de ne pas agir (art. 2 et 5 du projet) appartient exclusivement au pouvoir exécutif. L'intervention de ce dernier est purement facultative (le Conseil fédéral peut ...) de sorte que le recours à la procédure prévue par le projet est laissé au libre arbitre du Conseil fédéral. **Aucun recours n'est prévu en cas de décision négative,** ce qui ouvre la porte à des choix qui seront plutôt fondés sur des critères diplomatiques que sur des critères de justice. Si l'on comprend la volonté du gouvernement de garder toute la latitude possible dans la détermination de sa politique étrangère, on ne saisit pas en revanche, alors, l'utilité d'une loi qui vise à l'évidence à préserver des principes fondamentaux de notre droit comme la légalité et l'égalité de traitement. Sur ce plan, le présent avant-projet souffre également d'une contradiction.

La **présomption d'illicéité** de l'origine des valeurs patrimoniales appartenant à des PEP est évidemment une bonne chose, mais la question se pose de savoir pourquoi cette présomption serait réservée aux situations exceptionnelles envisagées par le projet. Les dictateurs déchus n'ont pas pour habitude de laisser des traces de leurs méfaits de sorte que, même si leurs successeurs sont décidés à récupérer les valeurs détournées et capables d'agir valablement par la voie de l'entraide, il leur sera souvent difficile, sinon impossible, de réunir les preuves de l'origine illicite (au sens de l'art. 70 CP) de ces valeurs. Ainsi, l'État d'origine qui a su se doter d'institutions judiciaires compétentes sera défavorisé par rapport à celui qui n'en a pas été capable.

2. Propositions

1) A titre préventif, l'**obligation de clarification** prévue à l'art. 6 LBA doit être étendue aux valeurs patrimoniales appartenant à des PEP. Les exigences posées par les art. 8 à 10 OBA-FINMA 1 sont clairement insuffisantes à cet égard.
2) La présomption de l'origine illicite des valeurs patrimoniales appartenant à des PEP doit être inscrite dans le **code pénal** et sa mise en œuvre réservée aux autorités judiciaires, soit les autorités pénales ou celles en charge de l'entraide pénale internationale.
3) En cas de refus d'agir de ces autorités, une **voie de recours judiciaire** doit être ouverte à des personnes physiques justifiant d'avoir été les **victimes** du régime dirigé par ces PEP, ainsi qu'à des **associations** à but idéal représentatives de la défense des valeurs violées par les PEP concernées.

* * *

Nous vous remercions par avance de l'attention que vous voudrez bien porter à la présente et vous prions de croire, Madame la Conseillère d'État, à l'expression de notre considération distinguée.

Christian Bovet
Doyen de la Faculté de droit

Ursula Cassani
Présidente de la Section de droit public