



**Loi fédérale
sur les avoirs non réclamés**

**Rapport de la commission d'experts instituée
par le Département fédéral des finances**

juin 2004

Table des matières

Condensé.....	4
1 Situation initiale.....	7
1.1 De 1945 à 1995	7
1.1.1 L'après-guerre.....	7
1.1.2 L'arrêté fédéral de 1962.....	7
1.2 De 1995 à nos jours	9
1.2.1 La Commission Bergier.....	9
1.2.2 Banques.....	10
1.2.2.1 Directives de l'Association suisse des banquiers (ASB) de 1995	10
1.2.2.2 Le Comité Volcker (ICEP).....	10
1.2.2.3 Les publications de 1997 et le Claims Resolution Tribunal for Dormant Accounts in Switzerland (CRT).....	11
1.2.2.4 Les actions collectives aux Etats-Unis et le CRT 2.....	12
1.2.2.5 Directives de l'ASB de février 2000 et recommandations de la CFB	13
1.2.3 La Poste Suisse (Postfinance).....	15
1.2.4 Assurances	15
1.2.5 Prévoyance professionnelle.....	16
1.2.6 Fonds suisse en faveur des victimes de l'Holocauste/Shoah dans le besoin ...	17
1.2.7 Fondation Suisse Solidaire	17
1.2.8 Biens séquestrés des réfugiés civils	17
2 Interventions parlementaires et avant-projet de loi sur les avoirs en déshérence.....	18
2.1 Interventions et requêtes parlementaires.....	18
2.2 Avant-projet relatif à une loi fédérale sur les fonds en déshérence.....	19
2.3 Procédure de consultation.....	21
2.3.1 Appréciation générale	21
2.3.2 Remarques spécifiques	22
2.3.3 Assurance	23
3 Commission d'experts	24
3.1 Membres et secrétariat.....	24
3.2 Mandat	25
3.3 Méthode de travail	26
4 Les lacunes du droit suisse actuel	26
5 Droit comparé	29
6 Commentaires des dispositions du projet de loi	31

Condensé

Le débat public et international relatif au rôle de la Suisse à l'époque de la Seconde Guerre mondiale et à son attitude ultérieure à l'égard des biens déposés par les victimes de l'Holocauste a montré combien il est difficile et coûteux de restituer aux véritables ayants droit des fonds qui n'ont pas été réclamés depuis des années, voire des dizaines d'années. C'est pourquoi plusieurs interventions parlementaires ont demandé au Conseil fédéral de procéder à une analyse de toutes les dispositions du droit suisse qui règlent le traitement des avoirs non réclamés et de soumettre au Parlement, le cas échéant, les propositions jugées nécessaires pour améliorer la situation juridique (P Nabholz, 96.3574; P Rechsteiner, 97.3289; M Rechsteiner, 96.3606 et 97.3306; M Plattner, 96.3610; P Groupe radical-démocratique, 96.3611; P Baumann, 97.3369; M Grobet 97.3401).

Dans l'ensemble, le droit privé suisse garantit le maintien des droits de propriété sur des choses mobilières déposées auprès de tiers sans limite dans le temps. Cela s'applique également aux papiers-valeurs tels que les titres de participation (actions, bons de participation, etc.) et les titres de dettes (obligations). En revanche, s'agissant de créances, la situation est très différente pour les avoirs bancaires et pour les prétentions d'assurance. Le Tribunal fédéral a jugé que les dépôts d'épargne (et semble-t-il d'une manière générale tous les dépôts bancaires de sommes d'argent) ne se prescrivent que depuis le jour où l'une des parties a valablement déclaré la résiliation à l'autre partie (ATF 91 II 442 ss). La banque qui a perdu le contact avec son client ne peut ainsi plus résilier le contrat, de sorte que sa dette devient imprescriptible. Ce n'est pas le cas des prestations d'assurance sur la vie qui, comme toute autre prestation d'assurance, se prescrivent par deux ans depuis l'événement assuré, même si le bénéficiaire de la prestation ignore l'existence de la police ou le décès dont ses droits résultent (art. 46 de la loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance¹; ATF 126 III 278).

Les principales lacunes de notre ordre juridique tiennent cependant à l'absence d'une obligation claire des intermédiaires financiers d'essayer de rétablir le contact avec leurs clients lorsque ceux-ci n'ont plus donné de nouvelles depuis longtemps; à l'inexistence de procédures de centralisation des informations relatives aux avoirs en déshérence auprès de tous les intermédiaires financiers, ce qui interdit de facto aux ayants droit de rechercher des avoirs non réclamés lorsqu'ils ne connaissent pas l'identité de l'intermédiaire financier; et à l'impossibilité pour les banques de se libérer de leurs dettes lorsque le contact avec le client est rompu. La conséquence est que les fonds restent chez les intermédiaires financiers. L'expérience montre que, tôt ou tard, il leur sera reproché de vouloir s'enrichir avec les avoirs non réclamés. Un tel soupçon – même s'il est infondé dans la plupart des cas – nuit à la place financière suisse. Il est dès lors nécessaire de chercher des solutions qui définissent clairement comment les intermédiaires financiers doivent procéder lorsque le contact avec leurs clients est rompu et ce qu'il advient des avoirs s'il s'avère impossible de les restituer aux ayants droit.

Les procédures récemment mises en place dans le cadre de l'autoréglementation des banques remédient partiellement à ces lacunes et sont prises en considération par le pré-

¹ Loi sur le contrat d'assurance, LCA; RS 221.229.1

sent avant-projet. Elles n'ont pas d'équivalent chez les autres intermédiaires financiers. En outre, il revient au législateur de régler le sort ultime des avoirs non réclamés lorsque l'écoulement d'une longue période ne permet plus d'espérer qu'ils seront restitués aux ayants droit.

1 Situation initiale

1.1 De 1945 à 1995

1.1.1 L'après-guerre

La question des avoirs non réclamés s'est posée pour la première fois à grande échelle à la fin de la Seconde Guerre mondiale. De nombreuses personnes menacées ou persécutées par le national-socialisme avaient en effet accordé dans les années trente déjà leur confiance aux établissements financiers suisses, alors en plein développement, et nombre d'entre elles furent déportées et assassinées durant la guerre².

Dans le cadre de l'accord de Washington du 25 mai 1946³, Walter Stucki, qui dirigeait la délégation suisse, a confirmé dans une lettre confidentielle aux délégations des Etats-Unis, de la Grande-Bretagne et de la France que le gouvernement suisse examinerait avec bienveillance la question des mesures nécessaires pour mettre à la disposition des trois gouvernements alliés, à des fins d'assistance, le montant des biens déposés en Suisse par des victimes d'actions de violence perpétrées par l'ancien gouvernement allemand, qui sont morts sans héritiers⁴. Le gouvernement suisse de l'époque a cependant omis d'informer les banques et les commissions parlementaires de l'existence de cette lettre⁵.

A la signature de l'Accord de liquidation de 1952 qui a abrogé toutes les parties de l'Accord de Washington qui n'étaient pas réalisables, la Suisse s'est à nouveau engagée à examiner la question des biens des victimes du régime nazi déposés en Suisse dans une lettre confidentielle datée du 28 août 1952⁶.

La problématique des avoirs non réclamés a également fait l'objet de pourparlers avec la Hongrie et la Pologne après la guerre. Des accords bilatéraux, signés en 1949 avec la Pologne et en 1950 avec la Hongrie, prévoient ainsi une expropriation au profit des autorités politiques du domicile des fonds des clients polonais et hongrois qui n'avaient plus donné signe de vie depuis le 9 mai 1945 et à propos desquels la banque ne disposait d'aucun élément donnant à penser qu'ils n'auraient pas péri durant la guerre ou qu'ils auraient laissé des héritiers⁷.

1.1.2 L'arrêté fédéral de 1962

Après deux tentatives ayant échoué devant la résistance concertée des banques en 1947 puis en 1956⁸, le Conseil fédéral a soumis en date du 4 mai 1962 au Parlement un projet d'arrêté fédéral sur les avoirs en Suisse d'étrangers ou d'apatrides persécutés pour des

² Rapport final de la Commission indépendante d'Experts: Suisse – Seconde Guerre Mondiale, Zurich 2002, (ci-après, CIE 2002), p. 258

³ Accord de Washington, RS 0.982.1

⁴ CIE 2002, p. 426-427; www.dodis.ch, document 1730

⁵ CIE 2002, p. 427

⁶ Linus von Castelmur, Schweizerisch-alliierte Finanzbeziehungen im Übergang vom Zweiten Weltkrieg zum Kalten Krieg, Zurich 1992, p. 375, n. 400

⁷ CIE 2002, p. 431s

⁸ CIE 2002, p. 433

raisons raciales, religieuses ou politiques. L'arrêté fédéral du 20 décembre 1962⁹ avait pour buts:

- a. d'inventorier les avoirs dont il s'agit, d'assurer leur conservation en nommant des curateurs aux biens et de les remettre, si possible, aux propriétaires ou à leurs ayants cause;
- b. s'il y a lieu, de faire prononcer la déclaration d'absence du propriétaire et de soumettre ses avoirs à la procédure successorale;
- c. d'attribuer les biens en déshérence à un fonds dont l'Assemblée fédérale réglerait l'utilisation.

L'arrêté fédéral de 1962, entré en vigueur le 1^{er} septembre 1963 pour une période limitée de dix ans, prévoyait à son article premier l'obligation de déclarer à une autorité compétente désignée par le Conseil fédéral (Service des avoirs d'étrangers disparus de la Division de la justice du Département fédéral de justice et police [DFJP]) les avoirs en Suisse dont les derniers propriétaires connus étaient des étrangers ou des apatrides dont on était sans nouvelles sûres depuis le 9 mai 1945 et dont on savait ou présumait qu'ils avaient été victimes de persécutions raciales, religieuses ou politiques. L'arrêté fédéral de 1962 s'appliquait aux avoirs en monnaie suisse et étrangère, à tout autre moyen de paiement, aux titres et autres créances, aux métaux précieux et aux autres objets de valeurs (art. 2, let. a). Toutes les personnes physiques et morales administrant ou détenant des avoirs au sens de l'art. 2 étaient astreintes à déclaration (art. 3).

Le message relatif à l'arrêté fédéral de 1962¹⁰ relève que les banques et les institutions d'assurance étaient opposées à l'adoption de mesures législatives au motif que les avoirs non réclamés en Suisse seraient trop peu importants, alors que les organisations israélites étaient d'avis que ces avoirs atteindraient un grand nombre de millions de francs. Pour le Conseil fédéral, l'incertitude quant au montant des avoirs non réclamés justifiait des mesures législatives.

Le message souligne en outre que, contrairement à ce que soutenaient certains milieux consultés, le droit alors en vigueur n'était pas suffisant pour régler le sort des avoirs non réclamés. Il convenait d'introduire notamment l'obligation de déclarer, en levant ainsi partiellement le secret bancaire et professionnel, afin d'éviter que «la Suisse ne soit soupçonnée de vouloir s'enrichir des avoirs ayant appartenu aux victimes d'événements révoltants».

L'arrêté fédéral de 1962 a été appliqué de façon restrictive¹¹. Au total 9,4 millions de francs ont été annoncés dans les délais conformément à l'arrêté fédéral de 1962, des versements tardifs et les intérêts portant finalement ce montant à plus de 10 millions. 5,5 millions de francs ont finalement été restitués aux intermédiaires financiers qui les avaient annoncés au motif que, selon une interprétation stricte de l'arrêté fédéral de 1962, ils ne tombaient pas dans son champ d'application; une partie de cette somme a cepen-

⁹ RO 1963 423; FF 1962 I 969, 971

¹⁰ FF 1962 I 969, 971

¹¹ CIE 2002, p. 435

dant pu être versée aux ayants droit directement par les intermédiaires concernés. 1,3 millions fut versé par le service compétent du DFJP et par les autorités tutélaires cantonales. En outre, 3,1 millions ont été versés dans le fonds spécial «avoirs en déshérence», une partie de cette somme (789 000 francs) étant utilisée pour les versements à la Pologne et à la Hongrie prévus par les accords passés en 1949 et en 1950 avec ces deux pays. Le fonds a été liquidé le 20 août 1980 après versement pour deux tiers à la Fédération suisse des communautés israélites et pour un tiers à l'Office central suisse d'aide aux réfugiés¹².

Au début de l'année 1999, le Conseil fédéral a publié sur Internet et dans la Feuille fédérale une liste de tous les avoirs non réclamés annoncés sur la base de l'arrêté de 1962 et alloués au fonds spécial sans que les personnes concernées n'aient pu être cherchées ou trouvées. Le Conseil fédéral a consenti, dans un geste de solidarité, à indemniser les personnes dont il pouvait alors retrouver la trace¹³. La liste publiée contient 580 noms de titulaires de compte. A l'expiration des effets de l'arrêté du 18 novembre 1998, la Confédération avait versé des indemnités 1 010 000 de francs à 90 victimes du régime national-socialiste ou à leurs ayants-droits (cf. communiqué de presse du DFEA du 26 juin 2002).

1.2 De 1995 à nos jours

1.2.1 La Commission Bergier

La Commission Indépendante d'Experts Suisse – Seconde Guerre mondiale (CIE ou Commission Bergier du nom de son président Jean-François Bergier) a été instituée par arrêté fédéral du 13 décembre 1996, adopté à l'unanimité par les deux chambres du Parlement¹⁴. L'article premier de cet arrêté dispose que les recherches historiques et juridiques de la Commission Bergier devaient porter «sur l'étendue et le sort de toute forme de valeurs patrimoniales qui ont été, soit confiées en dépôt ou placement, ou pour transmission à un tiers, à des banques, à des assurances, à des avocats, à des notaires, à des fiduciaires, à des gérants de fortune ou à d'autres personnes physiques ou morales ou associations de personnes ayant leur domicile ou leur siège en Suisse, soit requises par ces personnes physiques ou morales ou associations de personnes, soit reçues par la Banque nationale suisse».

Pour faciliter le travail de la CIE, les art. 4 et 5 de l'arrêté fédéral du 13 décembre 1996 faisaient devoir aux entreprises et aux services concernés de conserver les pièces susceptibles de servir les recherches et «de laisser les membres de la Commission Indépendante d'Experts Suisse – Seconde Guerre mondiale et leurs collaborateurs consulter tous les documents qui peuvent être utiles à leurs recherches», cette obligation primant toute obligation légale ou contractuelle de garder le secret. L'arrêté fédéral a sorti ses effets jusqu'au 31 décembre 2001.

¹² Peter Hug et Marc Perrenoud, Les avoirs déposés en Suisse par des victimes du nazisme et les accords d'indemnisation conclus avec les pays de l'Est (1997), pp. 77ss, en particulier p. 90; Urs Zulauf, Bankgeheimnis und Publikation nachrichtloser Vermögenswerte, in Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Berne 1998, no 6; FF 1974 II 801, 802; RO 1975 I 533

¹³ FF 1999 I 444; RO 1998 III 2990

¹⁴ FF 1996 IV 1171, 1190; RO 1996 III 3487

La Commission Bergier a publié 25 études, contributions à la recherche et expertises juridiques entre décembre 1997 et décembre 2000, dont une est spécifiquement consacrée aux avoirs bancaires¹⁵, et un rapport final le 22 mars 2002¹⁶.

1.2.2 Banques

1.2.2.1 Directives de l'Association suisse des banquiers (ASB) de 1995

Sur l'impulsion de la Commission fédérale des banques (CFB), l'ASB a adopté le 8 septembre 1995 des directives relatives au traitement des avoirs auprès des banques suisses lorsque la banque est sans nouvelles du client (directives 1995). Ces directives s'appliquaient à tous les avoirs bancaires, y compris ceux qui ne datent pas de la Seconde Guerre mondiale, pour lesquels la banque était sans nouvelles du client depuis plus de dix ans. La première partie des directives 1995 exigeait des banques qu'elles renoncent à résilier le contrat, marquent les avoirs concernés et préservent les intérêts des ayants droit. La deuxième partie des directives 1995 instituait une Centrale pour la recherche d'avoirs sans nouvelles auprès de banques suisses (Centrale de recherche des banques suisses), dont la responsabilité a été confiée à l'Ombudsman des banques. Dans ses directives 1995, l'ASB a toutefois renoncé à obliger les banques à annoncer leurs avoirs non réclamés à la Centrale de recherche des banques suisses.

1.2.2.2 Le Comité Volcker (ICEP)

Le 2 mai 1996, l'ASB, l'Organisation mondiale de la restitution juive et le Congrès juif mondial, représentant en outre l'Agence juive et d'autres organisations, ont conclu un Protocole d'accord donnant mandat à un Comité indépendant de personnes éminentes placé sous la direction de Paul A. Volcker (Independent Committee of Eminent Persons, ICEP ou Comité Volcker) d'identifier les comptes des victimes des persécutions nazies qui sont restés dormants depuis la Seconde Guerre mondiale ou qui n'ont pas été mis à la disposition des victimes ou de leurs héritiers et de juger du traitement, par les banques suisses, des comptes des victimes des persécutions nazies¹⁷. La CFB a facilité le travail du Comité Volcker en qualifiant les audits qu'il effectuait de révisions extraordinaires obligatoires au sens de l'art. 23^{bis} de la loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne¹⁸.

Dans son rapport du 6 décembre 1999, le Comité Volcker constate qu'il n'a pas trouvé d'indices que les banques auraient systématiquement détruit des documents, organisé un traitement discriminatoire ou le pillage des comptes des victimes du national-socialisme¹⁹. Certaines banques recherchèrent activement les titulaires des comptes ou leurs héritiers

¹⁵ La place financière et les banques suisses à l'époque du national-socialisme, Les relations des grandes banques avec l'Allemagne (1931–1946), Publications de la CIE, volume 13, Lausanne 2002

¹⁶ La Suisse, le national-socialisme et la Seconde Guerre mondiale, Publications de la CIE, Rapport final Zurich 2002

¹⁷ Rapport du 6 décembre 1999 de l'ICEP sur les comptes dormants des victimes des persécutions nazies dans les banques suisses (rapport ICEP), p. 2

¹⁸ Loi sur les banques, LB, RS 952.0; Rapport de gestion de la CFB 1997, p. 118

¹⁹ Rapport ICEP, ch. 41

afin de leur verser les avoirs en dépôt²⁰. Le rapport relève cependant que d'autres banques firent preuve à l'époque d'un manque de diligence dans la recherche des comptes des victimes²¹. Le Comité Volcker reproche également à certains établissements d'avoir prélevé des frais et honoraires importants sur des comptes dont elles savaient ou auraient dû savoir que le détenteur était mort ou avait disparu, ce qui a entraîné leur clôture par épuisement de leur valeur; la pratique qui consistait à transférer les avoirs non réclamés sur des comptes sans intérêts sans garder une documentation facilement accessible est également critiquée²². Le Comité Volcker conclut toutefois, à la décharge des banques, que le problème des avoirs non réclamés semble être en partie la conséquence de l'absence d'une loi suisse générale réglant la question et salue dans ses recommandations l'engagement du Gouvernement suisse en vue de l'adoption d'une telle loi «qui pourrait aider à renforcer la discipline nécessaire au traitement de ces comptes»²³. Dans ce même rapport, le Comité Volcker a en outre identifié 53 886 comptes comme ayant un lien vraisemblable ou possible avec des victimes du nazisme. La publication de près de 25 000 de ces comptes ayant la plus forte probabilité d'avoir appartenu à des victimes du nazisme a été préconisée. Enfin, le Comité Volcker a recommandé de consolider les banques de données regroupant les comptes gérés dans les banques suisses pendant la période concernée²⁴.

1.2.2.3 Les publications de 1997 et le Claims Resolution Tribunal for Dormant Accounts in Switzerland (CRT)

À la demande des organisations avec lesquelles elle avait institué le Comité Volcker, l'ASB a fait procéder à un inventaire des avoirs dont les banques avaient perdu le contact avec leur client avant le 6 mai 1945 et a publié une première liste comprenant 1756 noms de clients domiciliés à l'étranger ou de nationalité étrangère en juin 1997. Une seconde liste de 10 758 noms de clients suisses et de 3687 noms de clients étrangers a été publiée en octobre 1997. La CFB a autorisé la publication de ses listes nominatives en considérant que, compte tenu de l'absence de nouvelles pendant une durée exceptionnellement longue et des traces profondes laissées par la Seconde Guerre mondiale et l'Holocauste, le secret bancaire ne s'opposait pas à une publication intervenue à des conditions restrictives et sous étroite surveillance, publication qui était dans l'intérêt présumable des ayants droit à ces avoirs²⁵.

Afin de permettre le traitement rapide et peu formaliste des prétentions qui seraient annoncées sur les 5 570 comptes de titulaires étrangers publiés en 1997, l'ASB et le Comité Volcker instituèrent un tribunal arbitral international au sens de la loi fédérale du 18 décembre 1987 de droit international privé²⁶, le CRT, dont le siège était à Zurich. Se fondant sur des règles de procédure garantissant la facilité et la gratuité de son accès, un

²⁰ Rapport ICEP, ch. 44

²¹ Rapport ICEP, ch. 42

²² Rapport ICEP, ch. 43

²³ Rapport ICEP, ch. 45 et 90

²⁴ Rapport ICEP, ch. 62ss; Rapport de gestion de la CFB 1999, p. 161 et pp. 178ss

²⁵ Rapport de gestion de la CFB 1997, pp. 118s

²⁶ Loi de droit international privé, LDIP; RS 291

degré de preuve compatible avec les bouleversements provoqués par la guerre et l'Holocauste, le tribunal acheva cette première phase de son travail en septembre 2001. Saisi de près de 10 000 requêtes, dont un tiers s'avéra fondé, il ordonna la remise d'avoirs bancaires à hauteur de 16 millions de francs en mains de victimes de l'Holocauste ou leurs ayants droit et à hauteur de 49 millions de francs en faveur d'ayants droit d'autres types de comptes en déshérence²⁷. Parmi les demandes qui furent jugées bien fondées, 21 % se rapportaient aux avoirs de victimes de l'Holocauste alors que 79 % concernaient des personnes étrangères ou domiciliées à l'étranger qui ne présentaient aucun rapport avec l'Holocauste²⁸.

1.2.2.4 Les actions collectives aux Etats-Unis et le CRT 2

Fin 1996, début 1997, plusieurs actions collectives (*class actions*) ont été introduites contre le Credit Suisse (CS), l'Union de Banques Suisses (UBS) et la Société de Banque Suisse (SBS) devant une juridiction fédérale états-unienne d'un district de New York. Les demandeurs alléguaient que ces banques avaient collaboré avec le régime nazi et l'avaient aidé en retenant et en dissimulant sciemment des avoirs de victimes de l'Holocauste et en acceptant et en blanchissant des biens spoliés par les nazis et des bénéficiaires provenant du travail forcé.

Le 26 janvier 1999, CS et UBS SA (résultant de la fusion entre UBS et SBS) se sont engagés à titre transactionnel et sans reconnaître de responsabilité à verser la somme de 1,25 milliards de dollars. Cet accord transactionnel et un plan de distribution furent homologués par le juge saisi. Sur la somme totale, 800 millions de dollars (sous imputation des sommes déjà distribuées par le CRT) sont destinés aux victimes de l'Holocauste et à leurs descendants qui rendent vraisemblables avoir été titulaires d'avoirs bancaires en Suisse. Cet accord global a éteint toutes prétentions des demandeurs envers toutes les banques suisses en relation avec les avoirs non réclamés et leurs activités durant la Seconde Guerre mondiale. Les demandeurs renonçaient également à toute action envers la Confédération, la Banque nationale suisse (BNS) et les entreprises suisses²⁹.

À la différence du tribunal arbitral CRT qui trancha les prétentions relatives aux comptes publiés en 1997, le CRT 2 n'est pas un tribunal arbitral mais une institution spéciale qui, dans le cadre général fixé par la procédure civile fédérale des Etats-Unis, examine les nouvelles demandes sur mandat du tribunal fédéral d'un district de New York. Les prétentions qui peuvent lui être soumises ne sont pas limitées aux 21 000 personnes titulaires de comptes identifiés dont la liste fut publiée le 5 février 2001 par l'ASB suite au rapport final du Comité Volcker et avec l'autorisation de la CFB³⁰. Les personnes dont le nom n'a pas été publié sur la liste mais qui sont ou pensent être titulaires d'avoirs en relation avec l'Holocauste peuvent également faire appel au CRT 2. Le juge saisi à New York a seule compétence pour approuver les décisions prises par le CRT 2. C'est pourquoi le DFJP accorda aux juges et aux secrétaires du CRT 2, ainsi qu'aux deux special masters (man-

²⁷ Rapport de gestion de la CFB 2001, p. 246

²⁸ Final Report on the Work of the CRT 1 du 5 octobre 2001, p. 3s

²⁹ Rapport de gestion de la CFB 1998, p. 137; Rapport de gestion de la CFB 2000, p. 177

³⁰ Rapport de gestion de la CFB 2001, p. 246

dataires du tribunal) qui supervisent leur activité, l'autorisation prévue par l'art. 271 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937³¹ et les a obligés à respecter l'ordre juridique suisse, en particulier les règles sur la protection des données personnelles.

Il n'est pas encore possible d'apprécier le résultat du travail du CRT 2 qui est toujours en cours.

1.2.2.5 Directives de l'ASB de février 2000 et recommandations de la CFB

En février 2000, l'ASB a adopté de nouvelles directives (directives 2000) qui diffèrent notamment de celles de 1995 en ceci qu'elles prescrivent des mesures visant à prévenir la rupture de contact, des dispositions sur la surveillance et la gestion des avoirs non réclamés, des règles sur la conservation des documents ainsi que des mesures destinées à faciliter la reprise de contact avec les clients. Les directives 2000 obligent également les banques à annoncer tous les avoirs non réclamés supérieurs à 100 francs en cas d'échec des recherches entreprises.

Selon les directives 2000, il y a avoirs sans nouvelles non seulement lorsque la banque n'a plus de nouvelles de son client (instruction, communication ou déclaration qui provoque un mouvement sur le compte ou une inscription au dossier), mais encore lorsqu'elle ne peut plus le contacter, c'est-à-dire lorsque le courrier adressé régulièrement au client est renvoyé par la poste, qu'il n'existe aucun contact avec lui ni aucune nouvelle de sa part et que les recherches entreprises par la banque sont restées sans succès. Dans le cas des livrets d'épargne, des compartiments de coffre-fort et des clients dont la correspondance est conservée à la banque («banque restante»), la règle des directives 1995 est reprise, les avoirs devant être annoncés à la Centrale de recherche des banques suisses lorsque la banque est sans nouvelles depuis plus de 10 ans.

Le rôle de la Centrale de recherche des banques suisses, confiée à l'Ombudsman des banques, a en outre été transformé. Tous les avoirs sans nouvelles sont désormais enregistrés dans une base de données centralisée, gérée par SAG SIS Registre des actions AG. A la réception d'une requête d'une personne rendant vraisemblable son droit, la Centrale de recherche consulte cette base de données. Si les indications fournies par le requérant correspondent suffisamment à un nom enregistré, elle transmet la requête à la banque concernée pour examen et décision. Si la banque estime que le requérant n'est pas l'ayant droit aux avoirs, elle le communique à la Centrale de recherche qui est habilitée à consulter les documents de la banque et, le cas échéant, à émettre une recommandation invitant la banque à prendre directement contact avec le requérant. L'art. 3 du Règlement de la Fondation «Ombudsman des banques suisses» s'applique alors, les parties n'étant pas liées par les propositions de règlement faites par la Centrale de recherche. Aucune voie de recours n'est ouverte au requérant si la banque refuse de suivre la recommandation de la Centrale de recherche.

Les directives 2000, n'ont pas le caractère contraignant d'une loi, ne lient pas les tribunaux et ne prévoient aucune peine conventionnelle pour sanctionner leur violation. Leur respect

³¹ Code pénale, CP; RS 311.0

est toutefois l'une des conditions posées par la CFB à l'exercice d'une activité bancaire irréprochable au sens de l'art. 3, al. 2, let. c, de la loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne³² et est par conséquent soumis au contrôle annuel de l'organe de révision bancaire³³. La CFB peut ordonner des mesures administratives en cas de défaillance.

Fin 2001, la CFB a mandaté la société de révision PricewaterhouseCoopers SA pour vérifier la mise œuvre des directives 2000 de l'ASB par la Centrale de recherche des banques suisses. Si le résultat de cet examen était dans l'ensemble favorable, quelques faiblesses ont été constatées, notamment quant à la qualité des données introduites dans la base de données. Par ailleurs, sur 554 recherches effectuées en 2001 dans la base de données, la Centrale de recherche a transmis 107 cas aux banques, qui ont estimé que le requérant n'était pas l'ayant droit des avoirs dans 79 cas. Dans un seul de ces cas, la Centrale de recherche a demandé des renseignements complémentaires à la banque concernée, en renonçant toutefois à voir les pièces justificatives. Au total, 2,3 millions de francs ont pu être versés à leurs ayants droit en 2001.

A la suite de cet examen, la CFB a chargé les organes de révision de 13 banques suisses, dont les trois plus importantes, de procéder, dans le cadre de leur révision ordinaire, à un examen approfondi portant sur le respect des directives. Il résulte de la synthèse de ces rapports que les banques révisées respectent dans l'ensemble les directives. Des défaillances ont toutefois amené la CFB à formuler les cinq recommandations suivantes à l'attention de la commission d'experts «Loi fédérale sur les avoirs non réclamés» instituée par le Département fédéral des finances (DFF):

- Recommandation no 1: examiner l'introduction de l'obligation de rapporter périodiquement à la direction le nombre des relations où le contact avec le client a été perdu et leur évolution. Une telle obligation permettrait de sensibiliser l'ensemble des collaborateurs au problème des avoirs non réclamés.
- Recommandation no 2: examiner l'introduction de l'obligation de former les collaborateurs concernés (mesure préventive). En matière d'identification, le service de la banque compétent pour les avoirs non réclamés dépend en effet du travail, respectivement des annonces effectués par les gérants.
- Recommandation no 3: examiner l'introduction de l'obligation d'une gestion centralisée des avoirs non réclamés au sein de la banque afin notamment de sauvegarder au mieux les intérêts de l'ayant droit. Une gestion centralisée serait également dans l'intérêt des banques qui pourraient ainsi optimiser leur système de contrôle et réduire leurs frais.
- Recommandation no 4: examiner l'introduction de l'obligation d'un transfert à la Centrale de recherche des banques suisses pour gestion collective des avoirs non réclamés, à tout le moins des petits montants. Cette obligation aurait pour avantage de décharger les banques de la gestion de comptes peu rentables et d'introduire une prati-

³² Loi sur les banques, LB; RS 952.0

³³ Annexe 1 à la circulaire CFB 96/3 du 21 octobre 1996 sur la forme et le contenu du rapport de révision

que commune à toute la branche en matière de frais de gestion. Si une telle solution n'est pas envisagée, il conviendrait alors d'examiner l'introduction d'un devoir de solder à l'interne et sans frais les comptes de petits montants (en dessous de 1000 francs) et de les transférer sur un compte commun. Une unification de la pratique des frais de gestion devrait à tout le moins être examinée si cette dernière solution n'est pas non plus retenue.

- Recommandation no 5: examiner l'introduction de l'obligation d'archiver de façon centralisée les documents concernant les avoirs non réclamés, afin principalement d'éviter leur destruction intempestive.

1.2.3 La Poste Suisse (Postfinance)

La Poste Suisse, par sa division financière Postfinance, est dépositaire de très nombreux comptes (comptes jaunes et comptes de dépôt), notamment de personnes physiques et d'associations.

Avant l'entrée en vigueur de la loi fédérale du 30 avril 1997 sur la poste³⁴ et de la loi fédérale du 30 avril 1997 sur l'organisation de l'entreprise fédérale de la Poste³⁵, le droit public applicable aux prestations financières de La Poste Suisse prévoyait une dévolution après cinq ans à la Confédération des avoirs non réclamés. Depuis, les règles ordinaires de droit privé s'appliquent. En pratique, un compte postal est marqué comme étant inactif lorsque le client n'a effectué aucun mouvement depuis 6 mois. Les avoirs sont ensuite considérés comme étant non réclamés et le compte est bloqué si les envois d'avis réguliers concernant un compte postal inactif sont retournés non retirés à La Poste Suisse. Le blocage du compte implique que plus aucuns frais de gestion ou de bouclage annuel ni aucun intérêt n'est porté en compte, les avoirs étant alors conservés à leur valeur nominale. La Poste Suisse recherche ensuite les personnes pouvant justifier de droits sur les avoirs, en respectant le principe de la proportionnalité. Toute personne justifiant de ses droits peut obtenir le paiement des avoirs bloqués sans limite dans le temps.

1.2.4 Assurances

La Commission internationale pour les demandes d'indemnisation de l'époque de l'Holocauste (CIDIEH³⁶ ou Commission Eagleburger du nom de son président Lawrence Eagleburger) a été fondée en 1998 sur la base du Protocole d'Accord signé par des autorités européennes de réglementation du secteur des assurances, des représentants d'organisations juives, l'Etat d'Israël ainsi que des institutions d'assurance, dont la Winterthur Leben et la Zurich Financial Services. Par publication du 16 février 2000, la Commission Eagleburger a invité les ayants droit à des polices d'assurance non honorées liées

³⁴ Loi sur la poste, LPO; RS 783.0

³⁵ Loi sur l'organisation de la Poste, LOP; RS 783.1

³⁶ Commission internationale pour les demandes d'indemnisation de l'époque de l'Holocauste

aux événements de l'Holocauste à s'annoncer jusqu'au 31 mars 2002, délai ultérieurement prolongé au 31 décembre 2003³⁷.

En outre, en marge de l'accord conclu le 12 août 1998 par CS et UBS SA (Cf. ch. 1.2.2.4), les compagnies Swiss Re et Swiss Life se sont engagées à verser la somme de 50 millions de francs à titre transactionnel et sans reconnaissance de responsabilité afin de couvrir les éventuelles prétentions non honorées issues de polices d'assurance sur la vie conclues par des victimes de l'Holocauste. Quelques centaines de demandes ont été déposées, aucune n'ayant cependant pu être acceptée à ce jour.

1.2.5 Prévoyance professionnelle

C'est dans le domaine de la prévoyance professionnelle et en rapport avec les travailleurs étrangers en Suisse que le problème des avoirs non réclamés a été identifié et résolu pour la première fois par la Confédération. Une procédure spéciale en matière d'avoirs non réclamés a été introduite par la modification du 18 décembre 1998, entrée en vigueur le 1^{er} mai 1999, de la loi fédérale du 17 décembre 1993 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité³⁸. Cette modification introduit pour les institutions de prévoyance l'obligation de maintenir un contact périodique avec leurs assurés et d'annoncer à la Centrale du deuxième pilier les avoirs des assurés ayant atteint l'âge de la retraite mais pour lesquels aucun droit n'a été encore exercé. La Centrale du deuxième pilier, qui travaille en étroite collaboration avec la Centrale de compensation, reçoit les demandes d'assurés concernant leurs avoirs de prévoyance et leur fournit les informations nécessaires à l'exercice de leurs droits.

La révision du 3 octobre 2003 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité³⁹ a complété le système en vigueur afin d'assurer la pérennité des avoirs de prévoyance non réclamés. L'art. 41 nouveau LPP⁴⁰, qui s'applique par analogie en matière de libre passage (art. 24g nouveau LFLP), dispose ainsi que le droit aux prestations ne se prescrit pas pour autant que l'assuré n'a pas quitté l'institution de prévoyance lors de la survenance du cas d'assurance (al. 1), que les avoirs non réclamés doivent être transférés au fonds de garantie après un délai de dix ans à compter de l'âge ordinaire de la retraite (al. 3 et 4) et que l'assuré ou ses héritiers peuvent faire valoir leurs prétentions jusqu'à ce que l'assuré a eu ou aurait eu 100 ans.

Vu la législation spéciale ci-dessus, les polices d'assurance-vie entrant dans le champ d'application de la LPP ainsi que les autres formes admises de maintien de prévoyance au sens de la LFLP (compte de libre passage) ne seront pas soumises au projet de loi fédérale sur les avoirs non réclamés (voir art. 1, al. 2, du projet). En revanche, la prévoyance individuelle liée (pilier 3a) ainsi que la prévoyance individuelle libre (pilier 3b) sont assujetties à la loi sur les avoirs non réclamés.

³⁷ www.icheic.org

³⁸ Loi sur le libre passage, LFLP; RS 831.42; RO 1999 II 1384 1387; FF 1998 V 4873

³⁹ Loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, LPP; RS 831.40

⁴⁰ FF 2003 6095

1.2.6 Fonds suisse en faveur des victimes de l'Holocauste/Shoah dans le besoin

Par ordonnance du 26 février 1997⁴¹, le Conseil fédéral a institué un fonds spécial en faveur des victimes de l'Holocauste/Shoah dans le besoin doté d'un capital initial de 100 millions versé par les grandes banques suisses. Le fonds avait pour but de soutenir les personnes dans le besoin qui, pour des motifs raciaux, religieux, politiques ou pour d'autres raisons, ont été persécutées ou ont été victimes d'une autre manière de l'Holocauste/Shoah, de même qu'à leurs descendants dans le besoin. Ce fonds a été financé en outre par des dons des banques suisses, de l'industrie, des institutions d'assurance et de la BNS. Les capitaux du fonds ont été distribués le plus largement possible. Au total, 295 millions de francs ont été répartis dans le monde entier entre quelque 312 000 survivants de l'Holocauste/Shoah dans le besoin⁴². Le Conseil fédéral a décidé de dissoudre le fonds avec effet au 31 décembre 2002.

1.2.7 Fondation Suisse Solidaire

En date du 5 mars 1997, le Conseil fédéral a lancé le projet d'une fondation chargée de tâches humanitaires (projet d'une Fondation Suisse Solidaire), financée avec le produit de la vente des réserves d'or excédentaires de la BNS. L'article constitutionnel «L'or à l'AVS, aux cantons et à la fondation» proposé dans le cadre de ce projet constituait un contre-projet à l'initiative «Pour le versement au fonds AVS des réserves d'or excédentaires de la Banque nationale suisse (Initiative sur l'or)» déposée par l'Union Démocratique du Centre et qui entendait attribuer au fonds de compensation de l'AVS la totalité des réserves monétaires – actuelles et futures – de la BNS qui n'étaient plus requises au titre de la politique monétaire⁴³.

Par votation du 22 septembre 2002, le peuple et les cantons ont rejeté tant l'«initiative sur l'or» que le contre-projet du Conseil fédéral «L'or à l'AVS, aux cantons et à la fondation».

1.2.8 Biens séquestrés des réfugiés civils

Par communiqué de presse du 14 avril 1999, le Conseil fédéral a prévu une procédure simplifiée pour permettre aux réfugiés civils, internés en Suisse pendant la Seconde Guerre mondiale, de récupérer leurs biens qui avaient été mis sous séquestre à leur arrivée et qu'ils ont laissés lorsqu'ils ont quitté la Suisse. Il s'agissait essentiellement de petites sommes dont le total atteignait environ 85 000 francs⁴⁴. À ce jour, la Confédération a payé env. 600 francs à deux personnes.

⁴¹ RO 1997 I 811

⁴² Rapport final de la direction du Fonds suisse en faveur des victimes de l'Holocauste/Shoah dans le besoin, Berne 2002, p. 12

⁴³ FF 2000 IV 3664; FF 2002 III 2573

⁴⁴ Communiqué de presse du DFF du 14 avril 1999, publié sur le site internet www.efd.admin.ch

2 Interventions parlementaires et avant-projet de loi sur les avoirs en déshérence

2.1 Interventions et requêtes parlementaires

Le problème posé par les avoirs non réclamés, en particulier ceux issus de la Seconde Guerre mondiale, a fait l'objet de nombreuses interventions parlementaires (voir encadré ci-dessous). Les interventions transmises par les Chambres fédérales avant la session d'hiver 1999 ont toutefois d'ores et déjà été classées suite au rapport complémentaire des commissions de gestion du Conseil National et du Conseil des Etats du 23 mai 2003 à l'attention des Chambres fédérales⁴⁵. Ce classement est intervenu dans le cadre de la nouvelle loi du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale⁴⁶. En définitive, seules les motions des conseillers nationaux Rechsteiner et Grobet du 18 juin (M 97.3306) et du 22 septembre 1997 (M 97.3401), qui n'ont été adoptées par le Conseil des Etats qu'en date du 20 juin 2000, devront être classées par le projet de loi sur les avoirs non réclamés.

- Postulat déposé le 27 novembre 1996 par la conseillère nationale Nabholz⁴⁷

Ce postulat invite le Conseil fédéral à envisager des mesures législatives s'inspirant des solutions étrangères qui permettent d'empêcher que les avoirs non réclamés s'accumulent auprès des banques. Ces avoirs devront être transférés à la Confédération avec pour effet d'exempter les banques de toute responsabilité. Le Conseil fédéral a accepté le postulat Nabholz.

- Motion déposée le 9 décembre 1996 par le conseiller national Rechsteiner⁴⁸

Cette motion charge le Conseil fédéral de prendre les mesures nécessaires pour contraindre les instituts financiers à déclarer à une centrale les avoirs non réclamés. Le Conseil fédéral a accepté la motion Rechsteiner.

- Motion déposée le 9 décembre 1996 par le conseiller aux Etats Plattner⁴⁹

Cette motion charge le Conseil fédéral de déposer un projet de loi contraignant les banques, les assurances, les avocats, les notaires, les fiduciaires et toute autre personne gérant des valeurs patrimoniales à déclarer à une centrale les avoirs non réclamés qu'il détient. La centrale devra permettre de constater les rapports de propriété et assister les éventuels ayants droit dans leurs recherches. Le projet de loi règlera également l'utilisation dans l'intérêt commun des biens dont on n'a pas pu retrouver l'ayant droit. Le Conseil fédéral a proposé de transformer cette motion en postulat. Cette motion a été adoptée par le Conseil national le 19 mars 1997 et par le Conseil des Etats le 29 septembre 1997.

- Motion, transformée en postulat, déposée le 10 décembre 1996 par le groupe radical-démocratique⁵⁰

Cette motion charge le Conseil fédéral de soumettre aux chambres un projet d'arrêté fédéral de portée générale constituant un fonds spécial géré par la Confédération et alimenté par les avoirs non réclamés déposés en Suisse avant, pendant et immédiatement après la Seconde Guerre mondiale. Dans sa prise de position du 3 mars 1997, le Conseil fédéral a rappelé que la problématique des avoirs non réclamés issus de la Seconde Guerre mondiale faisait l'objet d'une enquête historique et juridique confiée à la CIE et que le Comité Volcker recherchait notamment les avoirs de victimes de persécutions religieuses, racistes ou politiques à l'époque du régime national-socialiste et tenterait de les restituer à leurs ayants droit. En outre, par ordonnance du 26 février 1997, le Conseil fédéral avait institué la création d'un fonds spécial en faveur des per-

⁴⁵ FF 2003 VI 6269

⁴⁶ Loi sur le Parlement, LParl; RS 171.10

⁴⁷ P 96.3574

⁴⁸ M 96.3606

⁴⁹ M 96.3610

⁵⁰ P 96.3611

sonnes nécessiteuses victimes de l'Holocauste/Shoah doté d'un capital initial de 100 millions versé par les milieux bancaires. Sur proposition du Conseil fédéral, le Conseil national a transformé la motion en postulat.

- Motion, transformée en postulat, déposée le 11 juin 1997 par le conseiller national Rechsteiner⁵¹

Cette motion charge le Conseil fédéral de mettre sur pied une procédure de recherche efficace et crédible des valeurs patrimoniales déposées en Suisse. Dans sa réponse du 3 septembre 1997, le Conseil fédéral constate que la réputation de la place financière suisse a souffert des affaires successives des fonds juifs non réclamés et des fonds Marcos et Mobutu; ces affaires ont démontré que la Suisse disposait déjà d'un large arsenal législatif qui pourrait toutefois être analysé et, cas échéant, optimisé. La motion Rechsteiner a été transmise au Conseil fédéral sous la forme de postulat.

- Motion déposée le 18 juin 1997 par le conseiller national Rechsteiner⁵²

Cette motion intitulée «Avoirs en déshérence datant de la Seconde Guerre mondiale. Implications juridiques» charge le Conseil fédéral de revoir les dispositions légales applicables aux avoirs non réclamés et de soumettre aux Chambres des propositions d'amendements ou des dispositions nouvelles qui pourraient servir à l'établissement de normes qui doivent correspondre à un standard international minimum. Le Conseil fédéral a accepté la motion Rechsteiner.

- Motion, transformée en postulat, déposée le 20 juin 1997 par le conseiller national Baumann⁵³

Cette motion charge le Conseil fédéral de déposer un projet de loi instituant une procédure civile spécifique adaptée aux réclamations d'ayants droit sur des avoirs non réclamés qui, notamment, allège les exigences en matière de preuve. Dans sa réponse du 10 septembre 1997, le Conseil fédéral distingue entre la problématique des fonds non réclamés issus de la Seconde Guerre mondiale, qui devrait trouver sa solution dans la procédure spéciale mise en place par l'ASB, et la problématique des autres fonds non réclamés; pour cette seconde catégorie, le Conseil fédéral se déclare prêt à examiner la nécessité de fixer sur le plan fédéral des règles de procédure bien que, selon la Constitution fédérale, cette compétence est en principe réservée aux cantons. La motion Baumann a finalement été transmise au Conseil fédéral sous la forme de postulat.

- Motion déposée le 22 septembre 1997 par le conseiller national Grobet⁵⁴

Cette motion charge le Conseil fédéral de proposer un projet de loi sur les valeurs patrimoniales non réclamées. Ce projet devra prévoir la publication des comptes concernés et régler les obligations des banques envers les ayants droit et les mesures de recherches que celles-ci devront entreprendre. La motion Grobet a été acceptée par le Conseil fédéral.

2.2 Avant-projet relatif à une loi fédérale sur les fonds en déshérence

En avril 1997, le Conseil fédéral a chargé le DFJP d'examiner la situation juridique relative aux avoirs non réclamés et de lui soumettre, si nécessaire, des propositions pour l'améliorer. Cette tâche a été confiée à l'Office fédéral de la justice (OFJ).

L'OFJ prépara un avant-projet de loi fédérale sur les fonds en déshérence (LFFD) qui devait s'appliquer aux «acteurs financiers» déjà soumis à une surveillance de droit fédéral, soit aux banques, aux directions de fonds, aux négociants en valeurs mobilières et aux institutions d'assurances. Le contrôle du respect des obligations découlant de la LFFD

⁵¹ P 97.3289

⁵² M 97.3306

⁵³ P 97.3369

⁵⁴ M 97.3401

relevait ainsi exclusivement d'autorités existantes, c'est-à-dire de la CFB et de l'Office fédéral des assurances privées (OFAP).

Tous les biens pouvant être confiés à des intermédiaires financiers (créances monétaires, papiers-valeurs, métaux précieux, bijoux ou oeuvres d'art, etc.) et toutes les polices d'assurance directe sur la vie devaient tomber dans le champ d'application de la loi, les prétentions en dommages-intérêts en étant cependant exclues (art. 41 et 97ss du Code des obligations du 30 mars 1911⁵⁵)⁵⁶.

L'intermédiaire financier était obligé de reprendre le contact rompu depuis plus de 8 ans avec son client (soit le partenaire contractuel, tout ayant droit ou héritier ou leur représentant), à moins que cela n'expose celui-ci à la confiscation ou à des traitements inhumains et à la condition que les démarches nécessaires soient proportionnées à la valeur des avoirs. Cette obligation faisait l'objet d'une exception lorsque le client avait expressément déclaré par écrit à l'intermédiaire financier qu'il y renonçait. L'intermédiaire financier avait également l'obligation d'informer son client sur l'obligation de chercher à reprendre contact et sur le principe du transfert à la Confédération, après leur publication, des avoirs qui ne pouvaient être restitués.

En sus d'une obligation de conserver les documents relatifs aux fonds en déshérence, l'avant-projet disposait que l'intermédiaire financier devait prendre des mesures organisationnelles afin d'éviter la perte de contact et enregistrer les fonds de manière centralisée en empêchant tout accès non autorisé en cas de perte de contact depuis plus de huit ans.

Les avoirs non réclamés depuis dix ans devaient être déclarés à un centre d'information à créer au sein du DFF. L'intermédiaire financier n'était toutefois plus tenu de déclarer les créances prescrites, à l'exception des prétentions résultant d'un contrat d'assurance sur la vie. Les avoirs non réclamés au moment de l'entrée en vigueur de la loi devaient également être déclarés au centre d'information dans un délai d'un an, l'intermédiaire financier étant alors libéré de son obligation de chercher à reprendre contact avec son client. La violation de l'obligation de déclarer était sanctionnée par une peine d'amende d'un montant de 200 000 francs au plus et de 50 000 francs au moins en cas de récidive.

Le centre d'information aurait pour tâche de maintenir une liste des avoirs non réclamés déclarés et de communiquer les données correspondantes aux personnes établissant de manière crédible leurs droits sur ces avoirs, aux autorités de surveillance et de poursuite pénale, ainsi qu'aux Archives fédérales. Le financement du centre devait être assuré par la perception d'émoluments au dépôt d'une demande de recherche et, subsidiairement, par une taxe prélevée sur les avoirs non réclamés annoncés.

A l'expiration d'un délai de 50 ans depuis le dernier contact avec le client, les droits sur les avoirs devaient être transférés à la Confédération et l'intermédiaire financier était libéré de ses obligations contractuelles envers le client. Les avoirs non réclamés au moment de l'entrée en vigueur de la loi devaient également être transférés à la Confédération au plus

⁵⁵ Droit des obligations, CO; RS 220

⁵⁶ Rapport explicatif de l'avant-projet relatif à une loi fédérale sur les fonds en déshérence (LFFD) de juillet 2000, n. 21, p. 23 (projet mis en consultation)

tôt cinq ans après l'entrée en vigueur de la loi. L'avant-projet prévoyait cependant la publication systématique des avoirs en déshérence avant leur transfert à la Confédération.

Le DFF était compétent pour trancher par voie de décision tout litige relatif au transfert des fonds à la Confédération. Au surplus, les voies de droit étaient régies par les lois spéciales des autorités de surveillance concernées et par les dispositions générales sur la procédure fédérale pour les recours contre les décisions du centre d'information.

Enfin, le Conseil fédéral était chargé de régler par voie d'ordonnance le détail des mesures d'organisation que l'intermédiaire financier devait prendre, les conditions auxquelles il était délié de son obligation de reprendre contact avec les clients, la forme et le contenu de sa déclaration au centre d'information, les détails concernant la perception d'une taxe sur les fonds annoncés et les modalités de la publication de la liste des avoirs en déshérence.

2.3 Procédure de consultation

L'avant-projet a été mis en consultation du 5 juillet au 30 septembre 2000 auprès du Tribunal fédéral suisse, de l'ensemble des cantons, des partis politiques représentés à l'Assemblée fédérale ainsi que de 31 organisations⁵⁷.

2.3.1 Appréciation générale

L'élaboration d'un avant-projet de loi a été saluée par l'ensemble des organisations ayant répondu à la consultation, la nécessité d'une législation fédérale en la matière étant reconnue par tous.

La plupart des cantons et la conférence des directeurs cantonaux des finances ont contesté l'attribution exclusive à la Confédération des avoirs dont on n'a pas pu retrouver les bénéficiaires, aucun motif pertinent n'étant avancé pour justifier la modification du système légal de dévolution finale aux cantons selon le droit privé suisse applicable aux avoirs sans héritiers.

L'Union Démocratique du Centre, le Parti Radical-Démocratique suisse, le Parti Démocrate-Chrétien et le Parti Libéral Suisse ont regretté que l'avant-projet ne laisse pas davantage de place à l'autoréglementation en reprenant les structures existantes (notamment la Centrale de recherche des banques suisses). Le Parti Socialiste et le Parti écologiste suisses, en revanche, se sont félicités que l'avant-projet règle précisément les devoirs des intermédiaires financiers assujettis.

L'ASB, la Swiss Funds Association (SFA), ainsi que d'autres organisations consultées ont regretté que l'avant-projet ne tienne pas compte des directives 2000 de l'ASB et ne laisse aucune place à l'autoréglementation. Pour ces organisations, la place laissée à l'autoréglementation aurait dû être d'autant plus grande que le champ d'application de l'avant-projet se limitait à des catégories d'intermédiaires financiers déjà assujetties à une

⁵⁷ Les participants à la consultation ont été informés de son résultat par lettre du DFF du 23 mai 2002 à laquelle était annexé un classement des réponses datant de février 2002.

surveillance prudentielle. L'avant-projet aurait ainsi notamment dû renoncer à instaurer une centrale d'information interne à l'administration, l'Ombudsman des banques remplissant cette fonction à satisfaction depuis 1995 déjà.

L'Association Suisse d'Assurance (ASA), qui regrettait de ne pas avoir été consultée à un stade préliminaire, a préconisé une refonte complète de l'avant-projet afin de tenir compte des spécificités du domaine de l'assurance, une partie spéciale de la loi devant lui être consacré. L'ASA désirait également que l'avant-projet laisse une plus grande place à l'autoréglementation. L'ASA craignait enfin que l'avant-projet ne porte préjudice à la révision générale en cours de la législation sur la surveillance des institutions d'assurance et aurait préféré que l'on procède aux adaptations nécessaires des lois de surveillance existantes de chaque catégorie d'intermédiaires concernée plutôt que d'édicter une nouvelle loi.

2.3.2 Remarques spécifiques

Certaines organisations, notamment l'ASB, ont regretté que l'avant-projet ne s'applique pas aux intermédiaires financiers non encore assujettis à une surveillance spécifique. L'avant-projet aurait ainsi dû mentionner les fiduciaires et les gérants de fortune indépendants, ainsi que La Poste suisse. Quant à la SFA, elle souhaitait que le champ d'application de la loi se limite aux directions de fonds de placement gérant des comptes de parts.

Pour l'ASB notamment, l'intermédiaire financier ne devait pas avoir à répondre seul de l'obligation de maintenir le contact qui devait être remplacée par un devoir de recherche en cas de perte de contact.

Certaines organisations consultées souhaitaient que la loi définisse les avoirs protégés (qui devaient également inclure les dépôts sans valeur marchande), les documents qui devaient être conservés, ainsi que ce qui devait être considéré comme un contact.

Des organisations consultées estimaient que le terme d'«intermédiaire financier» devait être préféré à celui d'«acteur financier» dont l'emploi n'était pas justifié par le risque de confusion avec la loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier⁵⁸. En outre, en français, le terme de «fonds» devait être remplacé par celui plus général d'«avoirs» s'appliquant aussi bien à des actifs en espèces qu'à des papiers-valeurs ou à des objets précieux.

Si l'ASB et la SFA considéraient la publication de listes de comptes comme étant une atteinte disproportionnée et injustifiée au secret bancaire, d'autres organisations souhaitaient au contraire qu'une telle publication ait lieu plus tôt après la perte de contact.

Le CRT recommandait que la loi contienne des dispositions sur les frais de recherche et d'autres organisations préconisaient qu'il soit fait de même pour les intérêts minima devant être portés en compte.

⁵⁸ Loi sur le blanchiment d'argent, LBA; RS 955.0

Les délais prévus dans la loi étaient jugés trop longs ou trop courts selon les organisations consultées. Le délai d'annonce d'un mois de l'art. 4 était considéré comme étant trop court par les praticiens.

Afin de mieux tenir compte de la garantie de la propriété, l'ASB proposait que le transfert des avoirs non réclamés à la Confédération soit provisoire et conditionnel après 30 ans déjà, une dévolution définitive n'intervenant qu'après 100 ans.

Une autre organisation souhaitait que l'affectation finale des fonds dont on n'a pas trouvé les bénéficiaires soit discutée et prévue dans la loi.

Au surplus, certaines organisations estimaient que l'avant-projet s'immisçait trop dans les rapports contractuels de droit privé entre l'intermédiaire financier et son client.

La nature juridique du centre d'information ainsi que son financement ont également été remis en question et une participation financière des intermédiaires financiers concernés a été proposée, par exemple lors de l'annonce des montants comme les directives de l'ASB le prévoient.

La sanction des obligations a fait l'objet de nombreuses remarques, une distinction entre délits intentionnels et délits commis par négligence étant souhaitée. Une organisation consultée a en outre proposé de fixer le montant de l'amende proportionnellement au montant des avoirs non réclamés concernés.

Enfin, le Tribunal fédéral a préconisé l'instauration d'une commission de recours statuant en première instance de recours contre les décisions du DFF.

2.3.3 Assurance

Pour l'ASA, l'avant-projet de LFFD ne tenait notamment pas compte de la spécificité de l'assurance sur la vie qui ne permet pas à l'assureur de connaître la personne ayant droit à la prestation d'assurance avant la survenance de l'événement assuré. De plus, il serait inutile de contraindre une institution d'assurance à maintenir le contact avec le preneur d'assurance, celui-ci n'étant le plus souvent pas le créancier de l'institution d'assurance à la survenance de l'événement assuré. En outre, la prescription de 2 ans de l'art. 46, al. 1, de la LCA serait acquise avant que le délai de 8 ans de l'avant-projet pour chercher à reprendre contact ne soit échu, de sorte que la Confédération ne saurait obtenir les prestations d'assurance non réclamées depuis 50 ans. L'annonce de prétentions prescrites résultant d'un contrat d'assurance sur la vie serait également inutile.

Pour l'ASA, seule l'assurance sur la vie comprenant un élément de capitalisation devrait être assujettie à la loi, tandis que la prévoyance professionnelle devrait être exclue dans son ensemble du champ d'application. De plus, la compétence territoriale des autorités suisses de surveillance concernées devrait définir le champ d'application *ratione loci* de l'avant-projet. Le régime transitoire, qui serait impraticable, devrait être abrogé, la future loi ne devant trouver application que pour les avoirs non réclamés après l'entrée en vigueur de la loi.

3 Commission d'experts

Etant donné la diversité des points de vue ressortant de la procédure de consultation, le Conseil fédéral a chargé, par décision du 15 mai 2002, le DFF d'instituer une petite commission d'experts en la matière. Celle-ci devait notamment se pencher sur les possibilités de mieux prendre en compte dans la loi l'autorégulation mise en place par les milieux bancaires en se fondant sur les résultats de l'évaluation de cette autorégulation par l'ASB. La loi devait en outre fixer les conditions de mise en place de l'autorégulation, notamment la création par les intermédiaires financiers d'un centre d'information concernant les avoirs non réclamés. Le DFF s'est exécuté par décision du 1^{er} juillet 2002.

3.1 Membres et secrétariat

Les personnes suivantes ont été nommées membres de la commission d'experts:

- Luc Thévenoz, docteur en droit, avocat, professeur à l'Université de Genève, membre de la CFB (président);
- Victor Füglistner, licencié en droit, avocat, vice-président du Comité exécutif de l'ASB;
- Stephan Fuhrer, docteur en droit, privat-docent, membre de la direction de la Bâloise assurances, président de la commission juridique assurance-vie de l'ASA;
- Beat Kaufman, docteur en droit, chef de division suppléant, Division des affaires économiques et financières, Département fédéral des affaires étrangères (DFAE);
- Felix Schöbi, docteur en droit, Division des projets de législation, OFJ;
- Andrea Kiefer, docteure en droit, avocate, Service des questions spéciales, OFAP;
- Simona Bustini, docteure en droit, Service juridique, Secrétariat de la CFB.
- Jacqueline Cortesi-Künzi, avocate, cheffe de section, Service juridique de l'Administration fédérale des finances (AFF);

Les changements suivants dans la composition de la commission sont survenus ultérieurement:

- Olivier Salamin, licencié en droit et en sciences économiques, Service des questions spéciales, OFAP, a remplacé Andrea Kiefer à compter du mois de novembre 2002;
- Alexandra Salib, avocate, fondée de pouvoir de l'ASB, a remplacé Victor Füglistner dès le mois de février 2003;
- Christoph Burgener, chef de division suppléant, Division des affaires économiques et financières, DFAE, a remplacé Beat Kaufmann depuis juin 2003.

Les membres de la commission ont exercé leur mandat en qualité d'experts indépendants.

Le secrétariat de la commission a été confié à Nicolas Vuilliomenet, avocat, Service juridique de l'AFF.

3.2 Mandat

La commission d'experts fut chargée de remettre au DFF son rapport et un projet de loi à fin 2003 au plus tard. Le projet de loi devait fixer des conditions-cadres à l'autoréglementation, ainsi que tenir compte des avis exprimés durant la procédure de consultation terminée en septembre 2000 et des résultats de l'expertise menée par la CFB sur le système d'autorégulation mis en place dans le domaine bancaire.

Le mandat comprenait notamment les points ci-dessous:

- examiner la possibilité d'étendre le champ d'application de la loi au-delà de celui de l'avant-projet de LFFD, la loi devant toutefois rester exécutable sans rendre nécessaire la mise sur pied d'un appareil administratif disproportionné;
- examiner la demande formulée par les assureurs de limiter le champ d'application de la loi aux assurances-vie à composante de capital;
- proposer des dispositions contraignant les intermédiaires financiers à prendre, dans le cadre d'une autorégulation supervisée par l'Etat, les mesures nécessaires afin d'éviter que des avoirs ne deviennent non réclamés et afin de conserver le contact avec les ayants droit;
- proposer la création d'une ou de plusieurs centrales de recherche privées auxquelles les intermédiaires financiers devront annoncer les avoirs non réclamés. Les centrales de recherche adopteront des normes autorégulatrices sous la haute surveillance de la Confédération. La loi devra en outre fixer le degré de vraisemblance à apporter par les ayants droit potentiels et à quelles autres conditions (par exemple les frais) ils pourront obtenir des renseignements sur un avoir non réclamé.
- examiner qui, de l'intermédiaire financier ou éventuellement de la centrale de recherche ou d'un fonds, doit être chargé de la gestion des avoirs depuis l'instant où ils sont non réclamés et jusqu'à leur dévolution, si la loi doit régler les modalités de cette gestion et quand l'intermédiaire financier doit être libéré.
- examiner le bien-fondé des dispositions de la LCA en matière de prescription au regard de la problématique posée par les avoirs non réclamés.
- examiner au terme de quel délai les ayants droit doivent être déchus de leurs prétentions sur des avoirs non réclamés et si cette déchéance doit être définitive ou, au besoin, ne se produire qu'à des conditions précises.
- proposer le principe de la dévolution des avoirs non réclamés à la Confédération avec participation des cantons et examiner la variante de la création d'un fonds, en présentant les avantages et les inconvénients de chaque solution.
- régler la question des avoirs non réclamés déposés à ce jour auprès d'intermédiaires financiers (droit transitoire), les prescriptions ordinaires devant être respectées dans leurs principes.

Afin de répondre à des questions ponctuelles, la commission d'experts a également reçu le pouvoir de former des groupes de travail, de faire appel à d'autres expertes ou experts

et de procéder à des auditions. La commission pouvait en particulier faire appel à l'Ombudsman des banques et au Préposé fédéral à la protection des données.

3.3 Méthode de travail

La commission d'experts s'est réunie à 12 reprises, dont deux séances de deux jours. Une délégation de la commission a procédé à des auditions préalables de représentants de gérants indépendants, de banques de gestion, de La Poste Suisse et du Département des transports, de l'énergie et des communications (DETEC). Certains de ces représentants ont été entendus par la commission en plénum durant le premier semestre 2003. Enfin, une première version du projet de loi a été remise en août 2003 avec un questionnaire, ad personam et en rappelant les devoirs de confidentialité, à des représentants des banques, des institutions d'assurance, de La Poste Suisse, de la SFA ainsi qu'à l'Ombudsman des banques. Ces personnes ont ensuite été entendues par la commission, lors d'une séance spéciale le 15 septembre 2003, ou ont eu l'occasion de se déterminer par écrit.

Les particularités de l'assurance ont été présentées à la commission sous la forme de deux exposés successifs.

Les travaux et les analyses nécessaires ayant pris plus de temps qu'initialement prévu, le mandat de la commission d'experts a été prolongé jusqu'à mi 2004 pour la remise de son rapport au DFF.

4 Les lacunes du droit suisse actuel

Le sort juridique des avoirs non réclamé n'est pas réglé de manière systématique et cohérente par le droit suisse actuel. Les possibilités existantes sont mal connues. En outre, la protection des prétentions des ayants droit varie suivant la qualification juridique des biens et des rapports avec l'intermédiaire financier.

La propriété foncière est imprescriptible et l'inscription des immeubles au registre foncier identifie le propriétaire et les titulaires d'autres droits réels. En cas de décès du propriétaire inscrit, l'inscription reste inchangée tant que l'identité du ou des nouveaux propriétaires n'a pas été démontrée au conservateur du registre. Ces règles garantissent que les droits fonciers subsistent, peuvent être aisément recherchés et, en cas de décès, transmis aux ayants droit.

Les droits réels sur les choses mobilières sont également imprescriptibles. À lui tout seul, l'écoulement du temps ne fait pas perdre au propriétaire ses droits réels. Lorsqu'une chose mobilière est déposée en mains d'un tiers agissant en cette qualité, qu'il s'agisse ou non d'un intermédiaire financier, celui-ci n'en devient jamais propriétaire. Lors du décès du propriétaire, la propriété passe à ses héritiers ou légataires, même si le dépositaire l'ignore. Ceux-ci peuvent faire valoir leur droit en tout temps. Sont réservés les cas

d'acquisition ou de prescription acquisitive par un tiers de bonne foi (art. 933 et 728 du Code civil du 10 décembre 1907⁵⁹).

Les droits de créance sont en revanche très inégalement protégés dans l'hypothèse d'une perte de contact durable entre créancier et débiteur. Les créances résultant d'un contrat se prescrivent en principe par dix ans depuis leur exigibilité (art. 127 CO). La prescription n'éteint pas la créance. Elle permet cependant au débiteur de refuser sa prestation et de s'opposer au prononcé d'un jugement ou à l'exécution forcée à son encontre.

Les effets stricts de la prescription pour les avoirs non réclamés sont cependant corrigés par la jurisprudence relative aux contrats de dépôt portant sur des sommes d'argent. Cela vaut notamment pour les contrats d'épargne⁶⁰ et probablement pour l'ensemble des dépôts bancaires⁶¹. Le Tribunal fédéral admet que le délai de prescription ne commence pas de courir avec le dépôt des fonds, mais seulement avec la résiliation déclarée par une partie et reçue par l'autre⁶². Lorsque le contact est rompu, le dépositaire ne peut pas communiquer avec le déposant et donc il ne peut lui notifier la résiliation du dépôt, de sorte que la prescription ne peut pas commencer de courir. *De facto*, cette jurisprudence rend imprescriptibles les créances résultant d'un dépôt.

Dans les développements qui précèdent, la problématique des avoirs non réclamés est principalement présentée dans le contexte des débats relatifs au rôle de la Suisse pendant la Deuxième guerre mondiale et des réponses ultérieurement apportées en rapport avec les valeurs patrimoniales déposées par des victimes des persécutions nazies. En dehors de ce contexte, il apparaît que la perte de contact avec la banque pourrait souvent être évitée par le client, par exemple en informant un proche de l'existence du compte ou en communiquant à la banque les informations nécessaires à maintenir le contact. C'est notamment en rapport avec des avoirs de valeur modeste que les clients montrent parfois peu d'intérêt, de sorte qu'il n'est pas rare que le client finisse par en oublier l'existence, qui reste ignorée de ses successeurs, ou que ces avoirs deviennent d'une autre manière non réclamés. Dans le cas normal, il est fréquent que les motifs de la perte de contact se trouvent dans la sphère du client. Des mesures préventives permettent de diminuer le risque d'une perte de contact, mais jamais de l'exclure.

Cette jurisprudence ne concerne cependant que les contrats de dépôt, qu'ils portent ou non sur une somme d'argent. Elle ne s'applique notamment pas aux contrats d'assurance, alors que ceux-ci connaissent une prescription, bien plus courte, de deux ans à compter de l'expiration de la police ou du jour du sinistre (art. 46 LCA). La jurisprudence admet en outre que la prescription court même si l'assuré ou le bénéficiaire ignore l'existence de son droit ou la survenance du sinistre⁶³.

Que les droits soient ou non adéquatement protégés en cas de perte de contact, l'une des principales lacunes de notre ordre juridique tient à l'inexistence de procédures qui permet-

⁵⁹ Code civil, CC; RS 210.

⁶⁰ ATF 100 II 153

⁶¹ Conformément aux directives de l'ASB, les banques ont désormais renoncé à faire valoir la prescription en matière d'avoirs non réclamés.

⁶² ATF 91 II 442

⁶³ ATF 126 III 278

tent facilement aux ayants droit de rechercher les avoirs quand ils ignorent l'identité du dépositaire. La difficulté est particulièrement notable pour les avoirs bancaires en raison de la protection du secret bancaire dans notre pays et des silences, volontaires ou involontaires, des déposants suisses et étrangers à l'égard de leurs proches et de leurs successibles quant à l'existence, l'étendue et la localisation d'avoirs bancaires. Jusqu'en 1995, l'héritier qui pensait avoir acquis par succession des avoirs bancaires insuffisamment identifiés était réduit à interroger chacun des établissements entrant en considération. En 1995, en réponse notamment aux débats publics relatifs aux avoirs en déshérence (voir ch. 1.2), l'ASB a adopté des règles par voie d'autoréglementation qui ont facilité la tâche des ayants droit (voir ch. 1.2.2.1). La révision adoptée en 2000 a amélioré significativement le dispositif en centralisant les données relatives aux comptes et dépôts non réclamés, en rendant l'annonce d'avoirs non réclamés obligatoire et en permettant à l'Ombudsman des banques suisses de procéder lui-même aux recherches dans la liste des avoirs non réclamés qui lui sont annoncés par les banques (voir ch. 1.2.2.5).

Si le problème a été davantage remarqué (et largement résolu) pour les avoirs bancaires, il se présente aussi (et n'est pas résolu) pour les autres intermédiaires financiers, que ce soit la division financière de la Poste Suisse (Postfinance), les assureurs-vie, les directions des fonds de placement qui tiennent des comptes de part ou encore les personnes qui gèrent la fortune d'autrui, à titre professionnel ou non (gérants de fortune, fiduciaires, notaires, avocats, etc.).

Enfin, la dernière lacune est de celles qu'aucune initiative privée ne peut résoudre^[LT1]. Dans la mesure où certaines prétentions sont imprescriptibles en l'état du droit actuel, les intermédiaires financiers concernés sont tenus de les conserver indéfiniment à leur bilan. Cette situation n'est pas raisonnable. Il appartient au législateur fédéral de prévoir une libération définitive après un délai supérieur à la prescription ordinaire, sous condition que les avoirs ne soient pas acquis à l'intermédiaire financier, mais reviennent à la collectivité publique.

5 Droit comparé⁶⁴

La plupart des pays (Allemagne, Autriche, Belgique, Italie, Luxembourg, Royaume-Uni, Danemark, Suède, pays de l'Est) ne connaît 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.

Les paragraphes suivants détaillent la situation juridique existant en Allemagne, en Autriche, en Belgique, en Espagne, en France, en Irlande, en Italie, aux Pays-Bas, au Royaume-Uni et aux Etats-Unis.

En *Allemagne*, les avoirs non réclamés sont soumis aux règles ordinaires du droit civil. En matière bancaire, cela a pour conséquence que les créances non réclamées résultant de dépôts sont imprescriptibles; comme en droit suisse, le délai de prescription ne commence en effet de courir qu'avec la résiliation déclarée par une partie et reçue par l'autre. Dans la pratique, l'association des banquiers allemands a toutefois mis sur pied une procédure gratuite de recherche et recommande à ses membres de rechercher les détenteurs d'avoirs non réclamés, de protéger ces avoirs contre des accès non autorisés et, en fonction de leur valeur, de les solder (jusqu'à 50 Euros), de les verser sur un compte commun en garantissant l'identification des prétentions d'un éventuel ayant droit (entre 50 et 2500 Euros) ou de les gérer de telle sorte qu'ils puissent être remis à leur ayant droit à brève échéance (plus de 2500 Euros). Dans le domaine des assurances sur la vie, le délai ordinaire de prescription est de cinq ans. Si une prestation doit être versée en cas de vie, ce délai commence à courir au terme de l'année durant laquelle l'assurance est échue. Si une prestation doit être versée en cas de décès, il ne commence à courir qu'au terme de l'année durant laquelle les recherches visant à constater le cas d'assurance et le montant de l'indemnité sont terminées; dans l'hypothèse d'avoirs non réclamés ce délai ne pourra en général pas commencer à courir. A noter enfin que certains assureurs font usage d'une institution de droit allemand permettant de déposer des créances en mains du juge avec effet libératoire pour le créancier; au terme de 30 ans, les avoirs ainsi déposés échoient à l'Etat ou, sur sa requête, reviennent à l'assureur.

L'Autriche ne connaît pas non plus de législation spéciale en matière d'avoirs non réclamés et les avoirs bancaires se prescrivent par un délai ordinaire de 30 ou de 40 ans. En matière d'assurances sur la vie, les prétentions envers l'assureur se prescrivent en général par 3 ans. Si un tiers peut faire valoir un droit, la prescription ne commence à courir qu'à compter du jour où il a connaissance de son droit et au plus tard par dix ans.

⁶⁴ Le présent chapitre est le résultat d'une étude effectuée par l'Institut suisse de droit comparé (ISDC) comprenant deux avis sur le statut des fonds en déshérence 97-060 et 97-060c des 30 juillet 1997 et 23 octobre 2003.

En *Belgique*, les dépôts de fonds sont acquis à la banque après l'écoulement d'un délai de 30 ans à compter de la résiliation écrite du compte. En revanche, les titres au porteur dont les ayants droit ne peuvent être retrouvés ne sauraient être acquis à la banque qui peut les remettre à une caisse de dépôts étatique. Dans le domaine des assurances, le délai de prescription est de 30 ans à compter de l'événement assuré; le point de départ de ce délai peut être retardé de cinq ans par celui qui prouve n'avoir eu qu'ultérieurement connaissance de l'événement assuré. La prescription ne commence pas à courir si l'assuré, le bénéficiaire ou la personne lésée se trouve par force majeure dans l'impossibilité d'agir dans les délais prescrits.

En *Espagne*, la loi oblige les entités dépositaires de dépôts et d'avoirs abandonnés à les remettre à l'Etat à l'échéance d'un délai de 20 ans. Une loi en projet reprendrait cette obligation et contraindrait en outre les dépositaires à communiquer au ministère compétent l'existence de tels avoirs. Il n'est pas encore sûr que ce projet s'appliquera aussi aux pré-tentions issues d'assurances sur la vie qui se prescrivent par un délai ordinaire de cinq ans.

En *France*, la législation autorise les établissements dépositaires de sommes et valeurs à clôturer les comptes qu'ils tiennent lorsque les dépôts et avoirs inscrits à ces comptes n'ont fait l'objet, de la part des ayants droit, d'aucune opération ou réclamation depuis dix ans. Ces avoirs peuvent alors être déposés auprès d'une caisse de consignation et sont définitivement acquis à l'Etat après 30 ans. Les assurances sur la vie sont soumises au même régime.

La République d'Irlande a récemment adopté une législation qui règle de manière complète la problématique posée par les avoirs non réclamés. Les instituts de crédits doivent ainsi prendre un certain nombre de mesures lorsqu'ils détiennent des avoirs bancaires n'ayant pas fait l'objet d'opérations depuis plus de 15 ans. Si les recherches du client auxquelles ils doivent procéder sont infructueuses après 6 mois, les instituts doivent faire connaître au public qu'ils détiennent des comptes non réclamés. A l'écoulement d'un second délai de 6 mois, les avoirs doivent être versés par les instituts à un fonds public. L'ayant droit peut demander remboursement de ses avoirs avec intérêts sans limite dans le temps. Toutefois, si l'ensemble des avoirs non réclamés doit être versé au fonds, seuls les avoirs d'un montant supérieur à 100 Euros doivent l'être de manière à permettre à un éventuel ayant droit de les récupérer. Les avoirs non réclamés remis au fonds sont utilisés dans un but social. Les institutions d'assurance sur la vie sont soumises à une législation similaire. En fonction du montant de la prestation d'assurance en cause, elles doivent rechercher leurs clients individuellement (supérieur à 500 Euros) ou par la voie de publications (inférieur à 500 Euros).

En *Italie*, le législateur n'a pas prévu de disposition spécifique s'agissant des avoirs non réclamés. En matière de banque postale, les avoirs non réclamés se prescrivent en faveur de l'Etat dans un délai de 10 ans à compter du 1^{er} janvier suivant l'année dans laquelle la dernière écriture ou tout autre acte interruptif a eu lieu. En matière bancaire, la doctrine et la jurisprudence majoritaires s'accordent à dire que le délai de prescription ordinaire de 10 ans doit partir à compter du jour de la dernière opération de crédit ou de prélèvement

portée en compte. Dans la pratique, les banques n'opposent toutefois pas l'exception de la prescription aux ayants droit de dépôts qui peuvent se légitimer. Dans le domaine des assurances sur la vie, le délai de prescription est de 1 an à compter du jour où les faits fondant la prétention ont été vérifiés.

Le Royaume-Uni ne connaît pas de disposition législative traitant des avoirs non réclamés. Certaines questions sont réglées dans le cadre de l'autoréglementation, notamment par le biais de la procédure ouverte aux détenteurs d'avoirs non réclamés. L'autoréglementation se fonde sur la loi sur les services financiers qui s'applique aux banques et s'appliquera aux assureurs à partir de fin 2004. En général, l'autoréglementation, complexe et détaillée, n'est que peu contraignante pour les intermédiaires financiers. Des plaintes peuvent être adressées à l'ombudsman dont les décisions ne lient toutefois en principe pas l'institut concerné. L'association des banquiers anglais a en outre établi une centrale chargée d'aider les ayants droit d'avoirs non réclamés dans leurs recherches.

La question des avoirs non réclamés aux *Etats-Unis* est traitée à l'échelon des Etats fédérés qui ont pour la majorité adopté une loi commune (*Uniform Unclaimed Property Act* de 1981 ou de 1995, ci-après UUPA) tandis qu'une minorité a édicté des dispositions propres similaires au UUPA. L'Etat de New-York a fait office de pionnier en adoptant en 1943 déjà une loi spéciale dont les principes sont semblables à ceux de l'UUPA. Selon l'UUPA, en fonction du type d'avoirs concerné et des délais retenus par chaque Etat, les avoirs sont présumés abandonnés après l'écoulement d'une durée allant de 2 à 7 ans. Le détenteur de tels avoirs dont la valeur est supérieure à un certain montant (en général 50 USD) doit alors les annoncer à un service de l'Etat après s'être adressé par écrit à leur titulaire dans les 120 jours précédant l'annonce. Ce service publie ensuite le nom des titulaires concernés auxquels il adresse également une notification écrite. Les avoirs doivent alors être versés à l'Etat dans les six mois suivant l'annonce. En tant que dépositaire final, l'Etat doit remettre sans limite dans le temps à leur bénéficiaire les avoirs sur lesquels une personne justifie de ses droits. L'UUPA fixe également le montant des charges pouvant être prélevé sur les avoirs non réclamés. A noter enfin que l'UUPA s'applique non seulement aux prestations de polices d'assurance sur la vie, mais encore à de nombreuses autres catégories d'avoirs comme par exemple les gains de loterie.

6 Commentaires des dispositions du projet de loi

Article 1 Champ d'application

L'art. 1 traite du champ d'application personnel et matériel de la loi.

La loi s'applique aux intermédiaires financiers déjà soumis à une surveillance prudentielle de droit fédéral, soit les banques au sens de la loi sur les banques (al. 1 let. a), les négociants en valeurs mobilières au sens de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières⁶⁵ (al. 1 let. b) et les directions de fonds de placement au sens de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur les fonds de placement⁶⁶, dans la mesure

⁶⁵ Loi sur les bourses, LBVM; RS 954.1

⁶⁶ Loi sur les fonds de placement, LFP; RS 951.31

où elles tiennent elles-mêmes des comptes de parts (al. 1, let. c). Elle s'applique également aux les institutions d'assurance selon la loi fédérale du 23 juin 1978 sur la surveillance des institutions d'assurance privées⁶⁷ qui exercent une activité en matière d'assurance directe sur la vie, mais seulement en ce qui concerne les polices d'assurance-vie constituant un capital (al. 1 let. d).

Le champ d'application de la loi est en outre étendu à la Poste Suisse (al. 1, let. e) et, partiellement, aux gérants de fortune indépendants (al. 1, let. f, et al. 2).

Enfin, la loi permet aux détenteurs non assujettis d'avoirs appartenant à des tiers de les transférer avec effet libératoire à un intermédiaire financier au sens de l'al. 1, avec l'accord de ce dernier (al. 3).

Alinéa 1

Lettre c

En matière de fonds de placement, le projet de loi ne s'applique qu'aux entités connaissant leurs clients et ayant eu un contact direct avec ceux-ci, à tout le moins à l'ouverture de la relation. Seules les directions de fonds de placement tenant elles-mêmes des comptes de parts pour des investisseurs remplissent ces conditions et sont donc assujetties à la loi.

En mars 2003, la commission d'experts préposée à la révision de la LFP (commission Forstmoser) a rendu un projet de loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux (P-LPCC) portant sur la révision totale de la LFP. Le P-LPCC a été mis en consultation par le Conseil fédéral du 14 janvier au 14 avril 2004. Si elle est adoptée par le Parlement, cette révision aura pour conséquence d'élargir, sous certaines conditions, le champ d'application de la loi à de nouvelles formes juridiques de placements collectifs, comme les sociétés d'investissement à capital variable (SICAV), les fondations de placement, les sociétés en commandite de placements collectifs et les sociétés d'investissement à capital fixe (SICAF). La loi sur les avoirs non réclamés ne devra toutefois s'appliquer qu'aux entités connaissant leurs clients et ayant eu un contact avec ceux-ci, à tout le moins à l'ouverture de la relation, soit:

- Les directions de fonds qui tiennent des comptes de part pour des investisseurs ont un contact direct avec ces derniers et doivent ainsi être assujetties.
- Les sociétés d'investissement à capital fixe ou à capital variable n'ont en revanche en principe aucun contact avec l'investisseur qu'elles ne connaissent pas. Les parts sociales ou actions sont ainsi placées sous la forme d'un dépôt bancaire par l'investisseur. En outre, lorsque ces parts ou actions sont remises physiquement, elles le sont par l'intermédiaire d'une banque. Enfin, les titres incorporant les droits à une part de l'entité juridique concernée sont le plus souvent au porteur, ce qui rend naturellement l'identification du client impossible. Les SICAV et SICAF doivent en revanche être assujetties si elles tiennent elles-mêmes des comptes de parts ou d'actionnaires.

⁶⁷ Loi sur la surveillance des assurances, LSA; RS 961.01

- Les sociétés en commandite de placements collectifs tiennent en principe une liste nominative des commanditaires avec lesquels elles sont en contact; à ce titre, elles tombent dans le champ d'application du projet de loi.

Lettre d

Suivant en cela le mandat donné le 1^{er} juillet 2002 par le DFF, la commission a examiné la proposition formulée par l'ASA de limiter le champ d'application de la loi aux assurances sur la vie à composante de capitalisation ou comprenant la formation d'un capital.

La commission a décidé d'adhérer à cette proposition pour les motifs qui suivent.

La loi a pour but de protéger les valeurs patrimoniales placées sous forme d'épargne ou confiées pour être conservées. Son champ d'application ne s'étend ainsi pas à des créances aux gains de loterie non réclamés ou aux prestations en garantie non réclamées issues d'un contrat de vente. De même, les prestations de polices d'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, comme l'assurance dommage, ne doivent pas tomber pas dans le champ d'application de la loi. En définitive, seules les assurances sur la vie comprenant une part de capitalisation répondent à l'idée d'épargne ou de dépôt qui caractérise les valeurs patrimoniales protégées par la loi. Ce n'est pas le cas des polices d'assurance-vie risque pur, qui ne se différencient des assurances-dommages qu'en ce qui concerne l'objet assuré. Les produits mixtes risque et capitalisation doivent en revanche aussi être inclus dans le champ d'application de la loi. Dans ce cas, les primes versées ne couvrent pas uniquement le risque actuariel d'un décès mais constituent également une épargne confiée à l'institution d'assurance.

Lettre e

La Poste Suisse est un établissement autonome de droit public institué par la LOP. La Poste Suisse, par sa division financière Postfinance, est dépositaire de nombreux comptes (comptes jaunes et comptes de parts de fonds de placement) notamment de personnes physiques et d'associations. La Poste Suisse propose également des fonds de placement en partenariat avec des institutions d'assurance (polices d'assurance sur la vie liée à des fonds de placement) ou bancaires (placements dans des fonds). La présente énumération des prestations de services financiers offerts par La Poste Suisse n'est pas exhaustive; elle n'exclut pas que d'autres produits, caractérisés par l'idée d'épargne ou de dépôt, soient assujettis à la loi.

En acceptant en masse des dépôts du public, la Poste Suisse exerce une activité de type bancaire et détient, au même titre qu'une banque, des avoirs non réclamés. L'assujettissement de la Poste Suisse n'avait pas été prévu dans l'avant-projet de 2000 pour la raison qu'elle n'est pas assujettie à une surveillance prudentielle de type bancaire. La surveillance de la Poste Suisse rendue nécessaire par le projet peut être assurée en utilisant la structure existante de l'organisme d'autorégulation (OAR) de la Poste Suisse (voir commentaire de l'art. 26, let. c).

Le projet ne s'applique en revanche pas aux mandats de paiement en espèces qui n'ont pas pu être acheminés à leur destinataire. L'argent de mandats de paiement n'est en effet pas confié pour une conservation durable; en outre, si cet argent ne peut pas être remis à son destinataire, la Poste Suisse en avise immédiatement son mandant et le lui restitue.

Lettre f

Cette disposition et l'art. 1, al. 3, du projet prévoient l'assujettissement partiel à la loi des gérants de fortune indépendants (gérants indépendants) qui gèrent sur la base d'une procuration les avoirs de leurs clients déposés au nom de ceux-ci auprès d'un autre intermédiaire financier (banque dépositaire ou négociant en valeurs mobilières) au sens de l'art. 2, al. 3, let. e, LBA.

On estime qu'entre 8 % et 10 % des avoirs gérés en Suisse, soit environ 300 milliards de francs, le sont par l'intermédiaire de gérants indépendants dont le nombre se situe entre 2 200 et 2 500. Les gérants indépendants maintiennent avec leurs clients un contact plus étroit et régulier que les banques auprès desquelles les avoirs de ces clients sont déposés. Il peut arriver que les banques dépositaires ne rencontrent jamais certains de leurs clients dont les avoirs sont gérés par des gérants indépendants. À l'inverse, certains gérants indépendants connaissent l'ensemble des relations bancaires de leurs clients en Suisse.

La surveillance des gérants indépendants prévue actuellement par le droit suisse se limite au domaine spécifique de la lutte contre le blanchiment d'argent. La commission Zimmerli examinera toutefois l'éventuelle création d'une surveillance de type prudentiel pour ces intermédiaires⁶⁸.

Les gérants indépendants doivent entrer dans le champ d'application d'une législation sur les avoirs non réclamés au vu de l'importance des avoirs sous leur gestion et, surtout, des contacts étroits et parfois exclusifs qu'ils entretiennent avec leur clientèle.

Un assujettissement intégral des gérants indépendants à la loi sur les avoirs non réclamés ne serait toutefois possible qu'avec la mise sur pied d'un appareil de surveillance ad hoc, ce qui serait une mesure disproportionnée. Les structures existantes dans le domaine spécifique de la lutte contre le blanchiment d'argent ne sont en effet pas adaptées à la problématique posée par les avoirs non réclamés, la pluralité d'OAR ne se conciliant notamment pas avec l'exigence d'une centrale de recherche unique et d'une autoréglementation identique pour chaque branche d'intermédiaires financiers concernée. En outre, la surveillance spécifique en matière de LBA est assurée pour partie indirectement par les OAR et pour partie directement par l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (Autorité de contrôle). La création d'un système de surveillance ad hoc relève enfin du mandat de la commission Zimmerli. Si un tel système devait être créé

⁶⁸ Il n'existe jusqu'à présent aucune définition reconnue du terme de «surveillance prudentielle» ("prudential supervision" en anglais). Ce terme générique englobe l'éventail d'instruments qui, dans un système de surveillance, doit permettre de garantir la solvabilité des institutions surveillées, la protection des investisseurs ainsi que l'intégrité du système financier.

pour les gérants indépendants, ceux-ci devraient alors être intégralement assujettis à la loi sur les avoirs non réclamés qui devrait être amendée.

L'absence d'une surveillance prudentielle rend inapplicables aux gérants indépendants les règles du présent projet relatives à l'autorégulation soumises à l'approbation d'une autorité de surveillance et à la vérification de leur mise en œuvre. Les obligations propres imposées aux dépositaires par le projet permettent toutefois de régler le problème spécifique des avoirs non réclamés sous gestion indépendante. A l'exception des sections 3, 5 et 8, le projet s'applique aux gérants indépendants à moins d'une disposition contraire de la section 6 (voir ci-après la liste détaillée des dispositions applicables dans le commentaire concernant la section 6). Ainsi, le gérant doit entreprendre seul ou en collaboration avec le dépositaire (si celui-ci le veut bien) les recherches prescrites par les art. 8 et 9 dès que le contact est rompu avec le client (art. 21). Dès que ses recherches ont échoué et au plus tard deux ans après la perte de contact, l'art. 22, al. 1, let. c, du projet fait devoir, sanctionné pénalement (art. 36), au gérant indépendant d'informer le dépositaire que les avoirs sont des avoirs non réclamés. Le dépositaire peut alors renoncer à procéder lui-même à des recherches selon les art. 8 et 9 et choisir de prendre directement les mesures prévues à l'art. 10, al. 1 (art. 22, al. 2). Le dépositaire devra ainsi notamment annoncer les avoirs à sa centrale de recherche, ce que le gérant indépendant ne peut pas faire puisqu'il ne lui est pas affilié. Le dépositaire, qui peut directement exécuter des transactions sur les avoirs concernés au contraire du gérant indépendant, se chargera également de la réalisation des avoirs non réclamés et de la remise de leur produit net à la Confédération après prélèvement des coûts non couverts au sens de l'art. 19, al. 1 et 2 du projet. Le gérant indépendant n'est pas libéré des autres obligations de la section 2 du projet et doit notamment prendre les mesures prévues à l'art. 10, let. a, b, c et e (art. 22, al. 1, let. a, sanctionné pénalement à l'art. 36) et gérer les avoirs dans l'intérêt présumable des ayants droit (art. 12, al. 1, première phrase en relation avec l'art. 22, al. 1, let. b). Le gérant indépendant doit également prendre les mesures préventives de l'art. 5 du projet. Enfin, le gérant indépendant et le dépositaire doivent s'informer réciproquement du rétablissement du contact et lorsqu'un ayant droit présumé fait valoir des prétentions sur des avoirs non réclamés (art. 22, al. 3).

Alinéa 2

Vu la législation spéciale en matière de prévoyance professionnelle (voir ch. 1.2.5), les polices d'assurance-vie entrant dans le champ d'application de la LPP ainsi que les autres formes admises de maintien de prévoyance au sens de la LFLP (compte de libre passage) ne seront pas soumises au projet de loi fédérale sur les avoirs non réclamés (voir art. 1, al. 2, du projet). En revanche, la prévoyance individuelle liée (pilier 3a) ainsi que la prévoyance individuelle libre (pilier 3b) sont assujetties à la loi sur les avoirs non réclamés.

Alinéa 4

Outre les dépositaires professionnels d'avoirs de tiers au sens de l'al. 1^{er}, il peut arriver que d'autres personnes physiques ou morales établies en Suisse détiennent des avoirs

confiés par des tiers avec lesquels elles ont perdu le contact. Pour être compris dans le champ d'application du projet de loi, ces détenteurs d'avoirs de tiers doivent être établis en Suisse, c'est-à-dire y avoir leur domicile professionnel (avocats ou notaires notamment) pour les personnes physiques ou alors y avoir leur siège, une succursale ou une agence pour les personnes morales. La section 7 de la loi a pour but de leur permettre, sous certaines conditions, de se libérer de leurs obligations en remettant les avoirs concernés à un intermédiaire financier au sens de l'al. 1^{er}, let. a à e, avec l'accord de ce dernier.

Article 2 Avoir non réclamé

Cet article définit à quelles conditions des valeurs patrimoniales doivent être considérées comme étant des «avoirs non réclamés» au sens du projet⁶⁹. Des valeurs patrimoniales sont réputées non réclamées au plus tard deux ans après la perte de contact.

Tous les biens relevant de la notion de patrimoine et confiés en dépôt ou en gestion à un intermédiaire financier assujéti à la loi sont en principe des valeurs patrimoniales au sens de l'art. 2. C'est notamment le cas des espèces, des métaux précieux, des titres, des créances détenues fiduciairement, des bijoux et des œuvres d'art. Il n'est pas déterminant que le client ait envers l'intermédiaire financier une créance personnelle (obligation) en restitution (compte bancaire ou prestation d'assurance-vie par exemple) ou un droit (réel) de propriété permettant de revendiquer le bien à l'égard de quiconque (contrat de coffre-fort par exemple). En outre, une valeur patrimoniale au sens du projet ne doit pas nécessairement avoir de valeur marchande: tel est le cas par exemple des lettres de correspondance, d'une urne funéraire ou de photographies conservées dans un safe qui n'ont qu'une valeur idéale.

⁶⁹ Dans sa version française, le projet traduit le mot «Vermögenswert» par «valeur patrimoniale» ou, pour des raisons de simplification, «avoir», qui est également utilisé dans les directives 1995 et 2000 de l'ASB. Le terme «fond» n'a pas été retenu car il paraît limiter le champ d'application matériel aux sommes d'argent. A noter qu'il existe différents termes en français, en allemand et en anglais pour qualifier l'état des avoirs objets de la loi. Ainsi, l'expression «dormant account» est traduite par «nachrichtenlose Vermögenswerte» en allemand et par «comptes dormants» en français dans le rapport de l'ICEP. Si l'expression utilisée reste celle de «nachrichtenlose Vermögenswerte» dans le rapport final de la CIE, l'avant-projet de 2000 et les directives 1995 et 2000 de la CFB, elle est traduite soit par «fonds en déshérence», soit par «avoirs sans nouvelles» en français. En définitive, l'expression «nachrichtenlose Vermögenswerte» semble s'être imposée en allemand et doit être conservée. Quant à l'expression française, qui ne s'est jamais imposée, on ne saurait parler ni d'«avoirs sans nouvelles», puisque c'est l'intermédiaire financier et non les avoirs qu'il détient qui sont «sans nouvelles» de l'ayant droit, ni d'avoirs «en déshérence», qui ne porte que sur des choses pour lesquelles il n'y a plus d'héritiers pour recueillir une succession, ni non plus de «comptes dormants», tournure trop figurée et imprécise. L'expression «avoirs non réclamés» traduit au mieux que les valeurs patrimoniales confiées à un intermédiaire financier n'ont pas été revendiquées par leur ayant droit et doit être retenue. Cette expression rejoint le tour anglais «unclaimed properties». Le fait que des ayants droit puissent «réclamer» les avoirs objets de la loi ne signifie naturellement pas que les banques doivent les restituer immédiatement sans que le bien-fondé des droits invoqués ne soit examiné. C'est pourquoi la commission d'experts a retenu les termes d'«avoirs non réclamés» proposés par Colette Lassère dans sa thèse Les avoirs bancaires non réclamés, Etudes suisses de droit bancaire, volume 69, Schulthess 2003.

Article 3 Autres définitions

Lettre b

La notion de bénéficiaire concerne surtout la branche de l'assurance. Certains comptes d'épargne bancaires peuvent toutefois prévoir un bénéficiaire par le biais d'une stipulation pour autrui parfaite (art. 112, al. 2, CO). Le bénéficiaire ne doit cependant pas être confondu avec la notion d'ayant droit économique au sens de la LBA ou de la Convention de l'ASB relative à l'obligation de diligence des banques. Le bénéficiaire peut faire valoir une créance contre le dépositaire alors que l'ayant droit économique n'en a en principe pas la possibilité. Le bénéficiaire est une notion de droit civil; l'ayant droit économique relève du droit administratif et pénal de la lutte contre le blanchiment d'argent.

L'identité du bénéficiaire peut avoir été indiquée à l'intermédiaire financier au moment de la conclusion du contrat. L'intermédiaire financier peut également n'apprendre l'existence d'un bénéficiaire et son identité qu'ultérieurement. En matière d'assurance-vie, l'institution d'assurance ne peut avoir la certitude de l'identité du bénéficiaire ou de l'ayant droit qu'à la réalisation de l'événement assuré ou au terme du contrat: les indications volontaires que le client aurait pu faire antérieurement ne permettent pas d'exclure un acte juridique ultérieur non communiqué à l'institution d'assurance et désignant un nouveau bénéficiaire (voir également commentaire ad art. 7 ci-dessous).

Lettre d

La notion d'ayant droit (Rechtsinhaber) regroupe l'ensemble des personnes pouvant faire valoir des prétentions. Au sens de cette définition, le successeur peut tenir ses droits tant des règles successorales que du droit des obligations (cession d'une créance, cession d'une entreprise ou fusion). L'ayant droit au sens de ce projet ne saurait être confondu avec la notion d'ayant droit économique de la LBA pour les raisons indiquées ci-dessus en rapport avec la let. b.

Article 4 Application dans l'espace

En principe, la loi s'applique lorsqu'un intermédiaire financier au sens de l'art. 1, al. 1, let. a à e, avec lequel le client a conclu un contrat portant sur ses avoirs est établi en Suisse, indépendamment du lieu de conservation des avoirs, du droit applicable selon les règles du droit international privé ou du droit choisi par les parties. Les valeurs déposées ou gérées en Suisse dans le cadre de contrats conclus avec la succursale ou la filiale à l'étranger d'un intermédiaire financier suisse sont ainsi exclues du champ d'application de la loi.

S'agissant des intermédiaires financiers au sens de l'art. 1, al. 1, let. f (gérants indépendants), la loi ne s'applique que lorsque les avoirs font l'objet d'un contrat avec un intermédiaire financier au sens de l'art. 1, al. 1, let. a à e. Ainsi, par exemple, les avoirs déposés auprès d'un intermédiaire financier étranger qui sont gérés, sur la base d'une procuration, par un gérant indépendant établi en Suisse ne tombent pas dans le champ d'application de la loi. La solution contraire entraînerait un conflit positif de compétences entre la loi

étrangère de la banque dépositaire et la loi suisse. Les gérants indépendants établis en Suisse sont donc assujettis à la loi pour tous les avoirs déposés auprès d'une banque suisse ou d'un négociant en valeurs mobilières suisse.

Le critère de rattachement du lieu de situation de l'intermédiaire financier avec lequel le client traite ne se recoupe pas entièrement avec celui de la compétence de l'autorité de surveillance. En effet, en vertu du principe de la surveillance consolidée, les succursales à l'étranger de banques ou d'assurances suisses sont à la fois assujetties à la surveillance des autorités administratives nationales («home regulator») et du lieu de l'établissement à l'étranger («host country regulator»). Cette superposition de compétences est incompatible avec le but du présent projet, qui exige qu'une seule loi nationale règle le sort des avoirs non réclamés. Il n'est pas exclu que, dans des situations exceptionnelles, une loi étrangère sur les avoirs non réclamés prétende s'appliquer à des avoirs soumis à la présente loi. De tels conflits de compétence (effets extraterritoriaux) ne peuvent jamais être complètement exclus d'avance. Ils doivent être résolus conformément aux principes généraux applicables en la matière.

Article 5 Mesures préventives

Alinéa 1

Les mesures préventives doivent d'abord permettre de diminuer le nombre de cas dans lesquels le contact entre l'intermédiaire financier et son client est perdu. Il s'agira notamment d'informer la clientèle de la nécessité de communiquer un changement d'adresse ou d'état civil, de donner des instructions claires en cas d'absence prolongée, de désigner un fondé de procuration ou d'informer une personne de confiance sur ses relations d'affaires. De plus, l'intermédiaire financier devra, dans une mesure raisonnable, entretenir un contact régulier avec son client. Enfin, l'intermédiaire financier examinera la palette de ses produits sous l'angle du risque de perte de contact. Des frais de clôture de compte élevés peuvent notamment inciter un client à maintenir un montant minime sur un compte qu'il ne souhaite plus utiliser. Il appartiendra à l'autoréglementation de préciser et de circonscrire ces mesures préventives; les directives 2000 de l'ASB sont l'exemple d'une telle réglementation.

Alinéa 2

L'al. 2 précise l'al. 1^{er}, let. b. Cette disposition va au-delà des règles sur la comptabilité commerciale (art. 962 CO et l'ordonnance du 24 avril 2002 concernant la tenue et la conservation des livres de comptes⁷⁰). Le CO ne prescrit que la conservation des livres, des pièces comptables et de la correspondance et ce pendant un délai limité à dix ans à compter de la fin de l'exercice annuel au cours duquel les dernières inscriptions ont été faites, les pièces comptables établies et la correspondance reçue ou expédiée. Afin de faciliter la recherche par les ayants droit de leurs avoirs, le projet de loi prévoit que les contrats, les documents d'identification et les procurations doivent aussi être conservés.

⁷⁰ Ordonnance concernant la tenue et la conservation des livres de compte, Olico; RS 221.431

Ces documents sont indispensables pour examiner la légitimation d'un requérant dans le cadre de la procédure de recherche de l'art. 16 du projet. De plus, pour des raisons de preuve, la conservation des documents doit se faire jusqu'à l'extinction de tous droits sur les avoirs et leur dévolution à l'Etat, 30 ans après la perte de contact (art. 19, al. 4, du projet). Enfin, la conservation des documents permet de répondre à d'éventuelles allégations de destruction systématique de documents par des intermédiaires financiers établis en Suisse qui pourraient à nouveau être formulées, comme cela a été le cas lors de la crise des avoirs en déshérence.

Alinéa 3

Cette disposition s'inspire de la teneur de l'art. 957 CO, qui ne s'applique toutefois ni aux contrats ou procurations, ni aux documents relatifs à l'identification du client et du bénéficiaire. L'autoréglementation pourra s'inspirer de l'ordonnance concernant la tenue et la conservation des livres de compte pour régler les détails si cela paraît nécessaire.

Article 6 Perte de contact

Cette disposition s'applique à tous les intermédiaires financiers assujettis à l'exception des institutions d'assurance, pour lesquelles une disposition spéciale est prévue (art. 7).

A partir de la perte de contact, l'intermédiaire financier doit entreprendre les recherches prescrites aux art. 8 et 9 dont l'échec a pour effet de transformer les avoirs en sa possession en avoirs non réclamés (art. 2). Le délai de deux ans au cours duquel les mesures de l'art. 10 doivent être prises commence à courir à partir de la perte de contact (art. 10, al. 1). Cette date est aussi le point de départ du délai trentenaire de l'art. 19 au terme duquel l'intermédiaire financier doit remettre le produit de la liquidation des avoirs non réclamés à la Confédération. A noter que dans un cas où l'art. 6, al. 1, let. b s'applique, la durée de la perte de contact effective entre l'intermédiaire financier et son client jusqu'au transfert du produit de la liquidation selon l'art. 19 est de trente-cinq ans. Dans les rapports d'assurance (voir art. 7, al. 3, ci-dessous), la durée de la perte de contact effective peut être encore plus longue.

Alinéa 1

Lettre a

La communication concernée doit avoir un rapport direct avec des valeurs patrimoniales du client détenues par l'intermédiaire financier, ce qui exclut en particulier les envois à caractère exclusivement publicitaire. Si une communication relative aux avoirs sur un compte déterminé d'un client est retournée à l'intermédiaire financier, le contact est réputé perdu avec le client et cela aussi pour d'éventuels autres comptes que celui-ci pourrait avoir ouvert auprès de cet intermédiaire financier.

Lettre b

Le contact est également réputé perdu lorsque le client ne donne plus de nouvelles à l'intermédiaire financier pendant cinq ans. En vertu de cette disposition, l'absence de nouvelles est réputée perte de contact alors même que des communications régulièrement adressées par la poste n'ont pas été retournées à l'intermédiaire financier; il se peut en effet que ces communications n'atteignent plus le client (par exemple suite à une interception par un tiers ou en raison des règles postales applicables dans le pays de réception).

La convention de "banque restante" par laquelle le client charge la banque de tenir à sa disposition le courrier qu'elle lui aurait autrement adressé par la poste ne libère pas la banque de prendre des mesures préventives pour éviter la perte de contact (art. 5). Si ces mesures échouent et si la banque reste sans nouvelle de son client pendant cinq ans, il y a perte de contact au sens de l'art. 6 al. 1 let. b.

Cette disposition s'applique aussi lorsque le client, en plus d'une convention de "banque restante", a interdit à la banque de prendre contact avec lui. La portée d'une telle renonciation est limitée à 10 ans (voir art. 9, renonciation aux recherches). Cette solution diffère de celle retenue par les directives 2000 de l'ASB (voir ch. 1.2.2.5).

Alinéa 2

Un accusé de réception d'un envoi recommandé, un message électronique qui émane effectivement d'une adresse électronique précédemment utilisée par le client, la quittance de retrait, un ordre de virement ou une opération de retrait par carte bancaire utilisant un code d'identification choisi par le client ou communiqué au client constituent notamment des communications permettant de conclure que le contact n'est pas rompu.

Article 7 Perte de contact dans les rapports d'assurance

Cette disposition fait la distinction entre la durée de la police d'assurance et la période qui commence à l'expiration de la police ou à la survenance de l'événement assuré. Pendant la durée du contrat, le contact ne doit être maintenu que dans la mesure prévue par les al. 1 et 2. A l'expiration du contrat ou à la survenance de l'événement assuré, l'assurance doit entreprendre les recherches appropriées de l'art. 8 pour identifier le bénéficiaire ou l'ayant droit à la prestation d'assurance.

Alinéa 1

Dans le domaine des assurances sur la vie mixte, la perte de contact avec le client co-contractant n'a pas les mêmes conséquences que dans les autres domaines couverts par la loi. La personne physique ou morale pouvant prétendre à des droits sur une prestation d'assurance-vie à la survenance du sinistre ou à l'échéance de la police n'est en effet souvent ni le preneur d'assurance (soit la personne qui conclut le contrat d'assurance et s'engage en principe à payer les primes), ni le payeur de la prime (si celui-ci est une autre personne que le preneur d'assurance), ni encore l'assuré lui-même (la personne sur la

tête de laquelle le contrat d'assurance-vie a été conclu). L'identité du bénéficiaire ou de l'ayant droit à la prestation ne peut en règle générale être connue avec certitude qu'à la survenance de l'événement assuré ou à l'expiration de la police.

Le maintien du contact pendant la durée du contrat d'assurance, avant la réalisation de l'événement assuré ou l'expiration de la police, avec les personnes que l'assureur sait être impliquées dans la relation d'assurance-vie (payeur de la prime, preneur d'assurance ou assuré) pourrait certes parfois faciliter les recherches subséquentes du bénéficiaire ou de l'ayant droit. Il serait cependant disproportionné d'exiger des institutions d'assurance qu'elles doivent maintenir ces contacts pendant la durée de la police au-delà de ce qui est nécessaire à l'exécution du contrat, soit notamment à l'encaissement des primes ou à l'envoi d'attestations devant être jointes à la déclaration d'impôt.

Alinéa 2

Pour les raisons indiquées dans le commentaire de l'al. 1^{er}, une communication retournée sans avoir atteint le client pendant la durée de la police d'assurance ne doit pas contraindre l'institution d'assurance à effectuer des recherches au-delà de ce qui est nécessaire à l'exécution du contrat. Les mesures appropriées prévues à l'al. 2 se distinguent de celles prévues par l'al. 3 et par l'art. 8 par leur intensité (manière et étendue) et leur but. En cas d'échec des mesures appropriées durant la durée de la police d'assurance, l'art. 10 n'est en outre pas applicable et les avoirs concernés ne doivent pas être qualifiés d'avoirs non réclamés au sens de la loi. La police est libérée du paiement des primes et le capital constitué ne croît plus.

Alinéa 3

Lorsque l'événement assuré s'est réalisé ou à l'expiration de la police d'assurance-vie, le capital constitué de l'assurance-vie est exigible et l'institution d'assurance doit chercher à identifier le bénéficiaire ou l'ayant droit à la prestation d'assurance qui ne lui est pas forcément encore connu. L'institution d'assurance doit entreprendre les recherches appropriées prescrites par l'art. 8 si elle ne parvient pas à identifier le bénéficiaire ou l'ayant droit et à prendre contact avec lui. Le client ne peut pas renoncer à de telles recherches (art. 9, al. 1). La loi présume irréfragablement que, dès l'expiration de la police, l'intérêt du client au rétablissement du contact l'emporte sur une éventuelle renonciation à des recherches. Cela se justifie d'autant plus que le bénéficiaire de la police n'est pas nécessairement le preneur d'assurance. En cas de péril pour l'existence de l'ayant droit ou de risque de confiscation, une renonciation aux recherches peut être prise en considération dans le cadre de l'intérêt présumable de l'ayant droit (art. 8 al. 1).

Lorsque les recherches ont échoué, la prestation d'assurance doit être traitée comme un avoir non réclamé (art. 10 et 11) et marquée comme tels, ce qui entraîne aussi l'obligation de verser un intérêt conformément à l'art. 12, al. 2.

Article 8 Recherches par l'intermédiaire financier

Alinéa 1

Les avoirs non réclamés ne doivent pas être réduits à néant par des recherches excessives. Cela découle du principe de proportionnalité précisé à l'al. 1. L'autoréglementation peut par exemple fixer les seuils en dessous desquels l'intermédiaire financier peut renoncer à toute recherche ou se limiter à des recherches sommaires peu coûteuses.

Dans ses recherches, l'intermédiaire financier tiendra compte des intérêts présumables du client ou de ses ayants droit. Certains clients peuvent être exposés à un risque de confiscation par leur Etat de domicile, ce qui influe fortement sur les recherches pouvant être entreprises par la banque. L'art. 9 permet même aux clients de renoncer à toute recherche sous certaines conditions. Le fait que des recherches ne sont pas entreprises en raison de l'intérêt présumable du client ne dispense pas l'intermédiaire de prendre les mesures prescrites à l'art. 10, mesures qui garantissent la conservation des avoirs non réclamés et facilitent leur recherche par les ayants droit.

Alinéa 2

Le client avec lequel l'intermédiaire financier n'a plus contact doit supporter les coûts des recherches visant à rétablir ce contact, dès lors que les recherches sont effectuées dans son intérêt. Les recherches doivent toutefois être conformes à l'alinéa précédent (proportionnalité).

Article 9 Renonciation aux recherches

L'art. 9 concrétise l'art. 8, al. 1, deuxième phrase qui commande à l'intermédiaire financier de tenir compte des intérêts présumables des ayants droit. Cette disposition ne s'applique pas dans les rapports d'assurance, l'institution d'assurance ayant toujours l'obligation d'entreprendre des recherches conformes à l'art. 8 lorsqu'elle apprend que l'événement assuré s'est réalisé ou lorsque la police expire et qu'il est impossible d'identifier ou de contacter l'ayant droit.

Alinéas 1 et 2

L'instruction spéciale est une expression unilatérale de la volonté du client, soumise à réception, dont la validité ne dépend d'aucune acceptation par l'intermédiaire financier auquel elle s'adresse. Elle peut donc être révoquée en tout temps par la seule volonté du client. L'instruction n'est valable que si le client a été informé des risques inhérents à une telle renonciation. Le client ne garde en effet souvent pas à l'esprit que la maladie ou un grave accident pourrait soudainement lui ôter la capacité de s'adresser à l'intermédiaire financier auquel ses avoirs sont confiés ou d'informer ses proches de leur existence. La convention de «banque restante» ne vaut pas à elle toute seule renonciation aux recherches.

Alinéa 3

La possibilité de renoncer aux recherches est limitée à une période de dix ans. Cette durée commence au jour de la déclaration. La loi comporte ici une présomption irréfragable que la renonciation ne correspond plus à l'intérêt du client après dix ans. La chance que le contact soit rétabli diminue avec l'écoulement du temps. Lorsque le contact a été perdu, les recherches doivent commencer dix ans après la date de la renonciation. Dans des circonstances exceptionnelles, l'intermédiaire financier peut cependant y renoncer lorsqu'elles ne répondent pas aux intérêts présumables des ayants droits (art. 8 al. 1), par exemple lorsque ceux-ci sont menacés dans leur vie ou qu'ils risquent la confiscation. L'intermédiaire financier doit prendre les mesures prescrites à l'art. 10 aussitôt que les recherches ont été infructueuses, et en tous les cas deux ans après le moment où la renonciation du client a cessé de déployer ses effets.

Au sens de l'art. 6, al. 1, let. b, le contact est réputé perdu en cas d'absence de nouvelle depuis 5 ans. Dans un tel cas, il est possible de supposer qu'il faille entreprendre des recherches, ceci dans l'intérêt présumable du client, même si ce dernier y avait préalablement renoncé selon l'al. 1. Ces présomptions sont toutefois réfragables. Ainsi, l'intermédiaire financier depuis 5 ans sans nouvelle de son client peut savoir par d'autres sources que celui-ci a toujours un intérêt à ce qu'aucunes recherches ne soient entreprises. Ce serait notamment le cas si le client réside dans un pays totalitaire de sorte que l'intermédiaire financier ne peut entrer en contact avec lui sans le compromettre gravement. Dans cette hypothèse, l'intermédiaire financier n'en prend pas moins les mesures prévues à l'art. 10.

Article 10 Devoirs de l'intermédiaire financier en cas de recherches infructueuses

Les mesures prescrites par l'art. 10 visent à assurer la conservation des avoirs non réclamés dans l'intérêt des ayants droit et à faciliter leur recherche par ces derniers. Elles doivent être prises au plus tard dans un délai de deux ans depuis la perte de contact ou l'expiration de la déclaration de renonciation du client (art. 9, al. 3), soit que les recherches aient été infructueuses, soit encore qu'elles n'aient pas eu lieu en raison de la faible valeur des avoirs (art. 8, al. 1, 1^{ère} phrase) ou de l'intérêt présumable du client à renoncer à de telles recherches (art. 8, al. 1, 2^{ème} phrase et art. 9).

Alinéa 1

Seules les let. a, b, c et e s'appliquent aux gérants indépendants (art. 22, al. 1, let. a).

Lettre a

Cette mesure permet notamment de mieux suivre l'évolution des opérations effectuées ou des frais prélevés sur un compte et contribue à assurer une protection contre une mainmise illégitime (let. c ci-dessous). La désignation des avoirs non réclamés facilite en outre le traitement ultérieur des avoirs jusqu'à leur dévolution à la Confédération (art. 19). Enfin, la date à laquelle l'intermédiaire financier a désigné des avoirs ne devant pas être annon-

cés (let. d ci-dessous) comme étant non réclamés dans ses livres détermine la date à partir de laquelle ces avoirs sont soustraits aux règles ordinaires sur la prescription (art. 13, al. 2).

Lettre b

La date à laquelle le contact avec le client est réputé perdu se détermine par l'art. 6, à l'exception des institutions d'assurance, pour lesquelles cette date est toujours celle de l'expiration de la police ou de la survenance de l'événement assuré (art. 7, al. 3).

Les informations sur le type de perte de contact (retour de courrier, absence de nouvelles depuis cinq ans, survenance de l'événement assuré ou expiration de la police pour les institutions d'assurance) et sur les mesures de recherche entreprises sont nécessaires à la preuve que l'intermédiaire financier a respecté ses obligations légales (art. 5, al. 1, let. c), ce qu'il appartient aux autorités de surveillance de vérifier (art. 28).

Lettre d et alinéa 2

L'annonce, dont le contenu est réglé à l'art. 11, doit s'effectuer sans délai.

Les avoirs inférieurs à 100 francs n'ont pas à être annoncés, dès lors qu'ils ne permettraient probablement pas de couvrir les émoluments que la centrale de recherche est en droit de prélever. L'audition de praticiens fait en outre craindre que l'annonce en masse d'avoirs modestes augmenterait le risque de résultats de recherche erronés. A cela s'ajoute le risque d'une charge administrative disproportionnée de la centrale de recherche. L'autoréglementation pourra toutefois prévoir que tous les avoirs devront être annoncés, indépendamment de leur valeur (al. 2).

L'autoréglementation pourra prévoir une gestion collective des montants modestes, cette solution pouvant être plus avantageuse économiquement pour la branche concernée (art. 27, al. 1, let. e).

Quelle que soit leur valeur, le produit net de tous les avoirs non réclamés devra être remis à la Confédération après l'écoulement d'un délai de trente ans à compter de la perte de contact (art. 19).

Lettre e

L'obligation de conserver les documents cités va au-delà du droit de la comptabilité commerciale tant quant à son objet qu'à sa durée (voir art. 5, al. 2). Ainsi, s'il ne parvient pas à contacter le client ou l'ayant droit, l'intermédiaire financier devra conserver ces documents pendant une durée de trente ans à compter de la perte de contact (art. 13 et 19). Outre les documents dont il devait déjà assurer la conservation avant que les avoirs ne soient qualifiés d'avoirs non réclamés (art. 5, al. 2), l'intermédiaire financier est ici tenu de conserver les relevés des avoirs et les extraits de compte. Ces documents permettent au client ou à l'ayant droit de retracer l'évolution de ses avoirs. Ils offrent à l'intermédiaire financier la preuve du montant des avoirs dont on réclame la restitution et lui permettent de justifier les

frais prélevés. Enfin, dans l'hypothèse d'une gestion collective des avoirs non réclamés (art. 27, al. 1, let. e), l'intermédiaire financier conservera la quittance de virement sur le compte collectif.

Article 11 Annonces à la centrale de recherche

Alinéa 1, lettre a

Une partie de cette information peut parfois ne pas être en possession de l'intermédiaire financier (par exemple dans le cas de carnets d'épargne au porteur ou d'assurances-vie dont l'assureur n'est pas parvenu à déterminer le bénéficiaire).

Alinéa 2

L'annonce à la centrale qui doit être faite par l'intermédiaire se limite à une information indiquant que le client, le bénéficiaire ou l'ayant droit des avoirs a été retrouvé. Dans un tel cas, les avoirs ne sont plus soustraits aux règles ordinaires sur la prescription (art. 13) et l'intermédiaire peut traiter le dossier en appliquant les règles ordinaires du droit privé.

Article 12 Gestion des avoirs non réclamés

Alinéa 1

L'autoréglementation concrétisera dans les détails ce principe afin d'assurer une pratique uniforme dans chaque branche. On pourra ici s'inspirer des directives 2000 de l'ASB. Les chiffres marginaux 18 et suivants des directives 2000 de l'ASB retiennent ainsi les principes suivants lorsque la banque est sans nouvelles d'un client:

- maintien des avoirs d'épargne en l'état et leur rémunération au taux d'intérêt actuel pratiqué par la banque;
- placement des comptes courants et avoirs analogues dans le but de produire un revenu, par exemple sous la forme de fonds d'épargne, d'obligations ou dans un fonds de placement au profil de risque conservateur;
- poursuite de l'administration de dépôts de titres en réinvestissant leurs revenus dans des valeurs analogues ou appropriées, la situation devant être reconsidérée au moment d'un réinvestissement, à moins que la banque n'estime plus appropriée une autre forme de placement;
- poursuite des mandats de gestion de fortune sans changement ; si cependant les objectifs de placement fixés par le client ou ses instructions ne correspondent plus, de façon évidente, à ses intérêts, l'intermédiaire financier peut modifier la politique d'investissement en conséquence;
- possibilité d'ouvrir les compartiments de coffre-fort, en particulier lorsque le loyer n'est plus couvert, dans le respect des directives internes de la banque. Le contenu des compartiments de coffre-fort peut être conservé de manière centralisée. Si le compartiment contient des avoirs gérables en banque et que des mesures administratives ou

un placement paraissent requis dans l'intérêt du client, la banque prend les dispositions nécessaires. S'agissant des autres avoirs, la banque se limite à en assurer la conservation.

Alinéa 2

L'institution d'assurance verse sur les avoirs non réclamés un intérêt au taux garanti pour les nouvelles polices. L'intérêt versé est adapté en fonction des fluctuations du taux garanti pour les nouvelles polices.

Article 13 Prescription

Cette disposition est une partie nécessaire de toute législation accordant une protection particulière à des avoirs dont les ayants droit ne se sont plus manifestés et ayant pour but de tenir ces avoirs à la disposition des ayants droit. Dès que l'on se trouve dans une situation de perte de contact au sens des art. 6 et 7, l'écoulement du temps ne doit plus permettre aux débiteurs de refuser leur prestation, sans quoi la loi deviendrait sans effet.

Il s'impose de soustraire les avoirs non réclamés aux règles ordinaires sur la prescription avant tout dans le domaine des assurances sur la vie où les droits sur les indemnités se prescrivent dans un délai bref de deux ans à compter de l'exigibilité de la prestation d'assurance (art. 46 LCA). L'art. 13 ne se limite pas à suspendre la prescription (voir art. 134 CO); il soustrait les avoirs non réclamés aux règles ordinaires sur la prescription. En particulier, la négligence d'un collaborateur de l'intermédiaire financier ou une surcharge temporaire peut exceptionnellement faire qu'un avoir soit annoncé à la centrale un peu plus de deux ans après la perte de contact (art. 10, phrase introductive). S'il s'agissait d'une prestation d'assurance-vie, ce retard provoquerait la prescription des droits du bénéficiaire avant même toute annonce à la centrale. C'est pour éviter cet effet indésirable que le projet soustrait complètement des situations semblables aux règles sur la prescription.

L'art. 13 ne se limite pas aux prestations d'assurance. Malgré la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'imprescriptibilité de fait des dépôts (voir ch. 4)⁷¹, qui s'applique à de nombreux rapports bancaires, les valeurs patrimoniales visées par cette loi peuvent ressortir à un autre contrat (placement à terme, contrat de placement collectif, etc.) et se prescrire selon les règles ordinaires.

Il importe de relever qu'un intermédiaire financier qui s'abstiendrait délibérément d'annoncer un avoir non réclamé conformément à l'art 10 pour éviter l'application de l'art. 13, al. 1, commettrait un abus de droit au sens de l'art. 2, al. 2, du CC et ne saurait ainsi se prévaloir de prescription pour se soustraire à ses obligations.

La durée maximale de la «soustraction» aux règles ordinaires de la prescription est de trente ans depuis la perte de contact. En effet, si, malgré l'annonce à la centrale de recherche effectuée conformément à l'art. 10, al. 1, let. d et à l'art. 11, le contact n'a pas pu être rétabli après l'échéance d'un délai de trente ans, l'intermédiaire doit remettre à la Confédération le produit net de la liquidation des avoirs non réclamés (art. 19) et ce trans-

⁷¹ ATF 91 II 442, JdT 1966 I 338

fert entraîne l'extinction définitive des droits du client et de tous les ayants droit sur les avoirs en question.

Alinéa 3

Les al. 1 et 2 soustraient les avoirs non réclamés aux règles ordinaires sur la prescription. Le délai de prescription ne doit pas reprendre son cours lorsque le contact avec le client est rétabli comme cela serait le cas dans une suspension au sens de l'art. 134 CO. Il peut en effet arriver que l'intermédiaire financier, par un retard excusable ou non, laisse s'écouler un certain temps, parfois jusqu'à ce que la prescription soit acquise, avant d'annoncer des avoirs à la centrale (al. 1) ou de les désigner dans son système informatique (al. 2). Ainsi, si le délai de prescription n'était que suspendu, les ayants droit risqueraient de ne bénéficier que d'un délai extrêmement bref pour faire valoir leur créance, voire même d'être forclos, lorsque le contact est rétabli. C'est pourquoi l'al. 3 prévoit que la reprise du contact fait courir un nouveau délai. En outre, la solution proposée à l'al. 3 a les mêmes effets que celle existant actuellement en matière bancaire où les rapports ne peuvent pas être résiliés et la prescription ne peut pas commencer à courir (suspension de fait) lorsque le contact est rompu entre la banque et son client (ATF 91 II 442ss; voir ch. 4). Lorsque le contact est rétabli, la remise d'un extrait de compte ou d'un inventaire des avoirs constitue une reconnaissance de dette qui interrompt la prescription et fait donc partir un délai ordinaire de prescription (art. 135, ch. 1, et 137, al. 1, CO). Cela est également valable dans le contexte d'une résiliation.

Article 14 Centrales de recherche

Alinéa 1

Les centrales ont pour fonction de recevoir les annonces des intermédiaires financiers et de recevoir les demandes de ceux qui prétendent avoir des droits.

Les auditions des intermédiaires financiers consultés ont révélé qu'il n'était pas souhaitable d'imposer à tous les intermédiaires financiers assujettis à cette loi de créer ou de s'affilier à une seule centrale. Une telle obligation n'existe donc que pour chacune des catégories d'intermédiaires financiers au sens de l'art. 1, al. 1, let. a-e. Il est cependant vraisemblable que certaines catégories verront leur intérêt à utiliser les services d'une centrale commune de sorte que l'on peut espérer que moins de cinq centrales seront créées. Afin de remédier partiellement aux inconvénients qui résultent pour les ayants droit de cette multiplicité, l'al. 4 statue une obligation de coopération.

Les entreprises d'assurance confient souvent la gestion de tâches communes à des institutions dotées de la personnalité juridique (sous la forme d'une association) ou dépourvues de la personnalité (pools, c'est-à-dire sociétés simples) et chargent un assureur de la gestion opérationnelle. C'est le cas du Pool suisse d'assurances des risques nucléaires, du Pool suisse d'assurances contre les risques d'accidents d'aviation, du Bureau national d'assurance (art. 74 de la loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière⁷²) et

⁷² Loi sur la circulation routière, LCR; RS 741.01

du Fonds national de garantie (art. 76 LCR). Si elles choisissent de créer leur propre centrale de recherche, les institutions d'assurance pourront donner à celle-ci la forme d'une institution avec personnalité juridique et en confier la gestion à un assureur gérant. Dans un tel cas, il faudrait prévoir des règles contractuelles spéciales pour éviter les cas de conflits d'intérêts.

Les centrales peuvent également être chargées de la gestion collective des avoirs non réclamés (art. 27, al. 1, let. e), l'intermédiaire financier restant toutefois le débiteur de l'ayant droit.

Alinéa 3

La loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données⁷³ fixe des conditions au traitement par des personnes privées de données personnelles pouvant porter atteinte à la personnalité des personnes concernées. Une base légale formelle est exigée, en particulier en matière de traitement de données sensibles ou de constitution de profils de la personnalité (art. 17, al. 2, LPD). Cette base légale formelle est notamment nécessaire pour traiter les actes relatifs à une assurance-vie qui contiennent souvent des informations sur l'état de santé de la personne assurée. La formulation de l'al. 3 s'inspire de celle de l'art. 84 de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie⁷⁴. Elle correspond aussi à la pratique du Bureau national d'assurance et du Fonds national de garantie.

Alinéa 4

Les centrales de recherche pourront s'inspirer de la coopération existant actuellement entre l'Office de recherche des banques suisses, la Centrale du 2^e pilier ainsi que la Centrale de compensation. L'Office de recherche des banques suisses renvoie ainsi les requérants à s'adresser à ce deux centrales et leur remet une feuille d'information à ce sujet, à moins que l'existence d'avoirs de prévoyance ne puisse d'emblée être exclue.

Lorsqu'elles coopèrent entre elles, les centrales de recherches doivent respecter le régime de secret professionnel unique prévu à l'art. 33 du projet.

Article 15 Droit aux renseignements

Sur la base des annonces faites par les intermédiaires financiers, les centrales de recherche ont pour tâche de renseigner les ayants droit dûment légitimés sur l'existence d'avoirs susceptibles de leur appartenir et sur l'identité du ou des intermédiaires financiers auprès de qui ceux-ci peuvent faire valoir leurs prétentions. Les modalités du droit aux renseignements tel que réglé aux art. 15 et 16 du projet constitueront une *lex specialis* par rapport aux art. 8 et 9 LPD. Un ayant droit ne saurait donc se prévaloir de la LPD pour se soustraire aux conditions et procédures applicables aux avoirs non réclamés.

⁷³ Loi sur la protection des données, LPD; RS 235.1

⁷⁴ Loi sur l'assurance-maladie, LAMal; RS 832.10

Article 16 Procédure

Pour des raisons tenant à la protection des données personnelles et au secret professionnel des intermédiaires financiers – le secret des banques et des négociants jouissant notamment d'une protection renforcée – la loi établit les conditions auxquelles ces renseignements doivent être donnés et la procédure à suivre. Dans la conception de la procédure, la commission d'experts s'est appuyée sur les expériences faites par l'Ombudsman des banques suisses depuis 2000 ainsi que sur celles faites par le Tribunal arbitral pour les fonds en déshérence en Suisse entre 1997 et 2001.

L'art. 16 reste muet sur la possibilité d'un recours contre une décision de la centrale de recherche concernant l'acceptation ou le refus de renseigner le requérant sur l'identité d'un intermédiaire financier. Les règles ordinaires de la procédure civile sont donc applicables. Celles-ci ne s'opposent pas à une action de l'intermédiaire financier dont la centrale de recherche souhaite révéler le nom, respectivement à une action du requérant qui prétend avoir le droit à obtenir le nom d'un intermédiaire financier. Dans les deux hypothèses, la partie actionnée est la centrale de recherche. Des mesures provisionnelles pourraient également être ordonnées suivant les circonstances.

Alinéa 1

Le requérant qui cherche à localiser des avoirs non réclamés doit établir sa qualité d'ayant droit au sens de l'art. 3, let. d. Par exemple, s'il cherche à retrouver un compte d'épargne dont il serait le client (art. 3, let. a) ou une police d'assurance-vie dont il serait le bénéficiaire (art. 3, let. b), il lui suffit de prouver son identité à l'égard de la centrale de recherche compétente. Le plus souvent, les requérants sont à la recherche d'avoirs non réclamés sur lesquels ils auraient des droits en leur qualité d'héritiers d'une personne identifiée («successeur à titre universel», art. 3, let. d). Le requérant doit alors apporter la preuve – en principe par un certificat d'hérédité ou une autre attestation officielle – qu'il est l'héritier de la personne dont il déduit ses prétentions. Il n'a en revanche pas besoin d'établir qu'il est le seul héritier car, conformément à la jurisprudence constante⁷⁵, tout héritier peut se faire renseigner sur les biens de la succession. L'étendue des droits du requérant n'est pas vérifiée par la centrale, mais par l'intermédiaire financier dépositaire des avoirs non réclamés; le cas échéant, le juge civil examine les prétentions du requérant (al. 4 ci-dessous).

Alinéa 2 et 3

Lorsque la centrale de recherche a vérifié la légitimation du requérant, elle recherche des concordances entre le requérant ou la personne dont il déduit sa prétention et les noms des clients, des bénéficiaires, voire des représentants qui lui ont été communiqués par les intermédiaires financiers. Pour chaque concordance identifiée, la centrale consulte l'intermédiaire financier concerné; dans la mesure où c'est nécessaire, elle se fait communiquer les pièces du dossier indispensables à son examen. L'échange d'informations et de pièces entre la centrale de recherche et l'intermédiaire financier concerné ne pose pas

⁷⁵ ATF 89 II 87 cons. 6

problème puisque la centrale de recherche et son personnel sont tenus par un secret professionnel au moins aussi strict que les intermédiaires financiers qui lui sont affiliés (art. 33).

Si son examen est concluant, la centrale de recherche communique au requérant l'existence d'avoirs non réclamés et l'identité des intermédiaires financiers concernés. Sans cette communication, un requérant n'est pas en mesure de faire valoir ses droits. Pour cette raison, la décision de communiquer ces informations appartient à la centrale de recherche. Le cas échéant, une centrale peut être amenée à communiquer une telle information contre la volonté de l'intermédiaire financier concerné.

Alinéa 4

Cette décision, sans laquelle le requérant ne peut faire valoir ses prétentions contre l'intermédiaire financier concerné, ne signifie cependant pas que ces prétentions sont effectivement fondées ou, si elles le sont, que le requérant a seul droit aux avoirs déposés. Il appartient à l'intermédiaire financier de vérifier l'existence et l'étendue des droits du requérant. En cas de désaccord persistant entre l'ayant droit présumé et l'intermédiaire financier, chaque partie pourra saisir le juge civil compétent. La décision de la centrale de recherche révélant au requérant l'existence d'avoirs non réclamés et l'identité de l'intermédiaire financier ne préjuge pas du sort de la procédure civile entre le requérant et l'intermédiaire financier.

Alinéa 5

La centrale de recherche peut soumettre l'examen de la requête au paiement préalable d'un émolument couvrant les frais de son traitement. Le montant de cet émolument devrait être fixé par voie d'autoréglementation. L'autoréglementation peut également prévoir les cas où la centrale de recherche peut ou doit renoncer au prélèvement d'un émolument.

Article 17 Cessation d'activité d'un intermédiaire financier

Alinéa 1

L'art. 17, al. 1 s'applique dans l'hypothèse d'une cessation volontaire d'activité d'un intermédiaire financier au sens de l'art. 1, al. 1, let. a à e.

Alinéa 2

L'intermédiaire financier qui reprend les avoirs non réclamés d'un autre intermédiaire financier en exécution d'une décision de l'autorité de surveillance a droit à une rémunération équitable. Cette disposition confère à l'autorité de surveillance compétente le droit d'ordonner le transfert des avoirs concernés à un autre intermédiaire financier. Le droit à une rémunération équitable n'est pas énoncé lorsque la reprise des avoirs non réclamés est exécutée sur une base purement contractuelle, c'est-à-dire sans intervention de

l'autorité de surveillance, puisque les deux intermédiaires financiers auront alors librement réglé entre eux les conséquences financières du transfert.

Le 1^{er} juillet 2004, les art. 33 ss LB et 36a LBVM sont entrés en vigueur et règlent désormais la liquidation forcée des banques et des négociants en valeurs mobilières⁷⁶. La CFB est l'autorité qui ordonne la liquidation. Elle prend toutes les dispositions nécessaires à la clôture de la liquidation. Cela comprend les décisions relatives à la transmission des avoirs non réclamés à une autre banque moyennant une rémunération équitable.

Article 18 Cessation d'activité d'une institution d'assurance; transfert de portefeuille

Alinéa 1

Cette disposition se fonde sur l'art. 39 LSA (ou art. 60 P-LSA⁷⁷) qui prescrit l'approbation de l'autorité de surveillance lors d'un transfert volontaire de tout ou partie du portefeuille suisse d'une institution d'assurance à une autre institution d'assurance soumise à surveillance. L'autorité de surveillance doit ainsi notamment s'assurer que les intérêts des assurés, y compris les bénéficiaires dont on a perdu la trace, sont sauvegardés dans leur ensemble (art. 39, al. 3, LSA ou art. 60, al. 1, P-LSA).

Alinéa 2

Cette disposition règle le cas du transfert des avoirs non réclamés suite à une cessation non volontaire d'activité.

La liquidation d'une institution d'assurance sur la vie suit une procédure sui generis. Les détenteurs de polices sont désintéressés par un fonds spécial (fonds de sûreté selon la loi fédérale du 25 juin 1930 sur la garantie des obligations assumées par les sociétés suisses d'assurances sur la vie⁷⁸ ou fortune liée selon l'art. 17 P-LSA⁷⁹) avant que la procédure de liquidation forcée n'ait débuté. Les détenteurs de polices sont ainsi désintéressés avant même les créanciers privilégiés de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite⁸⁰ et leurs créances n'entrent pas dans la masse en faillite. A l'ouverture de la faillite, il ne reste donc plus dans le portefeuille de l'institution d'assurance liquidée que les prétentions non réclamées issues de polices d'assurance sur la vie.

Alinéa 3

Voir le commentaire de l'art. 17, al. 2, à propos de la rémunération équitable revenant à l'institution reprenante désignée par l'autorité de surveillance.

⁷⁶ FF 2002 7535 ; RO 2004 2767

⁷⁷ Projet de la loi sur la surveillance des assurances, P-LSA; FF 2003 3457

⁷⁸ Loi sur la garantie des obligations assumées par les sociétés suisses d'assurances sur la vie, LGOAss; RS 961.03

⁷⁹ Projet de la loi sur la surveillance des assurances, P-LSA; FF 2003 3443

⁸⁰ Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite, LP; RS 281.1

Article 19 *Transfert des avoirs non réclamés et libération de l'intermédiaire financier*

Alinéa 1

Cette disposition porte atteinte à la garantie de la propriété des ayants droit qui perdent leurs droits sans pouvoir prétendre à une indemnisation. La protection de la propriété n'est toutefois pas absolue et la situation incertaine d'avoirs non réclamés ne peut subsister sans limite dans le temps. Il faut également rappeler que, selon le droit suisse, les créances, qui constituent l'une des principales catégories d'avoirs visée par le projet, se prescrivent par l'écoulement du temps. En outre, dans sa révision du 3 octobre 2003 de la LPP, le législateur a également prévu une péremption des droits sur les avoirs de prévoyance non réclamés lorsque l'assuré a eu ou aurait eu 100 ans (voir ch. 1.2.5). De plus, à titre de comparaison, d'autres dispositions du droit civil suisse instaurent une perte définitive de la propriété mobilière ou immobilière après un délai de 30 ans. Ainsi, l'action en pétition d'hérédité contre un possesseur de mauvaise foi se prescrit par 30 ans (art. 600, al. 2, CC). En outre, un immeuble non immatriculé au registre foncier peut être acquis par prescription extraordinaire après 30 ans (art. 662 CC). La nouvelle loi fédérale du 20 juin 2003 sur le transfert international des biens culturels⁸¹ prévoit également un délai trentenaire.

Un délai de péremption trentenaire paraît donc adéquat dans le cas d'espèce. En outre, il convient de rappeler que la péremption ne survient qu'au terme d'une procédure complète (mesures préventives visant à empêcher la perte de contact, recherches en cas de perte de contact, annonce à la centrale de recherche des avoirs non réclamés). Un régime d'exceptions pour certains types d'avoirs n'est pas souhaitable: s'il est jugé trop court par l'autorité politique, la commission d'experts est d'avis que le délai de péremption devrait être prolongé pour l'ensemble des avoirs non réclamés.

Enfin, on notera que la solution permettant une libération de l'intermédiaire financier et une remise des avoirs à l'Etat au terme d'un délai très bref, ainsi que l'ont prévu l'Irlande et les Etats-Unis (voir ch. 5), a pour conséquence que l'ayant droit peut faire valoir ses droits à l'encontre de l'Etat sans limite dans le temps. Cette solution ne fait que reporter le problème et n'est pas souhaitable en droit suisse.

Le point de départ du délai trentenaire de l'art. 19 est la perte de contact au sens de l'art. 6 du projet et non le dernier contact effectif avec le client.

L'intermédiaire financier ne remet à la Confédération que le produit en argent de la liquidation des avoirs non réclamés. Les frais de liquidation peuvent être imputés sur le produit de réalisation. Il serait concevable que cette remise intervienne périodiquement. Les modalités pourront être fixées par voie d'autoréglementation en accord avec la Confédération.

L'intermédiaire financier a le droit de détruire les objets qui ne peuvent être réalisés parce qu'ils n'ont pas de valeur marchande (correspondance, photographies, etc.). Cette destruction à l'expiration du délai trentenaire entraîne l'extinction définitive des prétentions des ayants droit et l'intermédiaire financier ne peut être actionné en responsabilité pour les

⁸¹ Loi sur le transfert de biens culturels, LTBC; RS 444.1, qui entrera en vigueur en 2004 (FF 2004 4019, FF 2002 505)

avoirs détruits. Certaines règles de droit public peuvent limiter la possibilité de réaliser ou de détruire certains biens, notamment des biens culturels.

Alinéa 2

Les représentants des milieux concernés ont fait valoir que les émoluments de recherches prélevés par les intermédiaires financiers (art. 8, al. 2), les émoluments perçus par les centrales de recherche (art. 16, al. 5) ainsi que la rémunération procurée par la gestion des avoirs non réclamés dans l'intérêt présumable des ayants droit (art. 12) ne suffiraient pas à couvrir l'ensemble des coûts générés par le traitement, la conservation ainsi que la dévolution des avoirs non réclamés. Les contributions fournies par les intermédiaires financiers pour le fonctionnement de leur centrale de recherche, les frais de réalisation des avoirs ou de clôture de compte font par exemple partie de ces coûts. Il paraît légitime que de tels coûts soient indemnisés sur le produit de liquidation des avoirs non réclamés avant leur attribution à la Confédération. C'est ce que permet l'art. 19, al. 2. Le calcul et sa justification relèvent de l'autoréglementation (art. 27, al. 1, let. d) sous le contrôle de l'autorité de surveillance (art. 27, al. 2). Sur la question des frais des centrales et de leur financement, voir également le commentaire de l'art. 27 ci-dessous.

Alinéa 4

Le transfert des avoirs à la Confédération entraîne l'extinction définitive des prétentions de leurs ayants droit au sens de l'art. 19, al. 3. Dès lors, il n'est plus nécessaire de conserver les documents relatifs à ces avoirs pour les remettre à la Confédération. L'intermédiaire financier a donc le droit de les détruire. La destruction de ces documents à l'expiration du délai trentenaire entraîne l'extinction définitive des prétentions de tous les ayants droit sur ceux-ci et l'intermédiaire financier ne peut être actionné en responsabilité pour les avoir détruits.

Article 20 Répartition

Alinéa 1

La question de la répartition du produit net des avoirs remis à la Confédération au sens de l'art. 19 est politique. Elle est marquée par le résultat de la votation populaire du 22 septembre 2002 rejetant les propositions faites par le gouvernement sur l'attribution du produit de la vente des réserves d'or excédentaires de la BNS à la Fondation Suisse Solidaire (voir ch. 1.2.7). Suite à cette votation populaire, il semble que la solution du transfert à une fondation ou à une œuvre caritative risque de ne pas être acceptée sur le plan politique.

La commission d'experts propose de répartir le produit net des avoirs entre la Confédération et les cantons par moitié. En vertu de l'art. 466 CC, ceux-ci peuvent en effet prétendre à la part de ces avoirs qui leur reviendrait en leur qualité de successeur universel de successions sans héritier dont le de cujus était domicilié en Suisse. Aucune statistique ne permet toutefois de déterminer la part que représente ces avoirs.

Alinéa 2

S'agissant du mode de répartition entre cantons, la solution adoptée pour la participation des cantons au bénéfice net de la BNS a fait ses preuves et est jugée équitable (ordonnance du 7 décembre 1992 sur la répartition des parts des cantons au bénéfice net de la Banque nationale suisse⁸²).

Section 6 Gérants indépendants

Du fait qu'ils ne sont pas soumis à une surveillance prudentielle, les gérants indépendants ne sont que partiellement assujettis à la loi (voir art. 1, let. f). Sont ainsi directement applicables aux gérants indépendants l'art. 1, al. 2, les art. 2 à 6, les art. 8 et 9, l'art. 10, al. 1, let. a, b, c et e, l'art. 12, al. 1, 1^{ère} phrase, l'art. 17, al. 1, let. a, l'art. 21, l'art. 22, al. 1 et 3, l'art. 23, l'art. 32, l'art. 34 et les art. 36 à 39. En outre, les art. 13 à 16 et les art. 19 et 20 s'appliquent aux avoirs gérés par des gérants indépendants. Les obligations résultant de l'art. 19 incombent au dépositaire. Celui-ci, qui peut directement exécuter des transactions sur les avoirs concernés au contraire du gérant indépendant, est le mieux disposé pour se charger de la liquidation des avoirs non réclamés, de la remise de leur produit net à la Confédération et du prélèvement des coûts non couverts.

Ne pouvant constituer de centrale de recherche surveillée à laquelle s'affilier et lui annoncer leurs avoirs non réclamés, les gérants indépendants sont libérés de l'obligation de les annoncer (art. 22, al. 1, let. a, *e contrario*). Afin d'éviter que les avoirs sous leur gestion n'échappent au mécanisme prévu par la loi, les gérants indépendants doivent toutefois informer les dépositaires de l'existence d'avoirs non réclamés, dès que les recherches qu'ils ont dû entreprendre (art. 21) ont échoué et au plus tard deux ans après la perte de contact (art. 22, al. 1, let. c sanctionné pénalement à l'art. 36). Le dépositaire (qui est obligatoirement une banque ou un négociant assujetti à la présente loi) n'a pas l'obligation mais la possibilité de collaborer aux recherches incombant exclusivement gérant indépendant (art. 21, deuxième phrase). Une fois qu'il a été informé par le gérant indépendant de l'existence d'avoirs non réclamés, le dépositaire peut renoncer à procéder lui-même à des recherches selon les art. 8 et 9 et prendre directement les mesures prévues à l'art. 10, al. 1 (art. 22, al. 2). Le dépositaire devra ainsi notamment annoncer les avoirs à sa centrale de recherche. Le gérant indépendant n'est pas libéré des autres obligations de la section 2 du projet et doit en particulier prendre les mesures prévues à l'art. 10, let. a, b, c et e (art. 22, al. 1, let. a sanctionné pénalement à l'art. 36) et gérer les avoirs dans l'intérêt présumable des ayants droit (art. 12, al. 1, première phrase par renvoi de l'art. 22, al. 1, let. b, également sanctionné pénalement à l'art. 36). Le gérant indépendant et le dépositaire devront en outre s'informer réciproquement du rétablissement du contact ou lorsqu'un ayant droit présumé fait valoir des prétentions sur les avoirs non réclamés, par exemple sous la forme d'une demande de renseignements au sens des art. 15 et 16 du projet (art. 22, al. 3).

⁸² Ordonnance sur la répartition des parts des cantons au bénéfice net de la Banque nationale suisse, RS 951.181

Art. 23 Cessation d'activité

L'art. 23 est rédigé sur le modèle de l'art. 17. En cas de liquidation de son activité, le gérant indépendant doit veiller à ce que le dépositaire ou un autre gérant reprenne le mandat de gestion. S'il ne le fait pas, il s'expose à une action en responsabilité du client. Une sanction de droit pénal administratif n'est pas prévue à l'art. 36, mais pourrait entrer en considération, d'autant plus que les gérants indépendant ne sont pas, à la différence des autres intermédiaires financiers (cf. art. 17), assujettis à une surveillance prudentielle. Il faut en effet présumer que le client a un intérêt à la poursuite du mandat de gestion et ne souhaiterait pas que son portefeuille reste déposé sans gestion. Puisque les gérants indépendants ne sont pas soumis à une surveillance spécifique, l'art. 23 exige que celui qui reprend le mandat de gestion soit «qualifié» à cet effet. Le choix doit être diligent et le nouveau gérant doit offrir la garantie que le mandat sera poursuivi dans l'intérêt du client.

Section 7 Prescriptions pour les détenteurs d'avoirs appartenant à des tiers

La justification du mécanisme optionnel des art. 24 et 25 est exposée au commentaire de l'art. 1, al. 3, du projet. Ce mécanisme optionnel est laissé à l'initiative du détenteur d'avoirs et dépend d'une acceptation par un intermédiaire financier au sens de l'art. 1, al. 1. Ce mécanisme pourrait notamment répondre au besoin d'un avocat, d'un notaire ou de toute autre personne de confiance qui, sans tomber dans la catégorie des intermédiaires financiers de l'art. 1, al. 1, s'est vu confier des avoirs qu'il ne peut plus remettre à leurs légitimes ayants droit. La pratique établira ou non l'existence d'un tel besoin et l'intérêt économique d'intermédiaires financiers d'accepter de tels avoirs. Les conditions posées au transfert des avoirs et, partant, à la libération du détenteur (art. 25, al. 2) garantissent que ce mécanisme ne soit pas utilisé pour contourner les obligations ordinaires d'un débiteur.

Article 26 Autorités de surveillance

Les catégories d'intermédiaires financiers des let. a et b et leur centrale de recherche sont soumises à la surveillance prudentielle de la CFB, respectivement de l'OFAP.

Le cas de la Poste Suisse et de sa division Postfinance (let. c) est différent. En matière de lutte contre le blanchiment d'argent, l'OAR de la Poste Suisse (OAR Poste) surveille celle-ci sous la haute surveillance de l'Autorité de contrôle, le DETEC n'exerçant lui-même aucune surveillance. En dehors du champ d'application de la loi sur le blanchiment d'argent, les activités de la division Postfinance ne sont pas soumises à une surveillance prudentielle comparable à celle exercée par la CFB ou l'OFAP. La surveillance exercée par le DETEC, sur délégation du Conseil fédéral, se limite en effet à une surveillance globale sans examen de cas individuels qui laisse une grande autonomie à la Poste Suisse. Cette surveillance se fonde sur la LPO et sur la LOP. A moyen terme cependant, il n'est pas impossible que la division financière Postfinance de la Poste Suisse soit assujettie à la surveillance prudentielle de la nouvelle autorité intégrée de surveillance des marchés financiers FINMA. Dans cette optique, il est opportun d'utiliser la structure existante de l'OAR

de la Poste Suisse plutôt que d'en créer une pour assurer la surveillance directe en matière d'avoirs non réclamés. Vu la spécificité de la Poste Suisse, il convient de remettre la haute surveillance sur la Poste Suisse en matière d'avoirs non réclamés au Conseil fédéral qui en règlera les détails.

Article 27 Autoréglementation

Le DFF a notamment donné comme mandat à la commission d'experts de préparer un projet de loi qui fixe des conditions-cadres à une autoréglementation supervisée par l'Etat, tenant compte ainsi des remarques formulées durant la procédure de consultation.

De nombreuses lois prévoient un régime d'autoréglementation moyennant l'approbation de l'autorité de surveillance. C'est le cas, selon des modalités variables, de la garantie des dépôts bancaires selon les nouvelles dispositions de la loi sur les banques⁸³, de l'admission des valeurs mobilières (cotation) et de la réglementation du marché boursier selon la LBVM, ainsi que de la concrétisation des obligations des intermédiaires financiers selon la LBA.

L'art. 27 prévoit que, pour chaque catégorie d'intermédiaires financiers, le projet de règlement est élaboré par les organisations professionnelles représentatives de cette catégorie et soumis à l'approbation de l'autorité de surveillance compétente pour cette catégorie.

L'art. 27 mentionne les points principaux sur lesquels le projet de règlement doit notamment statuer. Il s'agit pour l'essentiel de concrétiser les obligations des intermédiaires financiers énoncées par la loi et d'organiser la centrale de recherche, son financement et ses procédures de travail. Sans déroger aux exigences minimales prévues par la présente loi, l'autoréglementation peut être amenée à en concrétiser la plupart des règles. Par exemple, l'autoréglementation pourrait concrétiser l'obligation de conserver les documents (art. 5 al. 2 et art. 10 al. 1 let. e) ou la gestion des avoirs non réclamés (art. 12).

L'autoréglementation devra en particulier régler le financement de chaque centrale de recherche. Les coûts seront couverts en partie par les émoluments prélevés auprès des requérants pour le traitement de leur requête (voir art. 16, al. 5). Le reste doit être pris en charge par les intermédiaires financiers affiliés à la centrale, selon les modalités fixées par l'autoréglementation. Les émoluments et contributions versés par les intermédiaires aux centrales de recherche sont deux éléments à prendre en considération dans la fixation des coûts d'administration des avoirs non réclamés qui, parce qu'ils n'ont pas été couverts par les frais et émoluments déjà débités à ces avoirs, peuvent être imputés sur le produit de liquidation qui doit être remis à la Confédération à l'expiration du délai de 30 ans (voir art. 19, al. 2).

Le délai dans lequel le projet de règlement doit être soumis à l'autorité de surveillance est réglé dans les dispositions transitoires (art. 38, al. 1).

⁸³ Art. 37h de la loi sur les banques telle que modifiée le 3 octobre 2003, FF 2003 6227

Article 28 Surveillance des intermédiaires financiers

La surveillance des diverses catégories d'intermédiaires financiers est assurée par leurs autorités de surveillance respectives prévues dans les lois spéciales. Cette surveillance s'exerce selon les règles spéciales auxquelles l'art. 28 renvoie.

S'agissant de La Poste Suisse, la surveillance prudentielle assurée par les autorités compétentes devra encore être réglementée (art. 26, let. c).

Article 29 Surveillance des centrales de recherche

Les frais occasionnés par la surveillance des centrales de recherche font partie des frais de l'autorité de surveillance compétente et sont financés conformément à la législation qui les régit.

Article 32 Responsabilité civile

En statuant que l'intermédiaire financier répond envers les ayants droit du dommage qu'il pourrait leur causer en n'exécutant pas, ou en exécutant mal, les obligations qui résultent de la présente loi, l'art. 32 confirme que la loi sur les avoirs non réclamés a pour but de protéger les intérêts des clients et des ayants droit. L'art. 32 n'est cependant pas une norme de responsabilité autonome mais renvoie simplement aux règles générales du CO.

Article 33 Secret professionnel des centrales de recherche

En créant un régime unique de secret professionnel pour toutes les centrales, l'art. 33 vise à faciliter leur regroupement. La formulation de l'art. 33 reprend celle des art. 47 LB et 43 LBVM, l'instigation à la commission de l'infraction n'étant toutefois pas sanctionnée.

Article 34 Communications

Sur le plan pénal, le droit accordé par la présente disposition ne se veut pas une autorisation générale de divulguer des informations confidentielles, mais seulement le fait justificatif écartant l'illicéité d'un comportement qui constituerait autrement la violation du secret bancaire (art. 47 LB), du secret professionnel des centrales de recherche (art. 33), du secret de fonction (art. 320 CP) ou du secret professionnel des avocats, défenseurs en justice, notaires et contrôleurs astreints au secret en vertu du code des obligations ainsi que leurs auxiliaires (art. 321 CP). Si la communication prévue par la loi est faite ou traitée sans la diligence requise par les circonstances, seules les violations du secret de fonction ou du secret professionnel punissables pour négligence pourront être réprimées. Les dispositions générales relatives à l'erreur sur les faits (art. 19 CP) sont également applicables. L'annonce faite par le gérant indépendant au sens de l'art. 22, al. 1, let. c est également une communication au sens de l'art. 34.

Article 35 Autres sanctions pénales

Ces sanctions de droit pénal administratif doivent assurer le respect des principales obligations sur lesquelles repose le système mis en place par la loi. Ainsi, il est impératif que les bases de données administrées par les centrales de recherche soient alimentées par les annonces des intermédiaires financiers. Ceux-ci doivent également enregistrer la date de perte de contact qui est le point de départ de nombreux délais de la loi (voir art. 6), ainsi que des informations sur le type de perte de contact et les mesures de recherche entreprises qui permettent de contrôler le respect des obligations légales des intermédiaires financiers. En outre, la recherche par les ayants droit serait rendue impossible sans la conservation des documents de l'art. 10, al. 1, let. e. Enfin, la désignation comme tels des avoirs non réclamés a l'importance de l'annonce lorsque celle-ci n'est pas requise.

Le montant d'amende de 200 000 francs est repris de l'art. 36 LBA.

Article 36 Sanctions pénales pour les gérants de fortune indépendants

Les obligations des gérants indépendants prévues dans ce projet diffèrent des celles des autres intermédiaires financiers. C'est pourquoi il faut prévoir des dispositions spécifiques, qui visent l'obligation cardinale d'annoncer au dépositaire les avoirs non réclamés dès que les recherches ont échoué et au plus tard deux ans après la perte de contact (art. 22, al. 1, let. c), ainsi que l'obligation de prendre les mesures de l'art. 10, let. a, b, c et e, et de gérer les avoirs conformément à l'art. 12, al. 1, 1^{ère} phrase (art. 22, al. 1, let. a et b).

Article 38 Droit transitoire: organisation

Le projet prévoit une longue période de transition qui devrait laisser suffisamment de temps aux organisations professionnelles pour mettre sur pied les structures et règlements nécessaires puis aux intermédiaires financiers pour s'affilier à la centrale de recherche. Ceux-ci doivent alors annoncer les avoirs non réclamés qui sont soumis à l'annonce obligatoire (art. 10, al. 1, let. d) conformément à l'art. 39.

Article 39 Droit transitoire: avoirs non réclamés

En principe, l'ensemble des avoirs non réclamés existant à l'entrée en vigueur de la loi et qui ne sont pas encore prescrits tombe dans le champ d'application de la loi. En fonction de la durée de la perte de contact depuis l'entrée en vigueur de la loi (moins de dix ans ou de dix à trente ans), les intermédiaires financiers doivent procéder aux recherches ou peuvent y renoncer. Dans les deux cas, les art. 10 ss s'appliquent si les avoirs doivent être qualifiés d'avoirs non réclamés, ceux-ci étant annoncés à la centrale de recherche compétente puis leur produit net remis à la Confédération trente ans après la date à laquelle le contact est réputé perdu (art. 19). Si la perte de contact a duré plus de trente ans, le produit des avoirs non réclamés qui doivent être annoncés au sens de l'art. 10, al. 1, let. d, est remis à la Confédération dans les cinq ans dès l'entrée en vigueur de la loi. Les avoirs qui ne doivent pas être annoncés seront remis dans l'année qui suit l'entrée en vigueur de

la loi. La date de perte de contact déterminante se fixe à l'année près sur la base des dossiers à disposition ou s'estime en fonction de tout autre élément connu de l'intermédiaire financier.

Il est possible de représenter par le tableau suivant le régime des avoirs non réclamés existant lors de l'entrée en vigueur de la loi selon l'art. 39 de l'avant-projet:

	Avoirs dont la valeur est supérieure à 100 francs ou ne peut être estimée (art. 10, al. 1, let. d)	Avoirs dont la valeur est inférieure ou égale à 100 francs (art.10, al. 1, let. d)
Avoirs prescrits lors de l'entrée en vigueur de la loi (art. 39, al. 1)	La loi n'est pas applicable.	
Avoirs dont la perte de contact est inférieure à 10 ans (art. 39, al. 2)	Recherches dans une mesure proportionnée selon art. 8 et 9, sauf si déjà effectuées. Annonce à la centrale de recherche et autres mesures selon art. 10.	Recherches dans une mesure proportionnée selon art. 8 et 9, sauf si déjà effectuées. Pas d'annonce à la centrale, mais toutes les autres mesures de l'art. 10.
Avoirs dont la perte de contact est supérieure à 10 ans mais inférieur à 30 ans (art. 39, al. 3).	Pas de recherches. Annonce à la centrale de recherche et autres mesures selon art. 10.	Pas de recherches. Pas d'annonce à la centrale, mais toutes les autres mesures de l'art. 10.
Avoirs dont la perte de contact est supérieure à 30 ans (art. 39, al. 4).	Pas de recherches. Annonce à la centrale de recherche et autres mesures selon art. 10. Liquidation cinq ans après l'entrée en vigueur de la loi et dévolution à la Confédération.	Pas de recherches. Pas d'annonce à la centrale de recherche ni d'autres mesures selon l'art. 10. Liquidation dans l'année suivant l'entrée en vigueur de la loi et dévolution à la Confédération.

S'agissant des prestations de services financiers de La Poste Suisse, anciennement l'entreprise des PTT, il convient de préciser que les envois et montants «tombés au rebut» (terminologie surannée par laquelle il faut entendre les envois et montants dont on ne parvient plus à trouver l'ayant droit) dans le cadre du d'encaissement ou de paiement selon

les art. 29 et 37 de l'ancienne loi sur le service des postes du 2 octobre 1924⁸⁴ doivent être traités comme des créances prescrites n'entrant pas dans le champ d'application du projet de loi sur les avoirs non réclamés. Font notamment partie de cette catégorie les comptes de chèques supprimés d'office parce que leur titulaire ou ses ayants droit ne peuvent plus être découverts ou les avoirs sans nouvelles échus aux PTT, respectivement à la Poste Suisse (son ayant cause), après un délai de 5 ans. La LSP a été abrogée fin 1997. Depuis lors, les relations juridiques entre la Poste Suisse et ses clients se fondent sur le droit civil.

Alinéa 7

Les comptes bancaires et les autres avoirs qui font l'objet de l'accord transactionnel global conclu par les grandes banques suisses aux États-Unis en 1999 (Settlement Agreement, voir ch. 1.2.2.4) ont été payés au Settlement Fund et sont donc soustraits à la loi sur les avoirs non réclamés. Ils ne sont pas des «avoirs non réclamés existants au jour de l'entrée en vigueur» au sens de l'art. 39 al. 1. À la date du présent rapport, le sort définitif des avoirs bancaires datant de la Seconde Guerre mondiale publiés le 5 février 2001 (voir ch. 1.2.2.4) sur lesquels le Claims Resolution Tribunal (CRT2) ou la banque dépositaire concernée n'ont pas encore statué n'est pas encore établi. Ne sont pas «non réclamés» les comptes et autres avoirs des victimes des persécutions nazies au sens de l'accord transactionnel du 26 janvier 1999 du fait que les prétentions des ayants droits sont désormais à la charge du Settlement Fund. Ne sont pas davantage «non réclamés» les comptes clôturés (publiés ou non) qui n'appartiennent pas à une victime des persécutions nazies. En revanche, les comptes encore ouverts qui n'appartiennent pas de manière reconnaissable à des victimes des persécutions nazies entrent dans le champ d'application de la présente loi. Au cas où la délibération parlementaire de la loi serait achevée avant que le CRT2 ait fini son travail, les effets de la loi pour tous les comptes qui ont été publiés ou qui ont été annoncés devraient être différés jusqu'au moment où une décision judiciaire finale ou une transaction finale ait été obtenue ou encore que la procédure soit achevée de toute autre manière. C'est pourquoi l'art. 39 doit être complété par cet al. 7, qui diffère les effets de la loi jusqu'à l'achèvement des procédures correspondantes. Comme il serait actuellement question de la publication d'une quatrième liste, l'al. 7 est rédigé de telle manière qu'il s'étende à toute procédure judiciaire en rapport avec l'accord transactionnel. Cet alinéa ne serait pas nécessaire si le processus de distribution du Settlement Fund était achevé avant l'adoption de cette loi.

La solution ici proposée repose sur la conception juridique que, une fois les procédures pendantes à New York terminées, les avoirs des victimes des persécutions nazies auront été intégralement réglés de sorte que la loi ne s'y applique pas. En conséquence, les banques ne seront pas tenues d'en remettre le produit de réalisation à la Confédération et échappent donc au risque de double paiement. En suivant cette approche, le législateur suisse reconnaît les effets en Suisse de l'accord global signé à New York.

Une autre approche consisterait à soustraire à l'application de la présente loi tous les avoirs pour lesquels la perte de contact remonte à plus de cinquante ans avant l'entrée en

⁸⁴ Loi sur le Service des postes, LSP; RS 7 752

vigueur. Ces avoirs ne devraient alors pas être remis à la Confédération. Cette deuxième approche se distingue de la première par le fait que les comptes visés par l'accord transactionnel global sont exclus du champ d'application de la loi en raison d'un critère temporel. Le législateur suisse n'aurait ainsi pas à se prononcer sur les effets en Suisse des procédures étatsuniennes. Cette solution s'appliquerait cependant aussi aux avoirs qui n'ont aucun rapport avec les persécutions nazies pour lesquels le contact est perdu depuis plus de cinquante ans. Les intermédiaires financiers ne pourraient alors pas les liquider ni se libérer en transmettant le produit à la Confédération.

La décision entre ces deux conceptions est essentiellement de nature politique, ce pourquoi la commission d'experts a décidé d'indiquer au législateur les deux possibilités.

Modification d'autres lois

Article 46, alinéa 1, 3^e phrase, LCA

Dans les assurances-vie avec capitalisation qui sont soumises au projet de loi, le décès de l'assuré avant l'expiration de la police a pour effet, selon l'art. 46, al. 1, LCA actuel, de faire courir le délai de prescription de deux ans. Il peut donc se produire que l'assureur entreprendra des recherches à l'expiration ordinaire de la police (art. 7, al. 3, et art. 8) alors que la prestation d'assurance est déjà prescrite. S'il n'était pas modifié, l'art. 46, al. 1, LCA priverait la loi sur les avoirs non réclamés de tout effet dans de telles situations. C'est pourquoi la commission d'experts propose, sans modifier le délai de prescription des prestations d'assurance, de compléter l'art. 46, al. 1, LCA sur ce point. Il s'agit en l'occurrence d'ajouter que pour les assurances-vie avec capitalisation, le capital dû en cas de décès comme en cas de survie qui n'a pas encore été payé ne commence de se prescrire qu'à partir de la date d'expiration du contrat.

Article 60, alinéa 2, 2^e phrase, P-LSA

L'article est complété en fonction du projet de révision de la loi sur la surveillance des assurances (cf. art. 60, al. 2, P-LSA selon la version de la FF 2003, 3457).

ANNEXE

AFF	Administration fédérale des finances
ASA	Association suisse d'assurances
ASB	Association suisse des banquiers
Autorité de contrôle	Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent
BNS	Banque nationale suisse
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907
CFB	Commission fédérale des banques
CIDIEH	Commission internationale pour les demandes d'indemnisation de l'époque de l'Holocauste ou Commission Eagleburger (ICHEIC)
CIE	Commission Indépendante d'Experts Suisse – Seconde Guerre Mondiale ou Commission Bergier
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Droit des obligations)
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937
CRT	Claims Resolution Tribunal for Dormant Accounts in Switzerland
CS	Credit Suisse
DETEC	Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication
DFAE	Département fédéral des affaires étrangères
DFF	Département fédéral des finances
DFJP	Département fédéral de justice et police
DPA	Loi fédérale sur le droit pénal administratif du 22 mars 1974
Directives 1995	Directives du 8 septembre 1995 de l'Association suisse des banquiers relatives au traitement des avoirs (comptes, dépôts et compartiments de coffre-fort) auprès de banques suisses
Directives 2000	Directives de février 2000 de l'Association suisse des banquiers relatives au traitement des avoirs (comptes, dépôts et compartiments de coffre-fort) auprès de banques suisses

ICEP	Independent Committee of Eminent Persons ou Comité Volcker
ISDC	Institut suisse de droit comparé
LAMal	Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie
LB	Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (Loi sur les banques)
LBA	Loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier (Loi sur le blanchiment d'argent)
LBVM	Loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (Loi sur les bourses)
LCA	Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance
LCR	Loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière
LDIP	Loi fédérale du 18 décembre 1987 de droit international privé
LFFD	Loi fédérale sur les fonds en déshérence
LFLP	Loi fédérale du 17 décembre 1993 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (Loi sur le libre passage)
LFP	Loi fédérale du 18 mars 1994 sur les fonds de placement
LGOAss	Loi fédérale du 25 juin 1930 sur la garantie des obligations assumées par les sociétés suisses d'assurances sur la vie
LOP	Loi fédérale du 30 avril 1997 sur l'organisation de l'entreprise fédérale de la Poste (Loi sur l'organisation de la Poste)
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite
LParl	Loi fédérale du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale (Loi sur le Parlement)
LPD	Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (Loi sur la protection des données)
LPO	Loi fédérale du 30 avril 1997 sur la poste
LPP	Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité

LSA	Loi fédérale du 23 juin 1978 sur la surveillance des institutions d'assurance privées (Loi sur la surveillance des assurances)
LSP	Loi sur le Service des postes du 2 octobre 1924
LTBC	Loi fédérale du 20 juin 2003 sur le transfert international de biens culturels (Loi sur le transfert de biens culturels)
OAP-LBA	Ordonnance de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent du 20 août 2002 concernant l'activité d'intermédiaire financier dans le secteur non bancaire exercée à titre professionnel
OAR	Organisme d'autorégulation
OFAP	Office fédéral des assurances privées
OFJ	Office fédéral de la justice
Olico	Ordonnance du 24 avril 2002 concernant la tenue et la conservation des livres de comptes
P-LPCC	Projet de loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux de la commission Forstmoser
SBS	Société de Banque Suisse
SFA	Swiss Funds Association
SICAV	Société d'investissement à capital variable
SICAF	Société d'investissement à capital fixe
UBS	Union de Banques Suisses