Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Cour III
C-7589/2007/

{T 0/2}

Arrêt du 14 mars 2008

Composition

Johannes Frölicher (président du collège),
Franziska Schneider, Stefan Mesmer, juges,
Valérie Humbert, greffière.

Parties

Fondation A_____
représentée par Me Guy Reber, 18, quai Gustave-Ador, 1207 Genève
recourante,

contre

1 **Conseil fédéral**, Palais fédéral, 3003 Berne,
représenté par le Département fédéral des affaires étrangères,
2 **Département fédéral des affaires étrangères**
Secrétariat général, Monsieur Peter Müller, Palais fédéral ouest Bundesrain 20, 3003 Berne
intimés,

Objet

Prolongation du blocage des avoirs.
Recevabilité

Faits :

A.
Il convient de rappeler à titre liminaire que l'objet de la présente décision est limité à l'examen de la question de la recevabilité du recours et que, partant, l'exposé des faits est circonscrit à ce qui est utile au règlement de cette question.

B.

B.a En application de l'art. 18 de la loi sur l'entraide pénale internationale du 20 mars 1981 (EIMP, RS 351.1), l'Office fédéral de la Police (ci-après: OFP), service compétent à l'époque, a ordonné le 15 avril 1986 le blocage des avoirs en Suisse de Jean-Claude Duvalier, ancien Président de l'Etat haïtien, en exil en France depuis le 7 février 1986, et de son épouse.

B.b Le 12 juin 1986, l'Etat haïtien a adressé à la Suisse une demande d'entraide pénale visant Jean-Claude Duvalier, son épouse, leurs proches et leurs familiers.

C.
La procédure d'entraide a échoué formellement seize ans plus tard, l'Office fédéral de la Justice (ci-après: OFJ), qui avait repris l'affaire, ayant jugé le 15 mai 2002, conformément à l'art. 2 EIMP, que les garanties reçues du Ministre haïtien de la justice n'étaient pas suffisantes pour assurer aux personnes poursuivies un standard de protection minimale correspondant à celui offert par le droit des Etats démocratiques.

D.
Le 14 juin 2002, se fondant sur la sauvegarde des intérêts de la Suisse, le Conseil fédéral a décidé de maintenir le blocage des avoirs de Jean-Claude Duvalier et de son entourage pour une période initiale de trois ans. Il chargeait également le Département des affaires étrangères (ci-après: le DFAE) d'assister les parties en vue de rechercher, dans un cadre approprié, une issue aussi satisfaisante que possible.

E.
Le 3 juin 2005, la mesure de blocage a été prorogée de 24 mois.

F.
Le 1er juin 2007, le Conseil fédéral a décidé de prolonger une nouvelle fois le blocage et le mandat de négociation du DFAE, pour trois mois supplémentaires. Les intéressés avaient été informés de cette mesure par une lettre datée du 4 juin 2007 du Vice-directeur de la Direction du droit international public (ci-après DDIP) du DFAE. Ce courrier se fondait expressément sur l'art. 184 al. 3 de la constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101) et évoquait également le séquestre d'un compte appartenant à la famille Duvalier obtenu le 29 mai 2007 par devant le Tribunal de 1ère instance de Genève. De l'avis du DDPI, les prétentions de tiers étaient non seulement de nature à prolonger le blocage des fonds revendiqués par la recourante mais encore d'en diminuer la quotité disponible. Pour le surplus, le Vice-directeur du DDPI invitait ses destinataires à reconsidérer l'opportunité d'une solution transactionnelle.

G.
Le Président de la République d'Haïti s'est adressé par courrier du 13 août 2007 à la Présidente de la Confédération lui demandant la reconduction du gel des avoirs Duvalier pour une période de 12 mois. A l'appui de sa demande, le Président arguait, en substance, de la ferme volonté de son Gouvernement dans cette affaire et du lancement prochain par les autorités judiciaires compétentes de son pays de procédures adéquates contre Jean-Claude Duvalier qui tiendront compte des questions de la qualification des infractions et de la prescription.

H.

H.a Répondant favorablement à cette requête, le Conseil fédéral a décidé le 22 août 2007 la prolongation du blocage des avoirs Duvalier de douze mois supplémentaires, soit jusqu'au 31 août 2008.

H.b Le même jour, par recommandé et par fax, le DFAE agissant par l'entremise du Directeur du DDPI a informé la succursale genevoise de la Banque X_____ de cette décision la priant de maintenir le séquestre des relations bancaires en cause, soit celui sur le compte de la Fondation A_____.

I.
La Fondation A_____ (ci-après: la Fondation), de droit lichtensteinois, a été constituée le 22 décembre 1977. Son but est

défini au Grundbuch- und Öffentlichkeitsregisteramt de la Principauté du Lichtenstein de la manière suivante: "Die Stiftung bezweckt die Verwaltung des Stiftungsvermögens sowie die Ausrichtung von Zuwendungen an Personen, die in einem Reglement (Beistatut) bezeichnet werden". Elle est gérée par le Dr L_____ unique membre du Conseil de fondation.

Selon ses propres dires, elle avait été fondée par Simone Duvalier, mère de Jean-Claude Duvalier, décédée le 26 décembre 1997.

La Fondation est titulaire du compte n° (...) auprès d'une succursale genevoise de la Banque X_____.

J.

J.a Agissant le 21 septembre 2007 par l'intermédiaire de son mandataire, la Fondation a entrepris devant le Tribunal administratif fédéral tant la "décision" du Conseil fédéral que celle du DFAE du 22 août 2007 concluant principalement, sous suite d'une équitable indemnité de partie, à leur nullité respective, subsidiairement à leur mise à néant.

J.b Concernant la recevabilité formelle du recours, la recourante s'appuie essentiellement sur la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral dans une affaire similaire à propos des avoirs de l'ancien Président du Zaïre, Joseph Désiré Mobutu Sese Seko (ATF 132 I 229). La recourante précise, en outre, qu'elle n'a jamais personnellement reçu de notification de l'une ou l'autre décision: celle du Conseil fédéral n'a pas été publiée, elle en a eu écho par voie de presse et celle du DFAE était adressée directement à la succursale genevoise de l'UBS S.A.

K.

Donnant suite à la requête du Tribunal du 2 octobre 2007, le DFAE a transmis le 26 octobre 2007 une attestation authentifiée par la Chancellerie fédérale de la décision du Conseil fédéral du 22 août 2007. Intitulé "Prolongation supplémentaire du blocage des fonds Duvalier", l'acte porte la date de son authentification, soit le 15 octobre 2007 et a la teneur suivante:

"Le 22 août 2007, le Conseil fédéral a décidé comme suit:

1. Le blocage fondé sur l'art. 184 alinéa 3 de la Constitution fédérale des avoirs de Jean-Claude Duvalier, ordonné le 4 juin 2002, puis prolongé le 3 juin 2005 ainsi que le 1er juin 2007 est prolongé de 12 mois supplémentaires, soit jusqu'au 31 août 2008.

2. Si les démarches judiciaires annoncées par l'Etat haïtien par lettre du 13 août 2007 n'aboutissent pas, le DFAE reste autorisé à négocier, conclure et mettre en oeuvre les arrangements nécessaires avec les représentants de la famille Duvalier et du gouvernement haïtien, selon les termes précédemment admis par le CF.

3. Si les démarches judiciaires annoncées par l'Etat haïtien ou un arrangement négocié n'aboutissent pas d'ici au 31 août 2008, les fonds Duvalier seront débloqués."

L.

L.a Invités le 2 octobre 2007 à se déterminer sur le recours, le Conseil fédéral et le DFAE ont répondu le 28 janvier 2008 par un mémoire commun transmis par la Chancellerie fédérale qui a également indiqué que le DFAE est autorisé à agir au nom et pour le compte du Conseil fédéral pour la suite de la procédure.

L.b Les autorités intimées concluent sous suite de frais à l'irrecevabilité du recours en tant qu'il est dirigé contre la décision du Conseil fédéral du 22 août 2007 et au rejet de celui concernant la décision du DFAE du 22 août 2007.

L.c Concernant la recevabilité, les intimés ne contestent que celle du recours dirigé contre la décision du Conseil fédéral du 22 août 2007, au motif que, d'une part, la dite décision ne rentre pas dans le domaine de celles pouvant faire l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif fédéral au sens de l'art. 33 de la loi sur le Tribunal administratif fédéral et que, d'autre part, se référant à la jurisprudence Mobutu ci-précité, il s'agit plutôt d'une ordonnance qui ne constitue donc pas une décision attaquable au sens des art. 5 et 44 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021).

M.

M.a Le 30 janvier 2008, le Tribunal a communiqué aux parties la composition de la Cour et invité la recourante à déposer sa réplique en la limitant à la question de la recevabilité du recours.

M.b La recourante a répliqué dans le délai imparti, s'étonnant principalement de l'absence de communication des décisions entreprises.

N. Donnant suite à la demande du Tribunal du 13 février 2008, le mandataire de la recourante a produit une procuration originale mentionnant le nom de la personne agissant pour le compte de la recourante ainsi qu'un extrait actuel et certifié conforme de l'Öffentlichkeitsregister de la Principauté du Lichtenstein certifiant que cette personne est légalement habilitée à représenter la recourante.

Droit :

1.
A toutes fins utiles, il sied de relever d'entrée que la mesure litigieuse n'a pas été prise sur la base de l'art. 18 EIMP, raison pour laquelle le présent recours n'est pas soumis à la compétence du Tribunal pénal fédéral (art. 25 EIMP).

2.
Le Tribunal administratif fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATAF 2007/6 consid. 1 p. 45).

3.

3.1 En vertu de l'art. 31 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), le Tribunal administratif connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), prises par les autorités mentionnées aux art. 33 et 34 LTAF et pour autant qu'il n'existe pas de motif d'exclusion selon l'art. 32 LATF.

3.2 Selon l'art. 33 LTAF, le recours est recevable contre les décisions du Conseil fédéral dans des matières bien définies: en matière de rapports de travail du personnel de la Confédération, y compris le refus d'autoriser la poursuite pénale (lit. a); lors de la révocation d'un membre du conseil de banque ou de la direction générale ou d'un suppléant sur la base de la loi du 3 octobre 2003 sur la Banque nationale ainsi que d'un membre du conseil d'administration de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers ou l'approbation de la résiliation des rapports de travail du directeur par le conseil d'administration selon la loi du 22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financiers (lit. b). Le recours au Tribunal administratif fédéral est par contre ouvert d'une manière générale contre les décisions de la Chancellerie fédérale, des départements et des unités de l'administration fédérale qui leur sont subordonnées ou administrativement rattachées (lit d).

3.3 A teneur de l'art. 32 al. 1 let. a LTAF, le recours devant le Tribunal administratif fédéral n'est pas recevable contre les décisions concernant la sûreté intérieure ou extérieure du pays, la neutralité, la protection diplomatique et les autres affaires relevant des relations extérieures, à moins que le droit international ne confère un droit à ce que la cause soit jugée par un tribunal.

3.4 La Cour de céans doit donc examiner si, en application de ces dispositions, elle peut connaître des actes entrepris. Pour y répondre, elle doit en premier lieu trancher la question de la nature juridique des actes objets du présent recours, à savoir la mesure intitulée "décision" rendue par le Conseil fédéral le 22 août 2007 et le courrier adressé le même jour par le DFAE, par recommandé et par fax, au service juridique de la Banque X_____ à Genève, ainsi que la relation entre ses deux actes.

4.

4.1 Selon l'art. 5 al. 1 PA, sont des décisions attaquables les mesures, fondées sur le droit public fédéral – ou qui auraient dû l'être – , prises par les autorités dans des cas d'espèce et qui ont pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations (let. a), de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations (let. b) ou encore de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou obligations (let. c).

4.2 En revanche, sont des règles de droit, les dispositions générales et abstraites, d'application directe, qui créent des obligations, confèrent des droits ou attribuent des compétences (art. 22 al. 4 de la loi du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale [LParl, RS 171.10]).

4.3 Au niveau fédéral, la compétence d'édicter des règles de droit – qui prendront le plus souvent la forme de loi (art. 22 al. 1 LParl) – relève en principe de l'Assemblée fédérale (art. 163 al. 1 Cst.). Le Conseil fédéral ne peut adopter des règles de droit que sous la forme d'ordonnances, et dans la mesure où la Constitution ou la loi l'y autorisent (art. 182 al. 1 Cst.).

4.4 Or, l'art. 184 al. 3 Cst. sur lequel se fonde expressément la mesure du Conseil fédéral du 22 août 2007 autorise celui-ci à adopter les ordonnances et à prendre les décisions nécessaires à la sauvegarde des intérêts du pays. La deuxième phrase de cette disposition constitutionnelle prescrit que les ordonnances doivent être limitées dans le temps.

4.5 Toutefois, ni la disposition constitutionnelle, ni le Message du 20 novembre 1996 relatif à la nouvelle Constitution fédérale (ci-après: MCF, FF 1997 I 637), ni les travaux parlementaires ne donnent de précision sur la distinction à opérer dans ce cadre entre ordonnances et décisions, la seule différence apparente étant que les ordonnances doivent être limitées dans le temps. Selon le Tribunal fédéral, les mesures prises pour la sauvegarde des intérêts du pays revêtent la forme de l'ordonnance lorsqu'elles constituent des règles de droit au sens de l'art. 22 al. 4 LParl et celle de décision lorsqu'elles visent des cas particuliers (ATF 132 I 229 consid. 4.3 et les références citées).

5.

5.1 En l'espèce, la mesure de blocage du Conseil fédéral du 22 août 2007 n'a pas été publiée au Recueil officiel. Il s'agit en fait d'une prolongation supplémentaire d'une mesure prise initialement le 14 juin 2002 qui n'avait pas non plus fait l'objet d'une publication. Cette première mesure ne spécifiait pas sa base légale et était désignée comme une "décision". On pourrait donc en déduire que s'agissant d'une décision prorogeant une décision antérieure, il s'agit toujours d'une décision.

5.2 Cependant, l'appellation conférée par une autorité à l'un de ses actes ne saurait lier les juridictions de recours, même si elle peut constituer un indice. Ce principe se déduit de la maxime d'office qui régit la procédure administrative et qui impose que l'autorité saisie examine librement les conditions de recevabilité d'un recours.

6. Il est cependant utile d'examiner les pratiques antérieures du Conseil fédéral dans le domaine concerné.

6.1 Avant 1999, l'art. 102 ch. 8 de la constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mars 1874 (ci-après: aCst.) fournissait la base légale aux ordonnances et décisions indépendantes prises en matière de politique étrangère. Les mesures prises à ce titre depuis 1918 sont nombreuses (cf. avec des exemples: DIETRICH SCHINDLER, in Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874, 1989, ad art. 102 ch. 8 Cst., n. marg. 110; JEAN-FRANÇOIS AUBERT/PASCAL MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich 2003, ad. art. 184, n. marg. 13 ss). Toutefois, la première mesure de blocage de biens à titre de mesure de politique extérieure fut prise par le Conseil fédéral le 24 mars 1986 à l'encontre des valeurs patrimoniales de l'ancien président philippin Ferdinand Marcos, à la suite des demandes d'entraide qu'annonçait la **Commission on Good Government** instituée par la nouvelle présidente Corazòn Aquino en vue de récupérer la fortune acquise illicitement par l'ancien chef de l'État. (ALVARO BORGHI, Le blocage et la restitution internationale de biens illicitement acquis, Lausanne Berne Lugano 2006, p. 136 s et 155). Non publiée, cette mesure revêtait la forme d'une décision (SCHINDLER, op. cit., n. marg. 110 et les références citées; MAHON, op. cit., n. marg. 16) et s'adressait à six banques (COMMISSION FÉDÉRALE DES BANQUES, Rapport de gestion 1986, p. 127 s.). Une demande d'entraide judiciaire formelle fut ensuite déposé le 25 avril 1986 (cf. ATF 116 Ib 452).

6.2 S'appuyant sur la même disposition constitutionnelle, le Conseil fédéral édicta le 17 mai 1997 une ordonnance relative à la sauvegarde des avoirs de la République du Zaïre en Suisse (RO 1997 p. 1149). Entrée en vigueur le jour de son adoption, cette ordonnance était valable une année, quand bien même l'art. 102 ch. 8 aCst n'imposait aucune limite temporelle aux actes que le Conseil fédéral pouvait prendre à ce titre. Constituée de 9 articles, l'ordonnance instaurait une

interdiction de disposer des avoirs de la famille Mobutu, une obligation de déclaration pour quiconque détenait ou gérait de tels avoirs. Elle fixait le cercle des personnes et des biens organisés appartenant à la famille Mobutu ou pouvant lui être assimilés. Elle définissait de manière exemplative les avoirs concernés, prévoyait des dispositions pénales en cas d'infraction et réglait les rapports avec les autres mesures conservatoires en soustrayant les avoirs objet d'un séquestre en vertu de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite et la faillite (LP, RS 281.1) ou d'une mesure de blocage en relation avec une procédure d'entraide judiciaire. Parallèlement, le 7 mai 1997, les autorités congolaises avait requis l'entraide judiciaire de la Suisse pour les besoins d'une procédure pénale ouverte contre Mobutu.

Le 15 décembre 2003, une semaine avant que l'OFJ rende une décision de clôture de la procédure d'entraide judiciaire et constate son échec, le Conseil fédéral a ordonné un nouveau blocage des avoirs de feu Mobutu et de son entourage. Cette mesure, non publiée, fut exécutée par le DFAE (cf. ATF 132 I 229 consid. C).

6.3 Concernant Haïti, le Conseil fédéral, toujours sur la base de l'art. 102 ch. 8 aCst., avait déjà édicté plusieurs ordonnances instituant des mesures économique et prises à la suite du coup d'état de 1991 mené par le général Raoul Cédras (RO 1993 p. 2053 ss, RO 1994 1453 ss). Entre autres mesures, ces ordonnances instauraient le blocage des fonds et biens en capital des autorités et personnes qu'elles citaient.

6.4 Il appert de ce qui précède, que la pratique du Conseil fédéral quant à la forme de l'exercice des pouvoirs conférés par l'art. 102. ch 8 aCst devenu l'art. 184 al. 3 Cst., utilisés en matière de blocage de fonds, n'est pas constante.

7.

7.1 Dans le cas concret, l'objet du blocage qui a été prolongé n'est pas clairement déterminé mais vise tous les avoirs de Jean-Claude Duvalier sans plus de précision. Le Conseil fédéral a toutefois pris soin de se référer aux précédentes mesures qui élargissent les fonds concernés à ceux également détenus par l'entourage de Jean-Claude Duvalier. En outre, comme prescrit pour les ordonnances du Conseil fédéral basées sur l'art. 184 al. 3 Cst., la mesure est limitée dans le temps. La mesure du 22 août 2007, qui ne fait que prolonger celle du 1er juin 2007 qui elle même prorogeait celle du 3 juin 2005 qui

reconduisait celle, initiale, du 14 juin 2002 peut donc s'appliquer à une pluralité de personnes et à différents biens, en ce sens que ni l'objet ni le nombre de destinataires ne sont suffisamment déterminés.

7.2 Elle présente donc le caractère général et abstrait propre à une règle de droit et aurait dû être publiée comme une ordonnance. Les incidences de l'absence de publication d'une telle ordonnance seront examinées dans l'arrêt traitant de l'affaire au fond.

Cette conclusion se déduit de la jurisprudence Mobutu déjà citée. En effet, il ressort de la partie en fait de l'arrêt du Tribunal fédéral que la teneur de la mesure de blocage correspond aux termes de l'espèce (cf. ATF 132 I 229 consid. C) et a été qualifiée d'ordonnance (consid. 4.4).

8.
La recourante affirme, pour sa part, qu'il s'agit d'une décision au motif que les avoirs visés étaient précisément connus du Conseil fédéral. Ce point de vue ne saurait être suivi. En effet, seuls certains fonds appartenant à l'entourage de Jean-Claude Duvalier ont été localisés à ce jour ce qui ne signifie pas qu'il n'en existe point d'autre. La mesure prise par le Conseil fédéral, même si elle concerne aussi le compte de la recourante, vise le blocage de tous les fonds, y compris ceux qui n'ont pas été identifiés. C'est même le but d'une telle mesure qui, en définissant le plus largement possible les destinataires et les objets concernés, veut couvrir toutes les situations possibles et surtout celles qui ne sont pas connues.

En définitive, le Tribunal de céans est d'avis que la mesure du Conseil fédéral du 22 août 2007 doit être qualifiée d'ordonnance.

9.

9.1 La recourante soutient que quand bien même l'acte du Conseil fédéral du 22 août 2007 serait une ordonnance, celle-ci doit pouvoir faire l'objet d'un contrôle abstrait au motif que le nouvel art. 29a Cst. garantit à toute personne l'accès au juge et que des droits et obligations découlants de l'art. 6 par. 1 convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales (CEDH, RS 0.101) sont touchés par l'acte en question. Elle prétend ainsi déduire de la Constitution et du droit international public un accès au juge, nonobstant la teneur de l'art. 189 al. 4 Cst. qui

prévoit que les actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral ne peuvent pas être portés devant le Tribunal fédéral, exclusion, qui, il va de soi, vaut – a maiore ad minus – aussi devant le Tribunal administratif fédéral.

Là, encore son raisonnement tombe à faux.

9.2 L'art. 29a Cst., entré en vigueur le 1er janvier 2007 (RO 2006 1059 et 1205), dispose que toute personne a droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire; la Confédération et les cantons ont la possibilité d'exclure, par la loi, l'accès au juge dans des cas exceptionnels. Cette disposition vise à établir une garantie générale de l'accès au juge, en particulier dans le but de soumettre les actes de l'administration à un contrôle juridictionnel (MICHEL HOTTELIER, Les garanties de procédure, in Droit constitutionnel suisse, Zurich 2001, p. 814, n. 20; ANDREAS KLEY, Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, n. 3 ss ad art. 29a Cst.; HANS PETER WALTER, Justizreform, in Die neue Bundesverfassung, Zurich 2002, p. 131/132). L'art. 189 al. 4 Cst. – contrairement à ce que défend la recourante – constitue une exception expresse à la garantie générale d'accès au juge de l'art. 29a Cst. (cf. MCF FF 1997 I 539; AUBERT/MAHON, op. cit., p. 1449 n° 25; THOMAS SÄGESSER, Die Bundesbehörden, Berne 2000, p. 510 n° 1124).

9.3 La recourante ne peut non plus tirer argument de l'art. 6 par. 1 CEDH qui confère effectivement à toute personne le droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial lorsqu'il s'agit de statuer sur des contestations ayant trait à ses droits et obligations de caractère civil. Cette disposition implique l'existence d'une contestation réelle et précise, un lien ténu ou des répercussions lointaines ne suffisent pas, l'issue de la procédure doit être directement déterminante pour le droit en question (ATF 130 I 388 consid. 5.1 p. 394; 127 I 115 consid. 5b; Cour européenne des droits de l'homme (ci-après: Cour. eur. DH), Arrêt **Athanassoglou et autres c. Suisse** du 6 avril 2000, Recueil des arrêts et décisions, 2000-IV p. 217, par. 43; Cour eur. DH, Arrêt **Werner c. Autriche** du 24 novembre 1997, Recueil, 1997-VII p. 2496, par. 34; Cour eur. DH, Arrêt **Balmer-Schafroth et autres c. Suisse** du 26 août 1997, Recueil, 1997-IV p. 1346, par. 32 et les arrêts cités). Selon la jurisprudence des organes de Strasbourg, la CEDH a pour but de protéger des droits non pas

théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs (Cour eur. DH, Arrêt **Airey c. Irlande** du 9 octobre 1979, Série A, vol. 32 par. 24; Cour eur. DH, Arrêt **Artico c. Italie** du 13 mai 1980, Série A, vol. 37 par. 33).

9.4 Or, la seule existence d'une ordonnance ne met pas encore en jeu les droits et obligations protégés par la disposition conventionnelle. Ceux-ci ne sont que virtuellement susceptibles d'être concernés, le lien concret faisant encore défaut. L'art. 6 CEDH n'impose pas un contrôle juridictionnel déjà à ce stade. La situation se matérialise lorsqu'une décision mettant en oeuvre ladite ordonnance est prononcée et les exigences de la CEDH sont pleinement respectées si la décision d'application peut être entreprise devant un tribunal, ce qui est le cas en l'espèce.

10.
La lettre du DFAE du 22 août 2007 informant la succursale genevoise de l'UBS S.A. que la prolongation des mesures de blocage s'applique aux avoirs de la recourante, concrétise l'ordonnance du Conseil fédéral fondée sur l'art. 184 al. 3 Cst. dans un cas individuel et concret et constitue bel et bien une décision au sens de l'art 5 PA, à l'encontre de laquelle le recours devant la Cour de céans est ouvert selon l'art. 31 LTAF. Il s'agit d'une décision d'exécution d'une mesure prise pour la sauvegarde des intérêts du pays, émanant d'une autorité figurant à l'art. 33 let. d LTAF.

11.

11.1 Reste donc à examiner si la décision du DFAE tombe dans le champ d'application des exceptions prévues à l'art. 32 LTAF.

11.2 Rappelons qu'à teneur de l'art. 32 al. 1 let. a LTAF, le recours devant le Tribunal fédéral n'est pas recevable contre les décisions concernant la sûreté intérieure ou extérieure du pays, la neutralité, la protection diplomatique et les autres affaires relevant des relations extérieures, à moins que le droit international ne confère un droit à ce que la cause soit jugée par un tribunal. Cette disposition est le pendant de l'art. 72 PA, qui instaure dans les cas où le droit international ne confère pas un droit à ce que la cause soit jugée par un tribunal, une voie de droit devant le Conseil fédéral.

11.3 L'art. 32 al. 1 let. a LTAF première phrase correspond à l'art. 100 let. a de l'ancienne loi sur l'organisation judiciaire du 16 décembre

1943 (OJ, RO 3 521) qui excluait le recours de droit administratif pour ces mêmes motifs et concrétise dans sa deuxième phrase la jurisprudence selon laquelle cette exclusion ne s'applique pas lorsqu'une mesure prise pour la sauvegarde des intérêts de la Suisse porte sur des droits et obligations de caractère civil au sens de l'art. 6 par. 1 de la convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, RS 0.101) et qu'un contrôle judiciaire s'impose au regard des exigences du droit conventionnel (ATF 125 II 417 consid. 4).

11.4 La notion de droits de caractère civil est de nature autonome et est interprétée par le Tribunal fédéral en conformité à la jurisprudence de Strasbourg (ATF 130 I 388 consid. 5.1). Selon la notion large consacrée par la Cour européenne des droits de l'homme (Cour eur. DH, ***Schuler-Zgraggen c. Suisse*** du 24 juin 1993, Série A, vol. 263), elle ne comprend pas seulement les contestations de droit privé au sens étroit à savoir les litiges entre des particuliers ou entre des particuliers et l'Etat agissant au même titre qu'une personne privée, mais également les actes administratifs d'une autorité de puissance publique pour autant qu'ils produisent un effet déterminant sur des droits et obligations de caractère civil (ATF 130 II 425 consid. 2.2, ATF 125 I 209 consid. 7a et les références citées).

11.5 Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la notion de "personne" de l'art. 6 CEDH englobe non seulement les personnes physiques mais aussi les personnes morales (JOCHEN ABRAHAM FROWEIN/WOLFGANG PEUKERT, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 2e éd., Kehl et al., 1996, n. marg. 4 ad art. 6 et la jurisprudence citée).

11.6 Dans sa jurisprudence Mobutu déjà citée (ATF 132 I 229 consid. 6.3), qui concerne également le blocage d'avoirs en Suisse et de laquelle la Cour de céans n'a aucune raison de s'écarter, le Tribunal fédéral a établi qu'une décision gelant des fonds équivaut à une saisie et touche donc directement l'ayant-droit dans ses droits de caractère civil.

Partant, la recourante qui ne peut plus, depuis plus de 20 ans, librement disposer des avoirs dont elle est toujours légalement l'ayant-droit, a un droit découlant de l'art. 6 par. 1 CEDH à ce que la procédure relative au blocage d'avoirs soit conforme aux exigences

d'un procès équitable, ce qui implique que sa cause soit jugée par un Tribunal.

11.7 Le fait que la mesure soit prononcée pour une période limitée n'y change rien compte tenu de l'atteinte considérable et réitérée à la garantie de propriété (MATTHIAS OESCH, Wirtschaftliche Embargomassnahmen und richterlicher Rechtsschutz in der Schweiz, RDS 2005 I 301 ss, p. 318; HELEN KELLER, Antiterrormassnahmen: Verfahrensschutz bei Sperrung von Bankkonten, in Isabelle Häner [éd.], Nachdenken über den demokratischen Staat und seine Geschichte, Beiträge für Alfred Kölz, Zurich 2003, p. 299, 315).

12.

12.1 Il est vrai que la jurisprudence strasbourgeoise admet que le droit d'accès au juge se prête à des délimitations. Par exemple, les mesures provisionnelles échappent en principe au champ d'application de la CEDH (RUTH HERZOG, Art. 6 EMRK und kantonale Verwaltungsrechtspflege, Berne 1995, p. 72 et les références citées). Toutefois dans le cas d'espèce la mesure litigieuse, bien que limitée dans le temps, ne saurait être assimilée à une décision à caractère temporaire qui règle une situation juridique en attente d'une réglementation définitive au travers d'une décision principale ultérieure (cf. ISABELLE HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, RDS 116/1997, n. marg. 165, p. 376). Il s'agit au contraire d'une procédure indépendante dont l'issue ne dépend pas d'une décision sur le fond. En effet, l'avenir des fonds gelés peut se régler de différentes manières qui n'ont pas toutes un caractère judiciaire, on songe en particulier à une entente entre les différentes parties concernées.

12.2 L'application de l'article 6 par 1 CEDH a aussi été nié jusqu'à maintenant lorsque l'autorité a un libre pouvoir d'appréciation, tel que celui en matière de prérogatives discrétionnaires ou d'actes de gouvernement (cf. ATF 127 I 115 consid. 5b, ATF 125 I 209 consid. 7a, ATF 125 II 293 consid. 5b, ATF 122 II 464 consid. 3b; Cour eur. DH, Arrêt **Ganci c. Italie** du 30 Octobre 2003, par. 23 ss; Cour eur. DH, Arrêt **Posti et Rahko c. Finlande** du 24 septembre 2002, Recueil, 2002-VII p. 329, par. 50 ss; Cour eur. DH, Arrêt **Athanassoglou c. Suisse** du 6 avril 2000, Recueil, 2000-IV p. 217, par. 43 ss, JAAC 2000 N 136, RUDH 2000 p. 420; Cour eur. DH, Arrêt **Balmer-Schaffroth c. Suisse** du 26 août 1997, Recueil, 1997-IV p. 1346, par.

32, JAAC 1997 N 103, EuGRZ 1999 p. 183; Cour eur. DH, Arrêt **Kraska c. Suisse** du 19 avril 1993, Série A vol. 254-B, par. 25, RUDH 1993 p. 266; Cour eur. DH, Arrêt **Tre Traktörer Aktiebolag c. Suède** du 7 juillet 1989, Série A vol. 159, par. 41 ss, RUDH 1989 p. 169; MARK E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2e éd., Zurich 1999, n. marg 376 ss; FROWEIN/PEUKERT, op. cit., n. marg 6 ss ad art. 6; ARTHUR HAEFLIGER/FRANK SCHÜRMANN, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2e éd., Berne 1999, p. 132 et 134 ss; JACQUES VELU/RUSEN ERGEC, La Convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles 1990, n. marg 412 ss).

Les actes de gouvernement qui échappent au contrôle judiciaire sont ceux relevant des questions de politique pure. On songe par exemple à la reconnaissance d'un Etat étranger, aux problèmes concernant la stabilité d'un Etat, la neutralité, la protection diplomatique ainsi que l'établissement et la rupture de relations diplomatiques. Les questions de sécurité intérieure et extérieure sont également visées, (cf. SÄGESSER, op. cit., n. marg 1136, p. 512; ANDREAS KLEY-STRULLER, Der richterliche Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung, Zurich 1995 p. 273). Ce sont des domaines dans lesquels le gouvernement doit demeurer seul responsable des décisions prises puisque les mesures tendant à protéger l'intégrité de l'Etat et à maintenir de bonnes relations avec l'étranger font partie de ses tâches essentielles (ATF 121 II 248 consid. 1a, Arrêt du Tribunal fédéral du 6 octobre 2005 1A.157/2005 consid. 3).

Sont cités comme exemples (cf. ATF 104 IB 129 consid. 1) l'arrêté du Conseil fédéral du 24 février 1948 sur le discours politique des étrangers (RO 1948 111, abrogé le 9 mars 1998 RO 1998 1174) ou encore l'arrêté du Conseil fédéral du 29 décembre 1948 visant la propagande subversive (RO 1948 1282, abrogé le 1er juillet 1998).

12.3 Toutefois, on ne saurait déclarer par principe non justiciables toutes mesures en matière de sécurité intérieure et extérieure ainsi qu'en matière de défense nationale et les exclure de manière générale du champ d'application de l'art. 6 par. 1 CEDH. La nature politique d'un acte administratif ne doit pas être confondu avec sa justiciabilité (MARGRIT SCHILLING, Die Unterstellung von Regierungsentscheiden unter die Verwaltungsgerichtsbarkeit, Zurich 1973, p. 118). A cet égard dans un arrêt récent (ATF 125 II 417) mettant en cause une mesure de confiscation puis de destruction de matériel de propagande du *PKK*

prise par le Conseil fédéral pour des raisons de sécurité, le Tribunal fédéral a estimé que la mesure portait atteinte à des droits patrimoniaux et donc à des droits de caractère civil. Le fait qu'il s'agisse de mesures de sécurité intérieure ou extérieure n'est pas suffisant pour soustraire la cause à l'exigence d'un accès à un tribunal. En effet, la Haute Cour a jugé que, malgré son but policier, il n'était pas opportun d'exclure la confiscation contestée du champ d'application de la convention en tant qu'actes de gouvernement.

12.4 La question à résoudre consiste donc à déterminer dans quelle mesure une décision prise sur la base d'une ordonnance fondée comme en l'espèce sur l'art. 184 al. 3 Cst., soit en vue sauvegarder des intérêts du pays, est une décision à caractère politique prépondérant échappant au domaine d'application de l'art. 6 CEDH.

12.5 En l'espèce, la composante politique de la mesure litigieuse réside dans la sauvegarde de l'image de la Suisse et de sa place financière à l'étranger. Cet aspect ne justifie pas de l'exclure du champ d'application de l'art. 6 CEDH. En effet, la décision contestée revêt un caractère politique principalement en raison de la base légale qui la fonde, soit l'ordonnance édictée sur la base de l'art. 184 al. 3 Cst. Or, si la Suisse a tout intérêt à éviter que sa place financière soit utilisée pour le dépôt d'avoirs d'origine illicite, les principaux mécanismes pour identifier, bloquer, confisquer et restituer ces fonds se trouvent dans l'EIMP et dans la loi sur le blanchiment d'argent du 10 octobre 1997 (LBA, RS 955.0). Ces deux lois offrent aux accusés les garanties procédurales nécessaires. Jusqu'à ce jour, ce n'est que lorsque les situations impliquent des Etats qui ne sont pas en mesure de répondre aux exigences d'une procédure d'entraide judiciaire que le gel des biens s'opère à titre de mesures exceptionnelles de politique extérieure et ce à défaut d'une autre base légale applicable (cf. à ce sujet: BORGHI, op. cit., p. 127 ss et les références citées). Il ne serait pas conforme aux principes régissant un Etat de droit qu'en présence d'un même complexe de faits, les parties se trouvent privées d'une voie de droit dans un cas (blocage basé sur des motifs de politique extérieure) alors qu'elles en bénéficient dans l'autre (blocage basé sur l'entraide).

Il sied par ailleurs de relever que des démarches sont en cours en vue d'examiner l'opportunité de compléter l'arsenal juridique suisse existant afin de le doter d'une procédure de confiscation autonome,

qui serait applicable à des situation semblables au cas d'espèce (cf. à ce sujet les interpellations parlementaires – et les réponses du Conseil fédéral afférentes – des conseillers GYSIN 07.3324, BARBERAT 07.336, MARTY 07.3499 et la question du conseiller RECORDON 07.5168).

Le défaut d'une telle base légale ne doit pas conduire à priver la recourante d'un contrôle judiciaire du blocage de ses avoirs.

12.6 Il faut donc admettre que le caractère politique de la décision litigieuse n'est pas prépondérant au point de la placer hors de portée de l'art. 6 CEDH. Le Conseil fédéral est bien de cet avis puisqu'il admet que la décision du DFAE, en tant qu'elle applique son ordonnance, tombe sous le coup de la convention et est donc contestable conformément à l'art. 32 al. 1 let. a LTAF.

Cette interprétation est également conforme à la jurisprudence de Cour eur. DH qui n'admet que de façon restrictive les exceptions aux garanties offertes par l'art. 6 CEDH (Cour eur. DH, Arrêt **Pellegrin c. France** du 8 décembre 1999, Recueil, 1999-VIII, par. 64).

12.7 C'est par ailleurs également l'esprit de l'art. 47 al. 6 de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement de l'administration (LOGA, RS 172.010) qui dispose: "Lorsqu'il s'agit de décisions qui peuvent faire l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif fédéral, le dossier du Conseil fédéral est confié d'office au département compétent à raison de la matière."

La genèse de l'art. 189 al. 4 Cst. montre que cette délégation a pour but de sauvegarder les intérêts protégés par la CEDH.

12.8 Pour mémoire, le projet de nouvelle constitution fédérale avait été soumis aux Chambres fédérales en même temps qu'un projet de réforme des droits populaires et qu'un projet de réforme de la justice, si bien que le Message du Conseil fédéral et les débats parlementaires consécutifs portent à la fois sur le texte constitutionnel et sur la modification de ce même texte (cf. MCF, FF 1997 I 1 ss).

L'art. 189 al. 4 Cst – qui soustrait les actes du Conseil fédéral d'un éventuel contrôle judiciaire – dans sa forme actuelle, a été accepté en votation populaire le 12 mars 2000 et est entré en vigueur le 1er janvier 2007 (RO 2002 3148, 2006 1059; FF 2000 2814). Il correspond en substance à l'art. 177 al. 4 projet 96 Réforme de la justice, avec

une différence de taille: la deuxième phrase de l'actuelle disposition concernant les exceptions déterminées par la loi ne figurait pas dans le projet du Conseil fédéral (cf. MCF, FF 1997 I 652).

12.9 Le Message relatif à une nouvelle constitution se faisait l'écho de certains participants à la procédure de consultation qui souhaitaient un contrôle des actes du Conseil fédéral au motif qu'une partie de ces actes pourraient tomber dans le champ d'application de l'art. 6 par. 1 CEDH et devaient en conséquence être soumise au contrôle d'un tribunal (MCF, FF 1997 I 539). Le Message reconnaissait le bien-fondé de cette objection mais l'écarte en rappelant que les décisions susceptibles de restreindre les droits de l'homme doivent ressortir à la compétence des départements, ce qui garantit l'effectivité d'un recours (MCF, FF 1997 I 539-540).

12.10 La discussion a repris lors des débats parlementaires. Lors de l'examen de l'art. 177 projet 96 Réforme de la justice, la commission du Conseil des Etats a alors proposé de compléter l'alinéa 4 de la manière suivante "Soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt..." (BO 1998 E 258) qui est devenu par la suite en français "Les exceptions sont déterminées par la loi".

La proposition a été adoptée sans discussion par la Chambre haute (BO 1998 E 1018).

12.11 Au sein du Conseil national, les échanges ont été plus vifs. Une minorité proposait de permettre un recours auprès du Tribunal fédéral contre toutes les décisions du Conseil fédéral (VALLENDER, in BO 1998 N 1463). Cette proposition avait essentiellement pour objectif de préserver une voie de droit judiciaire lorsque l'art. 6 par. 1 CEDH le commandait. Ce point de vue a été contesté au motif qu'une telle possibilité intégrait également le contrôle des décisions à caractère purement politique alors que l'art. 177 al. 4 projet 96 Réforme de la justice se voulait précisément l'expression de la séparation des pouvoirs (ENGLER, PELLI, in BO 1998 N 1464).

12.12 Le compromis adopté fut finalement le suivant: la compétence de décider dans les domaines susceptibles de restreindre les droits de l'homme est transférée aux départements et les exceptions au principe de l'impossibilité de recours contre les actes du Conseil fédéral seront déterminées par la loi.

12.13 Toutefois, il est douteux que la compétence que tire le Conseil fédéral directement de la Constitution, comme en l'espèce de l'art. 184 al. 3 Cst., puisse être déléguée automatiquement en application de l'art. 47 al. 6 LOGA, sans une base légale spécifique, à une autre autorité (cf. dans ce sens le commentaire d'ANNE BENOÎT de l'ATF 132 I 229 in RDAF 2007 I 380, p. 383). En effet, une délégation automatique dans les domaines de l'art. 184 al. 3 Cst. porterait atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, en vertu duquel, le Conseil fédéral est compétent pour qualifier une question de "politique".

On peut donc en conclure que le Conseil fédéral a voulu respecter la volonté du législateur en confiant, le même jour que son adoption, l'application de son ordonnance au DFAE, permettant ainsi le contrôle d'une autorité judiciaire, en conformité à l'art. 6 CEDH.

13.

13.1 Au vu de ce qui précède, en application des art. 32 al. 1 let. a et 33 let. d LTAF, le Tribunal administratif fédéral est donc compétent pour connaître du présent recours contre la décision du DFAE. En revanche, le recours direct contre l'ordonnance du Conseil fédéral est irrecevable.

13.2 En tant qu'elle est titulaire du compte bancaire bloquée par la mesure litigieuse, la recourante est directement touchée par la décision du DFAE du 22 août 2007 de sorte qu'elle a un intérêt digne de protection à ce que celle-ci soit annulée ou modifiée (art. 48 al. 1 PA).

13.3 Pour le surplus, la procuration jointe au dossier étant signée par une personne disposant de pouvoir de représentation suffisants et le recours ayant été introduit dans la forme et le délai prescrits (art. 50 et art. 52 PA), il doit être déclaré recevable.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.
Le recours est irrecevable en tant qu'il concerne l'ordonnance du Conseil fédéral du 22 août 2007.

2. Le recours contre la décision du Département des affaires étrangères du 22 août 2007 est recevable.

3.
Les frais et les indemnités de partie sont réservés.

4.
Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (Acte judiciaire)
- aux intimés (Acte judiciaire)

Le président du collège : La greffière :

Johannes Frölicher Valérie Humbert

Indication des voies de droit :

Pour autant que les conditions au sens des art. 82 ss, 90 ss et 100 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110) soient remplies, la présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification. Le mémoire doit indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains du recourant (voir art. 42 LTF).

Expédition :