39

Extrait de l'arrêt de la Cour III
dans la cause Fondation Brouilly contre
Département fédéral des affaires étrangères et Conseil fédéral
C–1371/2010 du 23 septembre 2013

Blocage de valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées.

Art. 31, art. 33 let. b ch. 3 et art. 33 let. d LTAF. Art. 14 LRAI. Art. 26 et art. 184 al. 3 Cst.

1. **Examen de la recevabilité du recours dirigé contre une mesure de blocage du Conseil fédéral basée sur l'art. 184 al. 3 Cst. et contre le courrier du DFAE communiquant la mesure à la recourante (consid. 1).**
2. **Application de la LRAI aux décisions rendues sous l'ancien droit, pour des raisons d'ordre public et pour la sauvegarde d'intérêts publics prépondérants (consid. 2).**
3. **Admissibilité de la prolongation des blocages prononcés avant l'entrée en vigueur de la LRAI (art. 14 LRAI). Rétroactivité improprement dite (consid. 3).**
4. **Conformité du blocage de valeurs patrimoniales selon le droit applicable avant l'entrée en vigueur de la LRAI (art. 184 al. 3 Cst.) (consid. 4).**

Sperrung unrechtmässig erworbener Vermögenswerte politisch exponierter Personen.

Art. 31, Art. 33 Bst. b Ziff. 3, Art. 33 Bst. d VGG. Art. 14 RuVG. Art. 26, Art. 184 Abs. 3 BV.

1. **Prüfung der Zulässigkeit der Beschwerde gegen eine vom Bundesrat gestützt auf Art. 184 Abs. 3 BV angeordnete Sperrung und gegen das Schreiben des EDA, in dem die Massnahme der Beschwerdeführerin mitgeteilt wird (E. 1).**
2. **Anwendung des RuVG auf nach altem Recht getroffene Verfügungen aus Gründen der öffentlichen Ordnung und zur Wahrung von überwiegenden öffentlichen Interessen (E. 2).**

3. Sperrungen, die vor dem Inkrafttreten des RuVG angeordnet wurden, können nach Art. 14 RuVG verlängert werden; unechte Rückwirkung (E. 3).

4. Rechtmässigkeit der Sperrung von Vermögenswerten nach dem anwendbaren Recht vor dem Inkrafttreten des RuVG (Art. 184 Abs. 3 BV) (E. 4).

Blocco di averi di provenienza illecita di persone politicamente esposte.

Art. 31, art. 33 lett. b cifra 3, art. 33 lett. d LTAF. Art. 14 LRAI. Art. 26, art. 184 cpv. 3 Cost.

1. Esame dell'ammissibilità del ricorso interposto contro una misura di blocco disposta dal Consiglio federale in virtù dell'art. 184 cpv. 3 Cost. e contro lo scritto con cui il DFAE notifica la misura di blocco alla ricorrente (consid. 1).

2. Applicazione della LRAI alle decisioni fondate sul diritto previgente per motivi di ordine pubblico e per tutelare interessi pubblici prevalenti (consid. 2).

3. Ammissibilità della proroga dei blocchi pronunciati anteriormente all'entrata in vigore della LRAI (art. 14 LRAI). Retroattività impropria (consid. 3).

4. Conformità del blocco di valori patrimoniali secondo il diritto applicabile anteriormente all'entrata in vigore della LRAI (art. 184 cpv. 3 Cost.) (consid. 4).

Jean-Claude Duvalier fut président de la République d'Haïti, depuis la mort de son père, le 21 avril 1971, jusqu'au 7 février 1986, date à laquelle il remet le pouvoir et s'exile en France avec son épouse. Le 15 avril 1986, le blocage des avoirs en Suisse de l'ex-couple présidentiel a été ordonné par l'Office fédéral de la police (fedpol), service compétent à l'époque. Ces avoirs sont restés bloqués depuis lors.

La Fondation Brouilly (fondation de droit liechtensteinois, ci-après: la Fondation) a été constituée le 22 décembre 1977 par Simone Ovide Duvalier, mère de Jean-Claude Duvalier. La Fondation était titulaire d'un compte auprès d'une succursale genevoise de la banque X.

Par jugement du 12 janvier 2010 sur recours, le Tribunal fédéral a annulé, sous l'angle de la prescription, une décision de l'Office fédéral de la justice (OFJ) du 11 février 2009, par laquelle ledit office avait admis la demande d'entraide déposée le 12 juin 1986 par la République d'Haïti et avait ordonné que lui soient remis les avoirs détenus par la Fondation (ATF 136 IV 4).

Suite à ce jugement, le Conseil fédéral a décidé, le 3 février 2010, du blocage des fonds Duvalier, sur la base de l'art. 184 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101), jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur la confiscation et la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées, ou jusqu'à son rejet par le parlement.

Le même jour, par recommandé et par télécopie, le Département des affaires étrangères (DFAE) a informé la succursale genevoise de la banque X. et le mandataire de la Fondation de cette décision et du blocage de la relation bancaire en cause.

Agissant le 4 mars 2010 par l'intermédiaire de son mandataire, la Fondation interjette recours par devant le Tribunal administratif fédéral à l'encontre tant de la décision du Conseil fédéral que de celle du DFAE du 3 février 2010, concluant principalement, sous suite d'une équitable indemnité de partie, à leur nullité respective, subsidiairement à leur mise à néant. Elle invoquait la violation de l'art. 184 al. 3 Cst., dont l'application contreviendrait au principe de la séparation des pouvoirs, ainsi que celle des art. 5, 9, 26 et 36 Cst., soit la garantie de la propriété, en relation avec le principe de la proportionnalité.

Par courrier du 27 avril 2010, le DFAE a informé le Tribunal administratif fédéral qu'il était habilité à représenter le Conseil fédéral dans cette affaire et a produit une attestation authentifiée de la décision du 3 février 2010. Puis, les autorités intimées, dans leur réponse du 21 mai 2010, ont proposé principalement de déclarer irrecevable le recours en tant qu'il était dirigé contre la décision du Conseil fédéral du 3 février 2010 et de rejeter celui à l'encontre de la décision du même jour du DFAE. Sur le fond, elles estimaient avoir respecté l'art. 184 al. 3 Cst. et que le blocage était justifié par un intérêt public et qu'il respectait la proportionnalité.

Suite à l'entrée en vigueur, le 1er février 2011, de la loi du 1er octobre 2010 sur la restitution des avoirs illicites (LRAI, RS 196.1), le Tribunal

administratif fédéral a offert la possibilité aux parties de compléter leur détermination et/ou de modifier leurs conclusions.

Dans sa prise de position du 4 mars 2011, la recourante a affirmé que l'entrée en vigueur de la LRAI n'était pas de nature à rendre sans objet son recours, qui avait pour objet la conformité de la mesure de blocage avec l'art. 184 al. 3 Cst. Selon elle, quand bien même il faudrait considérer que le blocage fondé sur l'art. 184 al. 3 Cst. était remplacé ex lege par un blocage fondé sur la LRAI – ce qu'elle contestait – elle disposait d'un intérêt juridiquement protégé à ce que la question de principe de la portée de l'art. 184 al. 3 Cst. et de son utilisation extensive par le Conseil fédéral soit tranchée, même si l'intérêt actuel faisait défaut, puisqu'une telle contestation était susceptible de se reproduire en tout temps. Au demeurant, la recourante estimait que la LRAI n'était pas applicable au cas d'espèce.

Par courrier du 7 mars 2011, le DFAE a expliqué que l'art. 14 al. 1 LRAI avait pour effet de bloquer les avoirs que le Conseil fédéral avait gelé par décision du 3 février 2010 et que, dans ces circonstances, l'intérêt actuel et direct de la recourante à la poursuite de la procédure n'était plus établi. Le DFAE relevait encore que le Département fédéral des finances (DFF) avait été chargé d'ouvrir une action en confiscation des valeurs patrimoniales de Duvalier et de son entourage, laquelle a été déposée le 29 avril 2011 auprès du Tribunal administratif fédéral et a fait l'objet d'une procédure séparée (cf. ATAF 2013/40).

Le Tribunal administratif fédéral a déclaré irrecevable le recours dans la mesure où il était dirigé contre la décision du Conseil fédéral, l'a rejeté en ce qu'il concernait la décision du DFAE et a confirmé ladite décision.

Cet arrêt n'a pas fait l'objet d'un recours au Tribunal fédéral.

Extrait des considérants:

1.

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

1.2

1.2.1 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 à l'art. 33 LTAF et pour autant qu'il n'existe pas de motif d'exclusion selon l'art. 32 LTAF.

1.2.2 Le recours, interjeté le 4 mars 2010, est dirigé à l'encontre de la mesure de blocage du Conseil fédéral basée sur l'art. 184 al. 3 Cst. et contre le courrier du DFAE daté du même jour communiquant notamment à la recourante ladite mesure.

Le courrier du DFAE doit être assimilé à une décision au sens de l'art. 5 PA et, étant donné que ce département figure parmi les autorités mentionnées à l'art. 33 let. d LTAF, cette décision peut être attaquée devant le Tribunal administratif fédéral.

Le recours est en revanche irrecevable dans la mesure où il est dirigé contre la mesure décidée par le Conseil fédéral. Cette décision doit en effet être qualifiée d'ordonnance contre laquelle un recours n'est pas admissible, d'autant plus que les parties ont la possibilité d'attaquer la décision d'exécution du département. Pour le surplus, il est renvoyé à l'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 14 mars 2008, publié dans ATAF 2008/36 consid. 11 à 13.

Il est vrai qu'aux termes de l'art. 33 let. b ch. 3 LTAF, le recours est recevable même contre les décisions du Conseil fédéral en matière de blocage de valeurs patrimoniales fondé sur la LRAI**.** Cette loi, entrée en vigueur le 1er février 2011, concerne toutefois les blocages ordonnés sur la base de la nouvelle loi. Elle ne saurait donc pas ouvrir une voie de droit contre une décision rendue sous l'ancien droit (pour le droit applicable voir consid. 2.2).

1.3 En tant qu'elle est titulaire du compte bancaire bloqué par la mesure litigieuse, la recourante est directement touchée par la décision du DFAE du 3 février 2010, de sorte qu'elle a en soi un intérêt digne de protection à ce que celle-ci soit annulée ou modifiée (art. 48 al. 1 PA).

1.4 Pour le surplus, la procuration jointe au dossier a été signée par une personne disposant de pouvoirs de représentation suffisants et le recours a été introduit dans la forme et le délai prescrits (art. 50 et 52 PA), si bien qu'il est en principe recevable en tant qu'il concerne la décision du DFAE du 3 février 2010.

2.

2.1 La décision du DFAE attaquée a été rendue sous l'ancien droit, à savoir avant l'entrée en vigueur de la LRAI.

Selon la doctrine et la jurisprudence, en l'absence d'une disposition légale transitoire, la légalité d'un acte administratif doit en principe être examinée selon le droit en vigueur au moment où il a été édicté et un changement de loi intervenu au cours d'une procédure de recours devant un tribunal administratif n'a donc pas à être pris en considération. Un tel principe souffre une exception lorsqu'une application immédiate du nouveau droit s'impose pour des motifs impératifs, notamment lorsque les nouvelles dispositions ont été adoptées pour des raisons d'ordre public ou pour la sauvegarde d'intérêts publics prépondérants (ATF 129 II 497 consid. 5.3.2 et réf. cit.).

2.2 En l'espèce, les conditions pour une application immédiate de la LRAI sont données. En effet, la question de savoir si une mesure est nécessaire à la sauvegarde des intérêts de la Suisse dans ses relations avec l'étranger renferme une composante politique. Il s'agit ici de préserver la sécurité et l'intégrité de la place financière helvétique afin qu'elle ne soit pas perçue comme un refuge pour les fortunes d'origine criminelle. Dans son message du 28 avril 2010 relatif à la LRAI (FF 2010 2995 [ci-après: MCF LRAI], spéc. 3027), le Conseil fédéral expose que « Le projet de loi est né des difficultés rencontrées par le Conseil fédéral pour clore les cas d'entraide judiciaire avec des ‹ Etats défaillants ›. L'art. 2 formalise dans une loi fédérale la pratique du Conseil fédéral fondée sur l'art. 184, al. 3, Cst. en matière de blocage. Par conséquent, cette loi a vocation à donner une issue aux cas de blocage par le Conseil fédéral fondés sur l'art. 184, al. 3, Cst. qui, par hypothèse, seraient encore pendants au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi ». De surcroît, la volonté que la LRAI s'applique aux valeurs appartenant à la recourante résulte tant du message que des débats parlementaires (notamment MCF LRAI p. 3011; BO 2010 E 698, BO 2010 N 1180, 1183, 1185, 1191). Compte tenu de ces intérêts publics prépondérants, la LRAI s'applique donc à la présente cause.

2.3 Pour être complet, on relèvera qu'au 1er février 2011, soit au moment de l'entrée en vigueur de la LRAI, le gel d'avoirs et de ressources économiques institué sur la base de l'art. 184 al. 3 Cst. concernait les comptes et valeurs et objets de Jean-Claude Duvalier et son entourage (mesure du 3 février 2010), de certaines personnes originaires

de la Tunisie (ordonnance du 19 janvier 2011, RS 946.231.175.8) et de la Côte d'Ivoire (ordonnance du 19 janvier 2011, RS 946.231.128.9). Les mesures à l'encontre de certaines personnes originaires de la République arabe d'Égypte et ou celles à l'encontre de la Libye sur ce même fondement sont ultérieures à l'entrée en vigueur de la LRAI (2 février 2011 pour l'Egypte [RS 946.231.132.1] et 21 février 2011 pour la Libye [RS 946.231.149.82], remplacé le 30 mars 2011 par une ordonnance fondée sur la loi sur les embargos du 22 mars 2002 [LEmb, RS 946.231]). Toutefois, seuls les blocages des fonds de la recourante et de ceux dans le pouvoir de disposition d'autres membres du clan Duvalier étaient dictés par le motif qu'une demande d'entraide pénale internationale n'avait pas abouti, ainsi que l'exige l'art. 14 al. 1 LRAI. En effet, la LRAI est une solution subsidiaire à la loi sur l'entraide pénale internationale du 20 mars 1981 (EIMP, RS 351.1) et ne s'applique que lorsqu'une demande d'entraide judiciaire internationale en matière pénale ne peut aboutir en Suisse en raison de la situation de défaillance au sein de l'Etat requérant dans lequel la personne politiquement exposée (…) exerce ou a exercé sa fonction publique (art. 1 LRAI).

3.

3.1 L'art. 14 LRAI figure dans la section 6 de la loi, dans les dispositions finales, sous le titre marginal « Dispositions transitoires » et a la teneur suivante: « Les valeurs patrimoniales qui, lors de l'entrée en vigueur de la présente loi, sont bloquées par le Conseil fédéral sur la base de l'art. 184, al. 3, de la Constitution parce que la demande d'entraide pénale internationale n'a pas abouti restent bloquées jusqu'à décision entrée en force sur leur confiscation conformément à la présente loi » (al. 1). L'al. 2 prévoit que « le blocage est caduc si une action en confiscation n'est pas ouverte dans l'année qui suit l'entrée en vigueur de la présente loi ». En l'espèce, le 29 avril 2011, le DFF a déposé auprès du Tribunal administratif fédéral une action en confiscation (ATAF 2013/40). Le blocage ordonné le 3 février 2010 continue dès lors de déployer ses effets, même après l'entrée en vigueur de la LRAI, sur la base de l'art. 14 al. 1 LRAI.

3.2 L'art. 14 LRAI, qui attache des conséquences à des situations antérieures à sa mise en force, n'a pas prêté à discussion lors des débats devant le Conseil des Etats, premier Conseil à s'être penché sur le projet (BO 2010 E 702), ni devant le Conseil national (BO 2010 N 1198), en dehors de la position de principe du député Nidegger qui refusait l'entrée

en matière au nom d'une minorité de la Commission pour différents motifs, notamment du fait que « la non-rétroactivité était battue en brèche par des mesures transitoires […] » (BO 2010 N 1181).

En revanche, cette disposition a suscité de nombreuses critiques dans la doctrine, principalement en lien avec les articles de la LRAI sur la confiscation, mesure considérée par certains comme une peine et qui bénéficierait de ce fait des garanties découlant du principe de la légalité et donc de l'interdiction de la rétroactivité. L'effet rétroactif de l'art. 14 al. 1 LRAI contreviendrait ainsi à l'art. 7 de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, RS 0.101) (URSULA CASSANI, Les avoirs mal acquis, avant et après la chute du « potentat », Revue suisse de droit international et de droit européen [RSDIE], vol. 20 p. 465 ss, spéc. 478 à 479; ETIENNE GRISEL, Vers une loi fédérale sur la « restitution des avoirs illicites », in: Etat de droit et confiscation internationale, Giroud/Borghi [éd.], Genève 2010, p. 209 ss, spéc. 210–212; BERNARD BERTOSSA, La restitution des valeurs issues de la corruption, in: Lutte contre la corruption internationale The never ending story, Cassani/Héritier Lachat [éd.], Genève 2011, p. 137 n. 7; ALIZÉE LECOUTURIER, La « Lex Duvalier », in: Jusletter du 12 novembre 2012, n° 115 ss; MARNIE DANNACHER, Diktatorengelder in der Schweiz, Bâle 2012, p. 157 à 160). Cette question de la compatibilité de l'art. 14 LRAI avec l'art. 7 CEDH peut rester ouverte au stade du blocage, lequel ne revêt aucun caractère pénal, et sera examinée dans la procédure en confiscation laquelle fait l'objet d'une procédure séparée (ATAF 2013/40).

3.3

3.3.1 S'agissant des griefs concernant l'interdiction de la rétroactivité soulevés par la recourante, il convient de relever ce qui suit, étant entendu qu'à teneur de l'art. 190 Cst., le Tribunal fédéral et les autres autorités (y compris le Tribunal administratif fédéral, voir ATAF 2008/48 consid. 5.3) sont de toute façon tenus d'appliquer les lois fédérales.

3.3.2 L'interdiction de la rétroactivité (proprement dite) fait obstacle à l'application d'une norme à des faits entièrement révolus avant son entrée en vigueur. En effet, le droit intertemporel prescrit que les règles applicables sont, en principe, celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 137 V 105 consid. 5.3.1, ATF 136 V 24 consid. 4.3; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Bâle

2008, n° 2.202; PIERRE MOOR/ALEXANDRE FLÜCKIGER/VINCENT MARTENET, Droit administratif, vol. I: Les fondements généraux, 3e éd., Berne 2012, p. 184). En revanche, si les faits ayant pris naissance sous l'empire de l'ancien droit déploient encore des effets sous le nouveau droit, on parle de rétroactivité improprement dite, laquelle est généralement admise, sous réserve des droits acquis (ATF 137 II 371 consid. 4.2, ATF 122 V 405 consid. 3b; ATAF 2009/3 consid. 3.2).

3.3.3 Dans le cas d'espèce, au moment de l'entrée en vigueur de la LRAI, les fonds litigieux étaient déjà bloqués en vertu d'une mesure du Conseil fédéral basée sur l'art. 184 al. 3 Cst. Ce blocage était valable en tout cas jusqu'à l'entrée en vigueur de la LRAI et, par le biais de l'art. 14 LRAI, même après le 1er février 2011. La situation n'était donc pas complètement révolue au moment de l'entrée en vigueur de la loi. Il s'agit par conséquent d'un cas de rétroactivité improprement dite, laquelle est admise. Cette solution se justifie d'autant plus que l'art. 14 LRAI a une validité limitée dans le temps: d'une part, il suppose qu'une action en confiscation soit intentée dans un délai d'un an, d'autre part, il indique que les avoirs restent bloqués jusqu'à décision sur l'action en confiscation.

4.

4.1 L'art. 14 LRAI étant applicable au cas d'espèce, il reste à examiner si le blocage ordonné par le DFAE le 3 février 2010 était conforme aux dispositions légales en vigueur au moment de la décision attaquée, à savoir l'art. 184 al. 3 Cst. En effet, la décision de blocage peut continuer de déployer ses effets après l'entrée en vigueur de la LRAI seulement si elle était conforme à la disposition constitutionnelle.

4.2 Il est admis que l'art. 184 al. 3 Cst. permet un gel des avoirs équivalant à un séquestre sans que cela ne constitue en principe une restriction grave à la propriété garantie par l'art. 26 Cst. (ATF 130 I 360 consid. 1.2 et réf. cit.; arrêt du Tribunal fédéral 1P.694/2005 du 10 janvier 2006 consid. 2.2 et réf. cit.), une mesure de blocage prise sur cette base n'est toutefois que provisoire; cette disposition ne pouvant directement servir à une confiscation et à une restitution des fonds gelés (SANDRINE GIROUD-ROTH/LAURENT MOREILLON, Restitution spontanée des fonds bloqués à des Etats défaillants, in: Pratique juridique actuelle [PJA] 2009 p. 283).

4.3 In casu, eu égard au fait que la procédure d'entraide avait échoué, le droit en vigueur au moment du blocage constitutionnel ne permettait plus ni de confisquer ni de restituer les fonds gelés. Or une saisie ne peut se justifier que tant que subsiste une probabilité de confiscation (arrêts du Tribunal fédéral 1S.33/2005 du 5 décembre 2005 consid. 2.1 et 1P.405/1993 du 8 novembre 1995 consid. 3, paru à La Semaine judiciaire [SJ] 1994 p. 97). Le Tribunal fédéral a déjà observé que les mesures prises sur la base de l'art. 184 al. 3 Cst. sont souvent « *praeter legem* » et se substituent en quelque sorte à des lois qui n'existent justement pas (ATF 131 III 652 consid. 2; également GIOVANNI BIAGGINI, Entwicklungen und Spannungen im Verfassungsrecht, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 111 p. 1 ss, spéc. p. 12). Mais le recours à l'art. 184 al. 3 Cst. ne peut être qu'extraordinaire et ne doit pas devenir la règle à chaque fois que les autorités se trouvent dans une impasse, pour tenter de gagner du temps. Cela reviendrait à leur octroyer un pouvoir discrétionnaire, ce que les principes de l'Etat de droit réprouvent. Ainsi, si cette manière de faire, qui consiste à prolonger artificiellement un état de fait afin de le soumettre à une loi qui n'existe pas encore en usant extensivement de l'art. 184 al. 3 Cst., peut soulever des doutes, il n'en reste pas moins qu'elle peut être admise en l'espèce compte tenu de la latitude de l'autorité inférieure. En outre, on ne peut pas passer sous silence la volonté claire du législateur de soumettre la présente affaire à la LRAI et de garder, à tout le moins provisoirement, les fonds de la recourante bloqués jusqu'à décision sur l'action en confiscation par le biais de l'art. 14 LRAI.

5.

5.1 Compte tenu de ce qui précède, le recours doit être rejeté et la décision attaquée du DFAE confirmée. Le recours est en revanche irrecevable dans la mesure où il est dirigé contre la décision du Conseil fédéral de la même date (consid. 1.2.2).

5.2 Selon l'art. 63 al. 1 PA, en règle générale, les frais de procédure sont mis à la charge de la partie qui succombe. En l'espèce, la recourante succombe entièrement, si bien qu'il se justifie de lui faire supporter les frais de procédure, d'un montant de 12 000 francs. Ce montant est compensé par l'avance de frais déjà versée de 12 000 francs.

5.3 En vertu de l'art. 64 al. 1 PA, l'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui sont occasionnés. Au vu de ce qui précède, la recourante n'a pas droit à des dépens