

L'exécution des jugements et la « raison d'Etat »

par

Pascal Mahon et Eloi Jeannerat

Professeur et assistant-doctorant à l'Université de Neuchâtel

I. Introduction.....	221
II. Le droit de nécessité et l'indépendance de la justice	223
A. Les principes constitutionnels en jeu	223
B. La loi sur la sauvegarde de la démocratie, de l'Etat de droit et de la capacité d'action dans les situations extraordinaires	224
C. Quelques affaires riches d'enseignements	226
III. Les moyens d'action du Conseil fédéral	228
A. L'ordonnance indépendante.....	229
B. La décision indépendante.....	231
C. Les lois spéciales (LRAI, LEmb, LTBC)	234
D. La clause générale de police	237
E. La haute surveillance selon l'art. 15 LP.....	238
F. Tableau récapitulatif.....	240
IV. La protection des particuliers	241
A. La caducité des mesures	241
B. Le recours juridictionnel	241
1. <i>La voie du recours</i>	241
2. <i>L'objet du recours</i>	246
3. <i>L'effet suspensif du recours</i>	247
4. <i>Les griefs invocables</i>	248

C. L'action en réparation du dommage.....	256
V. La responsabilité des risques financiers.....	256
A. Les frais de la procédure d'exécution.....	256
B. La responsabilité pour acte illicite.....	258
VI. Conclusions.....	260

I. Introduction

1. « Le Conseil fédéral a décidé ce jour que les biens culturels de la collection du Musée national russe des Beaux-Arts Pouchkine de Moscou peuvent quitter le territoire suisse. Il a ainsi levé le séquestre demandé et obtenu par la société Noga ». C'est ce que déclarait le Conseil d'Etat valaisan, le 16 novembre 2005¹, tout en se félicitant enfin de ce dénouement d'une affaire qui avait placé dans une situation délicate la Fondation Pierre Gianadda, laquelle avait présenté les tableaux en cause dans le cadre de l'exposition Chefs-d'œuvre de la peinture française dans la collection du Musée National des Beaux-Arts Pouchkine de Moscou². Ces 54 tableaux avaient été interceptés et saisis lors de leur transport en camion (à Bâle et à Genève), à l'issue de l'exposition, suite à une demande de séquestre de la société genevoise en litige financier avec la Fédération de Russie. La saisie a été levée quelques heures plus tard sur ordre du Gouvernement suisse³.
2. Ainsi, ce que certains se sont peut-être empressés d'appeler la « raison d'Etat » avait primé sur l'intérêt privé à l'exécution d'une sentence arbitrale exécutoire. Celle-ci reconnaissait pourtant la Fédération de Russie débitrice d'une dette de plusieurs dizaines de millions de dollars envers la société Noga. Sous la pression de l'Etat

¹ Communiqué du Conseil d'Etat du canton du Valais sur www.vs.ch (>communications et medias>communiqué IVS), consulté le 13 juillet 2011.

² Sur l'exposition, voir le site de la fondation, http://www.gianadda.ch/wq_pages/fr/expositions/ancienne-pouchkine.php, consulté le 12 août 2011.

³ Pour un résumé des événements, voir notamment http://www.swissinfo.ch/fre/actualite/Tableaux_russes_saisis..._puis_liberes.html?cid=4850588, consulté le 12 août 2011. Pour une description complète et détaillée des divers rebondissements de l'affaire, ATF 134 III 177, 178-180, *Office des poursuites et faillites du district de Martigny contre Compagnie Noga d'importation et d'exportation SA et Fédération de Russie*, du 29 janvier 2008 ; voir aussi PETER HANSJÖRG, Les tableaux du Musée Pouchkine de Moscou, BLSchK 2006/2, p. 61-66, spéc. 61-65 (avec les documents de l'affaire), ainsi que CANDRIAN JÉROME, Les tableaux du Musée Pouchkine de Moscou : poursuites, immunité et arbitrage sous le signe de l'Etat de droit, BLSchK 2007/3, p. 85-99, spéc. 86-88.

russe, le Conseil fédéral s'était donc immiscé dans une procédure judiciaire de poursuite pour dettes, plus précisément une procédure de séquestre, qui ne relevait pas de sa compétence.

3. Même si les litiges civils donnant lieu à une intervention du Conseil fédéral dans le domaine judiciaire restent heureusement rares, leur intérêt pratique n'est pas négligeable, ne serait-ce que par la valeur litigieuse élevée de ces litiges, qui concernent souvent des biens financiers ou culturels importants⁴. La rareté de telles interventions extraordinaires du Gouvernement fédéral et leur relative opacité font par ailleurs que les nombreuses questions juridiques qu'elles peuvent soulever ne trouvent aucune réponse toute faite dans la loi, ni dans une pratique bien établie.
4. Pour ces deux raisons, la présente contribution tente de faire le point sur les cautèles du droit d'intervention exceptionnel du Conseil fédéral, appelé « droit de nécessité », tout particulièrement lorsqu'il est exercé au détriment de l'indépendance de nos organes judiciaires. Pour ce faire, il apparaît tout d'abord judicieux de se pencher brièvement sur la problématique et les enjeux constitutionnels qui gravitent autour du droit de nécessité du Conseil fédéral, en abordant notamment et brièvement la récente *Loi fédérale sur la sauvegarde de la démocratie, de l'Etat de droit et de la capacité d'action dans les situations extraordinaires* qui cherche précisément à l'« encadrer » (II). On distinguera ensuite les différents instruments d'action à disposition du Conseil fédéral qui lui permettent d'empêcher l'exécution d'un jugement (III), avant de déterminer les moyens de défense des particuliers contre de tels actes (IV). La question de la charge financière liée à une intervention urgente du Conseil fédéral sera traitée en fin de contribution (V), avant une brève conclusion (VI).

⁴ GABUS PIERRE, Confiscation et saisie d'un bien culturel, SJ 2008, p. 227-247, spéc. 230 : « Aux décisions dites ordinaires de blocage des biens culturels que sont la confiscation pénale ou la saisie par la voie du séquestre civil, s'ajoutent des mesures exceptionnelles qui, en pratique, ont souvent concerné des biens culturels. »

II. Le droit de nécessité et l'indépendance de la justice

A. Les principes constitutionnels en jeu

5. Même si la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst.) ne le consacre pas par une disposition spécifique, le principe de la séparation des pouvoirs n'en est pas moins un élément fondamental – de rang constitutionnel – de l'organisation des autorités fédérales et cantonales. La séparation des pouvoirs vaut même de manière presque parfaite pour la fonction judiciaire : celle-ci est assez clairement définissable et peut aisément être confiée à des tribunaux, dont l'indépendance institutionnelle est, elle, expressément consacrée à l'art. 191c de la Constitution⁵.
6. En outre, l'art. 29a de la Constitution et l'art. 6 de la Convention européenne sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) consacrent quant à eux la garantie individuelle de l'indépendance de la justice, en conférant à toute personne, sauf cas exceptionnels, le droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire indépendante. Autrement dit, les particuliers ont un droit fondamental à ce que non seulement aucune autorité extérieure n'influence la décision judiciaire, mais surtout à ce que le jugement rendu par une telle autorité soit respecté par les autres pouvoirs, notamment par le pouvoir exécutif. Il existe ainsi un droit individuel à l'exécution des décisions judiciaires, au risque sinon de rendre illusoirs l'accès à la justice et l'indépendance de celle-ci⁶.

⁵ MAHON PASCAL, *in* : Jean-François Aubert/Pascal Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003, N 5-6 ad Titre V, p. 1124.

⁶ Cf., pour plus de détails, MEYER-LADEWIG JENS, EMRK, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 3^e éd., Baden-Baden 2011, Art. 6, N 51, p. 133-134, et les arrêts de la CourEDH qui y sont cités, notamment l'arrêt du 21 décembre 2004, 3497/02, *Derkac et Palek c. Ukraine*, par. 73, et l'arrêt du 3 février 2005, 2577/02, *Fociac c. Roumanie*, par. 69.

7. Néanmoins, dans certaines circonstances extraordinaires – notamment lorsque le jugement condamne ou tend à condamner un Etat ou un personnage politique étranger –, l'intérêt individuel à l'exécution du jugement peut céder le pas à un intérêt général à ce que ce jugement ne soit pas exécuté ou, du moins, pas immédiatement. Or, souvent, le manque de temps ou l'imprévisibilité de la situation font qu'aucune base légale précise n'a été créée afin de régir l'action des pouvoirs publics dans un tel contexte. En effet, le législateur peut difficilement prévoir et adopter à l'avance, de manière générale et abstraite, les règles et mesures nécessaires à la sauvegarde de la Suisse, notamment dans le domaine de la politique extérieure⁷.
8. Dans ce cas, la Constitution fédérale peut admettre des exceptions aux principes de séparation des pouvoirs et d'indépendance de la justice, respectivement à la garantie de l'exécution des jugements. En effet, le constituant suisse a expressément habilité le Conseil fédéral à adopter des ordonnances ou à prendre des décisions urgentes – empiétant le cas échéant dans le domaine judiciaire – « *lorsque la sauvegarde des intérêts du pays l'exige* » (art. 184 al. 3 Cst.) ou « *en vue de parer à des troubles existants ou imminents menaçant gravement l'ordre public, la sécurité extérieure ou la sécurité intérieure* » (art. 185 al. 3 Cst.).
9. Cette quasi-omnipotence du Conseil fédéral dans certaines situations exceptionnelles est appelée, on l'a dit, « droit de nécessité ».

B. La loi sur la sauvegarde de la démocratie, de l'Etat de droit et de la capacité d'action dans les situations extraordinaires

10. Très longtemps, ce droit de nécessité n'était réglé que par les art. 184 al. 3 et 185 al. 3 Cst. susmentionnés, dont la formulation est somme toute assez laconique. Ce n'est que très récemment que l'Assemblée fédérale s'est décidée, suite à diverses « affaires », à poser certaines

⁷ Voir le Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national sur l'initiative parlementaire « Sauvegarde de la démocratie, de l'Etat de droit et de la capacité d'action dans les situations extraordinaires », du 5 février 2010, FF 2010 1431-1464 (cité : Rapport CIP), spéc. 1446.

cautèles générales à l'intervention du Conseil fédéral. Ainsi, la *Loi fédérale sur la sauvegarde de la démocratie, de l'Etat de droit et de la capacité d'action dans les situations extraordinaires*, adoptée le 17 décembre 2010 et entrée en vigueur le 1^{er} mai 2011⁸, a complété la *Loi fédérale sur l'organisation du gouvernement et de l'administration* (LOGA) de trois articles, lesquels fixent à présent les règles que le Conseil fédéral doit respecter lorsqu'il adopte une *ordonnance* urgente visant à sauvegarder les intérêts du pays (art. 7c LOGA) ou à préserver la sécurité extérieure ou intérieure (art. 7d LOGA) ou encore lorsqu'il prend une *décision* urgente visant à sauvegarder les intérêts du pays ou à préserver la sécurité extérieure ou intérieure (art. 7e LOGA).

11. A vrai dire, ce sont essentiellement les circonstances de la recapitalisation de la banque UBS SA, suite à la crise financière mondiale de l'automne 2008, qui sont à l'origine de cette nouvelle loi, qui ont guidé les débats législatifs et qui ont forgé son contenu essentiel⁹. Il semble en outre qu'il se soit davantage agi de rééquilibrer les pouvoirs de l'Assemblée fédérale par rapport à ceux du Conseil fédéral que de se préoccuper des pouvoirs des autorités judiciaires, lesquelles sont un peu les grandes oubliées des débats et de la loi. Dès lors, le praticien ne devra pas être étonné de ne

⁸ RO 2011 1381-1384.

⁹ Rapport CIP précité (n. 7), p. 1437, ainsi que BO CN 2010, p. 1201-1202, intervention Isabelle Moret : « C'est bien évidemment le dossier UBS qui est à l'origine de ce projet. Cet événement illustre bien les deux aspects du problème que je viens de mentionner. D'une part, le régime actuel a permis au Conseil fédéral d'agir avec célérité et efficacité, mais d'autre part, il y a eu un grand déficit de légitimité démocratique dans cette affaire. En d'autres termes, le système actuel permet trop facilement au Conseil fédéral de mettre le Parlement devant le fait accompli. » La nouvelle loi ainsi adoptée comporte aussi des modifications de la loi du 7 octobre 2005 sur les finances (RS 611), qui sont destinées à régler la question des dépenses urgentes (comme celle liée à la recapitalisation de l'UBS, justement). Sur cette recapitalisation, cf., en plus du Rapport CIP (n. 7), p. 1437, SCHOTT MARKUS/KÜHNE DANIELA, *An den Grenzen des Rechtsstaats : exekutive Notverordnungs- und Notverfügungsrechte in der Kritik*, ZBl 8/2010, p. 409-450, spéc. 432-440, ainsi que KLEY ANDREAS/SEFEROVIC GORAN, *Die Polizeigeneralklausel als notrechtliches Instrument gegen die Finanzkrise*, in : DANIEL KÜBLER/PHILIPPE KOCH (édit.), *Finanzkrise und Demokratie, Herausforderung für Politik, Recht und Bildung*, Zurich 2011, p. 43-59, spéc. 50-51.

trouver que peu de réponses aux nombreuses questions que pose pourtant l'exercice du droit de nécessité, notamment lorsqu'il empiète sur le domaine judiciaire. La loi présente ainsi une lacune qui illustre bien cet aspect, en ce sens qu'elle ne prévoit aucune protection judiciaire contre les mesures prises au nom d'un prétendu droit de nécessité, alors même qu'elle tend – selon son propre titre – à garantir un Etat de droit¹⁰.

C. Quelques affaires riches d'enseignements

12. Depuis le 1^{er} janvier 2000, date d'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution fédérale, soit depuis un peu plus de dix ans, le Conseil fédéral a exercé son droit de nécessité une quinzaine de fois¹¹. Trois de ces interventions méritent à notre sens d'être – spécialement mais brièvement – rappelées ici, du fait qu'elles représentent autant de cas où le Conseil fédéral s'est permis d'intervenir dans des procédures judiciaires pendantes ou des jugements définitifs, et cela au détriment de l'indépendance de la justice. De surcroît, en l'absence de règles constitutionnelles et légales claires en la matière¹², ces affaires fournissent quelques principes et règles – de fond et de procédure – topiques s'agissant de la possibilité pour le Conseil

¹⁰ Voir dans le même sens, SCHOTT/KÜHNE (n. 9), p. 450, et BIAGGINI GIOVANNI, *Entwicklungen und Spannungen im Verfassungsrecht, Versuch einer Standortbestimmung zehn Jahre nach Inkrafttreten der Bundesverfassung vom 18. April 1999*, ZBl 1/2010, p. 1-41, spéc. 31 : « *Wichtig ist und bleibt eine wirksame Kontrolle ex post. Vor allem im Bereich der Verfügungen ist die aktuelle Rechtslage unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten unbefriedigend. Eine Anfechtung von Rechtsakten des Bundesrates ist grundsätzlich ausgeschlossen (vgl. Art. 189 Abs. 4 BV ; Art. 86 BGG ; Art. 33 VGG). Dass es in einzelnen Fällen gleichwohl auf Umwegen zu einer gerichtlichen Überprüfung von Massnahmen gemäss Art. 184/185 Abs. 3 BV kam, ist besonderen Umständen zu verdanken, bestätigt aber letztlich nur das bestehende rechtsstaatliche Defizit, das man bei einer Reform des Instituts beheben sollte.* » Certaines lois spéciales prévoient en revanche une voie de recours contre un acte pris par le Conseil fédéral en vertu du droit de nécessité (cf., sur la question, *infra* N 24 à 26 et 34).

¹¹ Pour un aperçu de l'ensemble des interventions du Conseil fédéral, cf. Rapport CIP précité (n. 7), p. 1438-1445.

¹² Cf. *supra* N 10 et 11.

fédéral d'empiéter sur le pouvoir judiciaire et, notamment, de s'opposer à l'exécution de jugements exécutoires.

13. Ces trois affaires sont les suivantes :

– Le 15 décembre 2003, le Conseil fédéral a décidé de bloquer les avoirs de la famille *Mobutu*¹³. Cette décision, prorogée à plusieurs reprises par la suite, a été contestée plusieurs fois devant le Tribunal fédéral par une personne au bénéfice d'un jugement condamnatore à l'encontre de l'ex-dictateur et d'un séquestre sur une partie de ses fonds¹⁴. Le Tribunal fédéral s'est donc prononcé trois fois sur la possibilité pour le Conseil fédéral d'opposer son droit de nécessité à l'exécution d'un jugement civil ainsi que sur la question de la responsabilité qui en découle.

– Comme déjà évoqué¹⁵, le 16 novembre 2005, le Conseil fédéral a décidé de lever un séquestre opéré par les autorités de poursuite – ou du moins de laisser les biens objets de ce séquestre quitter le pays – portant sur des tableaux appartenant à la collection du *Musée Pouchkine de Moscou*¹⁶. Même si cette décision n'a fait l'objet d'aucune jurisprudence¹⁷, elle a été l'objet de nombreux commentaires doctrinaux qui ont porté entre autres sur la question du droit de nécessité¹⁸.

¹³ La décision n'a pas été publiée.

¹⁴ ATF 131 III 652, *Confédération suisse contre X.*, du 14 septembre 2005, et ATF 132 I 229, *A. contre Département fédéral des affaires étrangères*, du 27 avril 2006, ainsi que TF 2A.511/2005, *A.X., B.X., C.X. contre Confédération suisse*, du 16 février 2009.

¹⁵ Cf. *supra* N 1.

¹⁶ Cf. communiqué de presse du Conseil fédéral du 16 novembre 2005, sur www.admin.ch/br (>actualités>archives des communiqués), consulté le 26 juillet 2011.

¹⁷ Sauf en ce qui concerne la question du sort des frais du séquestre (cf. ATF 134 III 177, du 29 janvier 2008 [précité n. 3], ainsi que, sur cette question, les N 62 à 64 *infra*, dans le texte).

¹⁸ Cf. notamment PETER (n. 3), p. 64 ; CANDRIAN (n. 3), p. 94 ; GABUS (n. 4), p. 227 ss.

– Enfin, le 14 novembre 2007, le Conseil fédéral a décidé de détruire certains documents – relatifs à la construction de l’arme atomique – saisis dans le cadre d’une procédure pénale instruite à charge des frères *Urs, Marco et Friedrich Tinner*. Or une telle destruction vidait une partie du dossier à charge des prévenus, au risque de contraindre les autorités pénales à classer certains chefs de prévention. Même si cette affaire, qui a longtemps été discutée au sein du Parlement et a même donné lieu à une enquête de la Délégation des Commissions de gestion¹⁹, semble *a priori* relever davantage de la procédure pénale, une des questions essentielles qu’elle pose n’en reste pas moins exactement celle qui nous intéresse : la question de savoir quand le Conseil fédéral peut-il se prévaloir de son droit de nécessité et empiéter sur les attributions du pouvoir judiciaire.

III. Les moyens d’action du Conseil fédéral

14. Lorsqu’il agit sur la base du droit de nécessité, en se fondant directement sur la Constitution, le Conseil fédéral peut le faire soit sous forme d’*ordonnance*, c’est-à-dire en adoptant des règles générales et abstraites, soit sous forme de *décision*, pour trancher une situation individuelle et concrète. On examinera donc ici, dans un premier temps, ces deux formes d’action, pour mettre en évidence les principes posés récemment, et de manière générale, par la *Loi sur la sauvegarde de la démocratie, de l’Etat de droit et de la capacité d’action dans les situations extraordinaires*, afin de limiter, précisément, et d’encadrer ces formes d’action (A et B). On verra en outre que plusieurs lois spéciales interviennent elles aussi dans le domaine considéré (C). Enfin, on dira quelques mots du recours à la clause générale de

¹⁹ Voir le Rapport de la Délégation des Commissions de gestion des Chambres fédérales du 19 janvier 2009, « Affaire Tinner : gestion du dossier par le Conseil fédéral et légalité des mesures ordonnées », FF 2009 4493-4549 (cité : Rapport « Tinner »), et, pour l’avis du Conseil fédéral, du 17 juin 2009, FF 2009 4551-4556. Cf. aussi, sur cette affaire, SCHOTT/KÜHNE (n. 9), p. 423-433.

police dans le contexte qui nous intéresse (D), ainsi que des moyens de surveillance propres à l'exécution forcée (E).

A. L'ordonnance indépendante

15. Comme évoqué, lorsque le Conseil fédéral veut exercer son droit de nécessité, il peut adopter de nouvelles règles de droit dans une ordonnance – qui sera qualifiée d'« ordonnance indépendante » puisqu'elle se fonde directement sur la Constitution – en invoquant soit l'art. 184 al. 3 Cst., soit l'art 185 al. 3 Cst.
16. Par l'adoption de la *Loi sur la sauvegarde de la démocratie, de l'Etat de droit et de la capacité d'action dans les situations extraordinaires*²⁰, l'Assemblée fédérale a cherché à limiter les possibilités et l'étendue de l'intervention du Conseil fédéral de deux manières : dans certains cas, elle a limité la durée de validité de l'ordonnance et, dans d'autres cas, elle a exigé que le Conseil fédéral engage une sorte de procédure de « ratification » par le Parlement, c'est-à-dire que le Conseil fédéral présente à celui-ci un projet de base légale subséquente à son intervention.
17. En clair, l'ordonnance qui se fonde sur l'art. 184 al. 3 Cst. – soit celle qui vise des objectifs de *politique extérieure* – doit être de durée limitée, c'est-à-dire d'une durée de 4 ans au plus, prorogeable une fois²¹. Si elle devait rester en vigueur au-delà de la durée initiale de quatre ans, le Conseil fédéral devrait présenter, dans les six mois dès la prorogation, un projet de loi fédérale censé fournir rétrospectivement une base légale à l'ordonnance indépendante en question²². Quant à l'ordonnance qui se fonderait sur l'art. 185 al. 3

²⁰ Cf. *supra* N 10.

²¹ Voir le nouvel art. 7c al. 2 LOGA.

²² Art. 7c al. 3 LOGA, lequel précise que le Conseil fédéral « peut proroger l'ordonnance une fois » et que « [l]e cas échéant, celle-ci devient caduque six mois après l'entrée en vigueur de sa prorogation si le Conseil fédéral n'a pas soumis à l'Assemblée fédérale un projet établissant la base légale de son contenu ». Le texte pourrait certes signifier que le Conseil fédéral doit présenter un projet de base légale dès qu'il proroge une fois le délai de validité de son ordonnance, et cela même si la durée initiale de celle-ci ne dépasse pas 4 ans au total (p. ex. durée

Cst. – c’est-à-dire l’ordonnance visant des objectifs de *sécurité intérieure et extérieure* –, elle devient automatiquement caduque si le Conseil fédéral ne présente pas au Parlement, dans les six mois dès son entrée en vigueur, un projet de loi fédérale ou d’ordonnance de l’Assemblée fédérale, projet qui est censé fournir une base normative subséquente de niveau parlementaire²³. Enfin, bien entendu, dans l’une ou l’autre des situations, les ordonnances deviennent également caduques lorsque le Parlement adopte ou rejette définitivement le projet présenté²⁴.

18. Enfin, pour des raisons évidentes de sécurité du droit notamment, il convient de retenir que la caducité d’une ordonnance indépendante – que cela soit par l’écoulement du temps ou à défaut de base légale subséquente – ne produit qu’un effet *ex nunc*, et non un effet *ex tunc* que seule sa nullité pourrait produire²⁵. Reste néanmoins problématique le cas d’une mesure que le Conseil fédéral prendrait de bonne foi selon la procédure de décision, mais qui s’avérerait être en fait une ordonnance. Une telle « ordonnance » serait-elle alors caduque, voire nulle ? Ou faudrait-il admettre que le délai de « ratification » – de six mois – ne commence à courir qu’à partir du moment où le jugement constatant l’erreur de procédure est définitif²⁶ ?

initiale de 2 ans prorogée une fois de la même durée). Toutefois, il faut admettre, comme la commission compétente l’a précisé, que l’obligation de « ratification » ne vaut qu’« [a]u cas où les dispositions de l’ordonnance devraient encore être appliquées après l’expiration du délai de quatre ans » (Rapport CIP précité [n. 7], p. 1449).

²³ Art. 7d al. 2 let. a LOGA. Cependant, selon l’al. 3, l’Ordonnance de l’Assemblée fédérale est caduque après 3 ans. Il faut également rappeler qu’une ordonnance de l’Assemblée fédérale ne bénéficie pas de l’immunité des lois fédérales (cf. art. 190 Cst.), de sorte qu’un tribunal pourrait revoir sa conformité à la Constitution fédérale lors d’un contrôle préjudiciel.

²⁴ Art. 7c al. 4 et 7d al. 2 let. b et c LOGA.

²⁵ Cela signifie entre autres qu’en cas de caducité de l’ordonnance, les mesures qui ont été prises entre-temps sur sa base ne deviennent pas – automatiquement et rétroactivement – illicites.

²⁶ Cette question pourrait avoir une grande importance pratique. Ainsi, dans le cas de l’arrêt du Tribunal fédéral du 27 avril 2006 (ATF 132 I 229, précité [n. 14])

B. La décision indépendante

19. Lorsque la sauvegarde des intérêts du pays l'exige ou lorsque des troubles existants ou imminents menacent gravement l'ordre public, la sécurité extérieure ou la sécurité intérieure, le Conseil fédéral peut également s'appuyer directement sur les articles 184 al. 3 ou 185 al. 3 Cst. pour prendre une décision urgente, d'effet direct. Cette décision – qui est une décision au sens de l'art. 5 de la *Loi fédérale sur la procédure administrative fédérale* (PA)²⁷ – est en quelque sorte une « décision indépendante » puisqu'elle se fonde directement sur la Constitution fédérale, et non sur une base figurant dans une loi formelle ou matérielle.
20. A cet égard, il est étonnant de remarquer que la LOGA – et plus particulièrement le nouvel art. 7e LOGA – ne pose presque aucune condition supplémentaire par rapport à la Constitution, c'est-à-dire n'apporte aucune véritable limitation au pouvoir du Conseil fédéral, alors même qu'une décision ne touche pas moins les particuliers concernés dans leurs droits et obligations qu'une ordonnance et que distinguer les deux actes n'est pas toujours évident, ainsi qu'en témoigne du reste la pratique²⁸. La seule contrainte imposée au Conseil fédéral est qu'il doit désormais informer la Délégation des Commissions de gestion de l'Assemblée fédérale (DélCdG) de sa décision dans les 24 heures qui suivent son prononcé²⁹. Comme l'a

assimilant la décision du Conseil fédéral du 15 décembre 2003, qui prorogait le blocage des avoirs de la famille Mobutu ordonné le 17 mai 1997 déjà, la poursuite du blocage aurait peut-être été illégale du simple fait qu'aucune procédure de « ratification » n'avait été entamée, de bonne foi, devant les Chambres fédérales. La caducité pourrait à cet égard être particulièrement sévère dans la mesure où, comme le reconnaît la commission de rédaction de l'initiative parlementaire (Rapport précité [n. 7], 1453), la distinction entre ordonnance et décision n'est pas toujours évidente.

²⁷ ATF 132 I 229, précité (n. 14), consid. 4.

²⁸ Cf. ATF 132 I 229, précité (n. 14), consid. 4.4, et arrêt du Tribunal administratif fédéral C-7589/2007, *Fondation A. contre Département fédéral des affaires étrangères et Conseil fédéral*, du 14 mars 2008, ATAF 2008/36, consid. 5-8 ; voir aussi *infra* N 41.

²⁹ Cf. art. 7e al. 3 Cst. en lien avec l'art. 43 de la Loi du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale (LParl).

expliqué le rapporteur de la commission devant le Conseil des Etats, « [la] commission [était] clairement de l'avis que l'information de l'organe compétent de l'Assemblée fédérale dans les vingt-quatre heures qui suivent la décision est absolument nécessaire, mais qu'en plus d'être nécessaire, elle est suffisante »³⁰. Persuadé que la pression politique qu'exercera l'obligation d'information permettra d'assurer un contrôle et un effet limitatif satisfaisants, le législateur a, semble-t-il, voulu qu'il n'existe aucune autre limitation d'ordre formel (délai de validité, base légale subséquente, etc.) aux décisions indépendantes³¹.

21. Bien sûr, tant la jurisprudence du Tribunal fédéral que le rapport explicatif du projet de l'art. 7^e LOGA ont déjà souligné que lorsque l'effet d'une décision se prolongeait ou qu'une décision était prise à répétition, la création d'une base légale pouvait s'imposer³². Certains auteurs semblent également estimer que les décisions indépendantes connaissent un délai de validité et devraient en principe jouir d'une

³⁰ Cf. BO CE 2010, p. 1061, intervention *Alain Berset*. D'ailleurs, le résultat final de l'art. 7^e LOGA est moins strict que ne l'était le projet majoritaire de la commission, puisque ce dernier prévoyait initialement que le Conseil fédéral devait consulter la DéICdG 48 heures *avant* de prendre la décision (cf. Rapport CIP précité [n. 7], p.1453-1454).

³¹ Cf. Rapport CIP précité (n. 7), p. 1447 : « La procédure de consultation garantit toutefois l'exercice d'une activité de haute surveillance concomitante au titre d'un "dialogue entre les pouvoirs" et incite le Conseil fédéral et l'administration à examiner les mesures concernées de manière approfondie et à les motiver de façon pertinente, tout en créant les conditions idéales pour permettre l'intervention éventuelle des organes parlementaires dans le cadre de leurs compétences. »

³² Cf. TF 6S.467/1996, du 18 septembre 1996, consid. 2a, non consultable sur internet, mais évoqué dans le Message du Conseil fédéral relatif à une nouvelle Constitution fédérale, du 20 novembre 1996, FF 1997 1-653, spéc. 427 : « *Lorsque la situation qui requiert la réglementation se prolonge, la jurisprudence du Tribunal fédéral exige la création d'une base appropriée dans une loi formelle* » ; cf. également Rapport CIP précité (n. 7), 1453 : « *La création d'une base légale peut se révéler pertinente lorsque sont prises plusieurs décisions similaires qui ne reposent pas sur une loi fédérale. Toutefois, si l'on en croit la pratique en vigueur (...), les décisions de ce genre servent fréquemment à réagir à une situation unique et imprévisible, qui ne se répétera probablement jamais, de sorte qu'il serait inopportun d'instaurer une obligation générale de créer a posteriori une base légale qui serait donc générale et abstraite.* »

base légale subséquente³³. Toutefois, comme on vient de le voir et même s'il appartiendra au Tribunal fédéral de trancher cette question, l'interprétation historique et systématique de l'art. 7e LOGA laisse davantage conclure à un silence qualifié de la loi sur ces questions, ce d'autant plus que l'adoption de cette disposition est postérieure à l'ensemble des opinions contraires présentées³⁴.

22. Plus délicate reste la question de la conséquence juridique d'une absence d'information du Parlement par le Conseil fédéral dans les 24 heures³⁵. En effet, la loi ne prévoit pas de sanction en cas d'absence de consultation de la Délégation des Commissions de gestion. Cependant, comme cette consultation a pour objectif de protéger non seulement les pouvoirs du Parlement, mais également l'Etat de droit, la violation de l'obligation d'information devrait à notre avis être une cause d'annulabilité, voire de caducité de la décision du Conseil fédéral³⁶. En cas de léger retard dans la

³³ Cf. dans ce sens, SCHOTT/KÜHNE (n. 9), p. 419 : « Nicht vollkommen klar ist vor diesem Hintergrund, ob auf Art. 184 Abs. 3 BV abgestützte Massnahmen des Bundesrates in « ordentliches » Recht überführt werden müssen. Die zwingende Befristung, welche die Verfassung für Bundesratsverordnungen explizit vorschreibt, deutet in diese Richtung », ainsi que p. 417-418 (texte et note 26) : « Im Unterschied zu Art. 173 Abs. 1 Bst. c BV verlangt Art. 185 Abs. 3 Satz 2 BV allerdings (wie Art. 165 BV) zwingend eine Befristung, freilich nur für Verordnung (dasselbe sollte u.E. analog auch für reversible Dauerverfügungen gelten) ». D'un avis contraire, SAXER URS, in : Bernhard Ehrenzeller – Philippe Mastronardi – Rainer J. Schweizer – Klaus A. Vallender (éd.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2^e éd., Zurich/Saint-Gall 2008, Art. 185, N 44 s.

³⁴ Plus particulièrement, sur l'éventuelle limitation dans le temps des décisions indépendantes, voir aussi la réponse du Conseil fédéral à l'interpellation du Conseiller national *Claude Janiak*, « Recours du Conseil fédéral au droit de nécessité » (09.3729), du 2 septembre 2009 : « *En préambule, on notera que les art. 184 al. 3 et 185 al. 3 Cst. prévoient, selon leurs termes exacts, que les ordonnances fondées sur ces dispositions doivent être limitées dans le temps, mais non les décisions, contrairement à ce qu'affirme l'interpellation.* »

³⁵ Cf. aussi SCHOTT/KÜHNE (n. 9), p. 448 : « Unklar ist im Übrigen, was geschieht, wenn der Bundesrat ohne überzeugende Begründung die vorgängige Konsultation zu Gunsten einer nachträglichen Information unterlässt oder wenn er auch diese nicht durchführt. Der Gesetzentwurf sieht diesbezüglich keine Sanktionsmöglichkeiten vor. »

³⁶ Sur la différence entre la caducité d'une mesure et sa nullité, cf. *supra* N 18.

consultation de l'organe parlementaire, une telle sanction apparaîtrait à l'inverse disproportionnée, puisque le délai de consultation n'a en soi pas d'objectif protecteur pour les particuliers. En effet, le délai de 24 heures est à notre sens plutôt un délai d'ordre. Il appartiendra quoi qu'il en soit aux autorités de recours – ou de surveillance – d'éclaircir ces questions.

23. Enfin, il est unanimement admis que le Conseil fédéral ne peut déléguer l'exercice du droit de nécessité³⁷. Il semblerait néanmoins qu'une autorité administrative puisse exercer un « quasi-droit de nécessité » en invoquant la clause générale de police ; on reviendra sur ce point³⁸. Au surplus, on l'a déjà brièvement signalé, la nouvelle loi ne dit rien quant à la protection juridictionnelle éventuelle à l'encontre des décisions prises par le Conseil fédéral sur la base des articles 184 et 185 Cst.

C. Les lois spéciales (LRAI, LEmb, LTBC)

24. Tels sont donc les principes que le législateur fédéral a récemment posés – et les lacunes qu'il a laissées – dans la mise en œuvre du droit de nécessité fondé sur les articles 184 et 185 de la Constitution. Il est néanmoins probable que ces articles ne trouvent dans le futur que très rarement une application directe, du moins en théorie. En effet, parallèlement à l'adoption des nouveaux articles 7c à 7e LOGA, le législateur fédéral a aussi adopté un certain nombre d'autres lois formelles que le praticien sera bien avisé de consulter en

³⁷ Voir l'arrêt du Tribunal administratif fédéral (TAF) B-1092/2009, *W. Ltd, H. Ltd und K. Corp. gegen UBS AG und Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA*, du 5 janvier 2010, consid. 10, concernant la transmission de données de clients américains de l'UBS aux autorités américaines : « *Da der Bundesrat in einer von ihm als Notstand angesehenen Situation nicht selbst Notstandsmassnahmen ergriffen hat und die Vorinstanz hierzu auch delegationsweise nicht kompetent war, stützt sich die angefochtene Verfügung folglich auf keine zur Einschränkung von Grundrechten genügende gesetzliche Grundlage i.S. v. Art. 36 Abs. 1 BV bzw. Art. 8 Abs. 2 EMRK.* » Cet arrêt a, semble-t-il, été confirmé sur ce point par le Tribunal fédéral dans un arrêt – non encore rédigé et destiné à la publication – 2C_127/2010, du 15 juillet 2011. Sur l'interdiction de la délégation, cf. aussi KLEY/SEFEROVIC (n. 9), p. 49.

³⁸ Cf. *infra* N 27 s.

priorité. Celles-ci couvrent en effet l'essentiel des situations dans lesquelles, par expérience, le Conseil fédéral est appelé à exercer son droit de nécessité. Ainsi, comme le Conseil fédéral le reconnaît d'ailleurs lui-même, « [m]ême si les art. 184 al. 3 et 185 al. 3 Cst. conservent à l'avenir leur importance, il faut escompter que les ordonnances et décisions du Conseil fédéral fondées directement sur la Constitution deviendront rares dans ces domaines »³⁹.

25. L'avantage pour le justiciable est que la plupart de ces lois spéciales règlent de manière plus stricte et précise l'exercice du droit de nécessité. Parmi ces différentes lois spéciales, les trois lois suivantes méritent d'être mentionnées dans la présente contribution, puisque chacune d'entre elles est susceptible d'empêcher ou de perturber l'exécution de jugements civils :

– Tout d'abord, la *Loi fédérale sur la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées* (Loi sur la restitution des avoirs illicites, LRAI), du 1^{er} octobre 2010, entrée en vigueur le 1^{er} février 2011⁴⁰, autorise le Conseil fédéral à décider du blocage, en Suisse, de valeurs patrimoniales appartenant à des personnes politiquement exposées, en vue de l'ouverture d'une procédure en confiscation et si la sauvegarde des intérêts de la Suisse exige un tel blocage. Cette loi fixe des conditions relativement précises au blocage des fonds (art. 2 LRAI) et à la durée de celui-ci (art. 3 LRAI), de même qu'à l'action en confiscation que doit introduire subséquemment la Confédération (art. 5 ss LRAI). Il est important de préciser ici que seuls les autorités suisses et certains créanciers au bénéfice d'un droit réel antérieur sur le patrimoine bloqué bénéficient désormais d'un droit de préférence sur ce patrimoine⁴¹.

– Ensuite, selon la *Loi fédérale sur l'application de sanctions internationales* (Loi sur les embargos, LEmb), du 22 mars 2002, en vi-

³⁹ Avis du Conseil fédéral du 17 juin 2009, précité (n. 19), p. 4555.

⁴⁰ RS 196.1 (RO 2011 275-280).

⁴¹ Cf. art. 7 LRAI.

gueur depuis le 1^{er} janvier 2003⁴², le Conseil fédéral a la compétence d'édicter des ordonnances restreignant directement ou indirectement le trafic des marchandises, des services et, surtout, des paiements et des capitaux, en application d'une sanction internationale (art. 1 et 2 LEmb).

– Enfin, selon certains auteurs, la *Loi fédérale sur le transfert international des biens culturels* (Loi sur le transfert des biens culturels, LTBC), du 20 juin 2003, en vigueur depuis le 1^{er} juin 2005⁴³, constituerait désormais une base légale adéquate lorsque le Conseil fédéral souhaite – comme dans l'affaire du Musée Pouchkine⁴⁴ – saisir ou confisquer des biens culturels ou lever d'éventuelles saisies grevant de tels biens⁴⁵. Ces auteurs se fondent sur l'art. 8 al. 1 LTBC, selon lequel le Conseil fédéral peut assortir de conditions, restreindre ou interdire l'importation, le transit et l'exportation de biens culturels. A notre avis, cette interprétation de la LTBC n'est cependant pas correcte. En effet, les mesures fondées sur la LTBC ne doivent avoir qu'un effet temporaire et il appartient en principe à l'Etat tiers d'intervenir devant les autorités judiciaires suisses pour récupérer d'éventuelles œuvres⁴⁶. D'ailleurs, le Conseil fédéral n'a précisément pas invoqué cette base légale lors de l'affaire des tableaux du Musée Pouchkine alors que la LTBC était déjà en vigueur.

26. Comme le laisse ainsi entendre le Conseil fédéral selon la formule reprise ci-dessus⁴⁷ et au risque sinon de rendre ces lois spéciales sans véritable portée normative, il convient de considérer que celles-ci

⁴² RS 946.231 (RO 2002 3673-3679).

⁴³ RS 444.1 (RO 2005 1869-1881).

⁴⁴ Cf. *supra* N 1 et 13.

⁴⁵ Cf. GABUS (n. 4), p. 239.

⁴⁶ Voir les articles 8 al. 2 et 9 LTBC. La Confédération ne peut par conséquent empêcher une saisie des biens culturels qu'en octroyant de manière préventive une « garantie de restitution », notamment lorsqu'un musée le lui demande (cf. art. 9 ss LTBC), mais on ne voit pas que cette loi autorise le Conseil fédéral à intervenir en l'absence de cette garantie.

⁴⁷ Cf. N 24.

règlent de manière exhaustive les possibilités d'intervention du Conseil fédéral à chaque fois qu'une situation s'inscrit potentiellement dans leur champ d'application. Autrement dit, le recours au droit de nécessité fondé directement sur la Constitution fédérale est en principe interdit lorsqu'une loi spéciale ne permettrait pas l'action du Conseil fédéral, à moins que cette même loi ne réserve expressément – comme le fait l'art. 1 al. 2 LEmb par exemple – l'application subsidiaire des articles 184 al. 3 ou 185 al. 3 de la Constitution.

D. La clause générale de police

27. Selon un arrêt rendu récemment par le Tribunal fédéral et contredisant le Tribunal administratif fédéral⁴⁸, la clause générale de police permettrait à une autorité administrative – dépendante ou indépendante du Conseil fédéral – de prendre une mesure urgente sans base légale, pour autant que cette autorité agisse de concert et avec l'accord du Conseil fédéral et qu'elle dispose de raisons valables pour supposer que l'absence de mesures entraînerait des implications très graves pour la Suisse⁴⁹. Ce cas d'application de la clause générale de police correspond en fait assez largement à la définition – et à l'utilisation – du droit de nécessité tel que prévu par les articles 184 al. 3 et 185 al. 3 de la Constitution.

⁴⁸ Voir l'arrêt du Tribunal administratif fédéral précité (n. 37), consid. 12, lequel niait notamment que la transmission de données de clients américains de l'UBS aux autorités des Etats-Unis fût liée à une situation imprévisible – soit les difficultés judiciaires d'UBS aux USA –, donc pût être justifiée par la clause générale de police.

⁴⁹ Communiqué de presse du Tribunal fédéral, du 15 juillet 2011, sur www.bger.ch/fr (>communiqué de presse), consulté le 18 juillet 2011 : « *Afin d'empêcher la survenance de dangers graves et imminents pour des biens juridiques fondamentaux, l'autorité peut, en l'absence d'une base légale spécifique, se fonder sur la clause générale de police. Selon l'arrêt rendu en ce jour par le Tribunal fédéral, ceci vaut également pour la FINMA, pour autant que l'autorité ait agi de concert et avec l'accord du Conseil fédéral. Dès lors que la FINMA disposait de raisons valables pour supposer que le défaut de transmission des données de clients au Département de Justice américain affecterait gravement le bon fonctionnement des marchés financiers suisses et générerait de ce fait des implications très graves pour l'économie suisse, la mesure prise s'avère être conforme au droit.* »

28. La faculté d'invoquer directement la clause générale de police pour justifier des mesures urgentes de politique extérieure ou de sécurité extérieure ou intérieure, et notamment des atteintes à l'indépendance de la justice, n'a a priori pas de portée particulière pour le Conseil fédéral, lequel peut invoquer le droit de nécessité qui n'est finalement qu'une forme spéciale de la clause générale de police. En revanche, un tel élargissement du champ d'application de la clause générale de police permet en quelque sorte – en pratique – à n'importe quelle autorité administrative d'intervenir de la même manière en invoquant des arguments de politique extérieure et de sécurité intérieure et extérieure, soit les mêmes arguments que ceux qui justifient le droit de nécessité, dont la délégation est pourtant unanimement jugée inconstitutionnelle⁵⁰. Autrement dit, d'autres autorités pourraient s'attribuer une compétence que le constituant a voulu réserver uniquement au Conseil fédéral. Cette jurisprudence du Tribunal fédéral – qui ne doit pas faire école – conduit en définitive à une autorisation de contourner la Constitution⁵¹.

E. La haute surveillance selon l'art. 15 LP

29. Pour être exhaustif, il convient encore de rappeler que selon l'art. 15 de la *Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite* (LP), le Conseil fédéral exerce la haute surveillance en matière de poursuite et de faillite. A ce titre, il peut assurément donner des instructions aux autorités cantonales de surveillance ainsi qu'aux offices de poursuite.
30. Parce que la surveillance qu'il exerce à ce titre ne doit être qu'administrative, le Conseil fédéral n'a cependant pas le pouvoir de déclarer d'office nulles des mesures de poursuite ou de faillite – notamment une saisie ou un séquestre –, cela même si celles-ci

⁵⁰ Sur l'inconstitutionnalité de la délégation du droit de nécessité, cf. *supra* N 23.

⁵¹ Cf., dans le même sens, l'arrêt du Tribunal administratif fédéral précité (n. 37), consid. 12 : « *In der gegebenen Situation, da die Vorinstanz und die Landesregierung eine eigentliche Notstandssituation erkannten, käme die Berufung auf die polizeiliche Generalklausel faktisch einer Kompetenzattraktion durch die Vorinstanz gleich, welche aus den zuvor dargelegten Gründen unzulässig wäre.* »

heurtent les intérêts supérieurs du pays ou le droit international⁵². Tout au plus peut-il informer l'office ou l'autorité cantonale de surveillance de l'intérêt international de l'affaire et attirer son attention sur les intérêts publics et le droit international en jeu⁵³.

31. Toutefois, suivant une interprétation extensive de l'art. 44 LP⁵⁴, le Tribunal fédéral considère qu'une confiscation ordonnée sur la base des articles 184 al. 3 et 185 al. 3 Cst. par le Conseil fédéral prime *ex lege* toute procédure de poursuite⁵⁵. Dans une telle hypothèse, sous réserve des cas de nullité de la mesure du Conseil fédéral⁵⁶, les offices de poursuite et de faillite – ainsi que les autorités de surveillance – n'ont pas le droit d'opposer à une telle mesure une décision propre qui lui serait contraire (p. ex. procéder à la réalisation de biens ou distribuer le dividende issu de cette réalisation). Il est donc loisible au Conseil fédéral de faire valablement échec à certaines poursuites en cours, mais seulement de manière indirecte par l'intermédiaire de l'art. 44 LP.

⁵² Même si le Conseil fédéral ne semble pas exclure une telle intervention sur la base des articles 15 et 22 LP conjointement (cf. Message du Conseil fédéral concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, du 28 février 2001, FF 2001 4000-4414, spéc. 4154 : « Cette tâche relève en premier lieu de la compétence du Tribunal fédéral, qui peut vérifier la nullité d'une décision lorsqu'il statue sur un recours. L'intervention du Conseil fédéral en vertu de l'art. 22 LP demeure subsidiaire : d'une part, elle n'est justifiée que si une autorité cantonale de surveillance ou le Tribunal fédéral n'est pas ou ne peut pas être saisi d'un recours en la matière et, d'autre part, même dans ce cas, à condition seulement qu'il existe un intérêt privé ou public digne de protection. »), la doctrine semble cependant d'un avis unanime sur ce point (cf. PETER HANSJÖRG, Edition annotée de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Berne 2010, ad art. 15, p. 38, et ad art. 22, p. 164 ; BSK-COMETTA/MÖCKLI, 2^e éd., Art. 22 LP N 15, et KUKO-LEVANTE, Art. 15 N 19).

⁵³ De cet avis, PETER (n. 3), p. 66, et CANDRIAN (n. 3), p. 93.

⁵⁴ Selon cet article, « [l]a réalisation d'objets confisqués en vertu des lois pénales et fiscales de la Confédération et des cantons s'opère en conformité des dispositions de ces lois. »

⁵⁵ ATF 131 III 652, précité (n. 14).

⁵⁶ On peut imaginer un cas de nullité lorsque le droit de nécessité n'a pas été exercé par le Conseil fédéral, mais a été délégué par celui-ci (cf. N 23). La caducité pourrait sur ce point également être assimilée à la nullité (cf. pour la caducité, les N 17-18, 22, 32-33).

F. Tableau récapitulatif

	« Ratification » par le Parlement	Délai de validité relatif	Délai de validité absolu	Type de base légal subséquente
Ordonnance selon art. 184 al. 3 Cst.	Non, sauf si prorogation au- delà de 4 ans (cf. n° 17)	Si prorogation au-delà de 4 ans, projet de loi dans les 6 mois dès prorogation	4 ans, prorogable une fois	Loi formelle
Ordonnance selon art. 185 al. 3 Cst.	Oui	Projet de loi formelle ou d'ordonnance parlementaire dans les 6 mois	Non	Loi formelle ou ordonnance parlementaire d'une durée de trois ans
Décision indépen- dante	Question ouverte (cf. n° 21)	Information de la DélCdG dans les 24 heures	Question ouverte (cf. n° 21)	Question ouverte (cf. n° 21)
Blocage selon LRAI	Non	Action en confiscation de la Confédéra- tion dans les 10 ans	Non	-
Mesure selon LEmb	Non	Non	Selon sanction de l'organisation internationale	-

IV. La protection des particuliers

A. La caducité des mesures

32. S'agissant de la protection des particuliers contre les interventions du Conseil fédéral au titre du droit de nécessité, il faut souligner, tout d'abord, que même si les nouvelles règles de la LOGA examinées dans les pages qui précèdent tendent à assurer en priorité un équilibre entre le pouvoir du Conseil fédéral et celui des Chambres fédérales, elles n'en ont pas moins pour effet, indirect, de protéger également l'Etat de droit et, ainsi, les intérêts des particuliers. Cette protection s'exerce à travers les délais de validité des actes du Conseil fédéral et les incombances que celui-ci doit respecter lorsqu'il met en œuvre le droit de nécessité des articles 184 al. 3 et 185 al. 3 Cst. On peut donc renvoyer, sur ce point, à ce qui a été dit ci-dessus⁵⁷.
33. A cet égard, la caducité d'une ordonnance indépendante ou de toute autre mesure doit être relevée d'office tant par les autorités de poursuite pour dettes et de faillite que par les autorités judiciaires.

B. Le recours juridictionnel

1. La voie du recours

34. Quoi qu'il en soit, c'est toutefois essentiellement sous l'angle et à l'aune des possibilités de recours contre les actes pris sur la base du droit de nécessité que se mesure, principalement, le niveau de protection des particuliers. Or si l'une des lois spéciales évoquées prévoit expressément qu'un recours au Tribunal administratif fédéral est ouvert, même contre les décisions du Conseil fédéral⁵⁸, les autres se contentent de renvoyer de manière globale et générique aux dispositions générales sur la procédure fédérale⁵⁹. De plus, ni la

⁵⁷ Cf. notamment *supra* le tableau récapitulatif, chapitre III.F.

⁵⁸ Art. 11 al. 1 LRAI : « La décision de blocage du Conseil fédéral peut faire l'objet d'un recours au Tribunal administratif fédéral ».

⁵⁹ Voir les articles 8 LEmb et 30 al. 1 LTBC ; cf. aussi l'art. 11 al. 4 LRAI, qui

Constitution fédérale, ni la nouvelle *Loi sur la sauvegarde de la démocratie, de l'Etat de droit et de la capacité d'action dans les situations extraordinaires* – c'est-à-dire les nouveaux articles 7c à 7e LOGA – ne mentionnent une quelconque règle sur une éventuelle voie de recours contre les mesures prises par le Conseil fédéral en vertu du droit de nécessité. Or, bien que cruciale, la réponse à la question de savoir si les décisions prises par le Conseil fédéral en application de ces lois spéciales et/ou des articles 184 al. 3 et 185 al. 3 de la Constitution sont susceptibles de recours n'est pas du tout évidente et fait l'objet d'opinions divergentes.

35. Le Conseil fédéral lui-même semble considérer que les mesures prises en vertu de son droit de nécessité – les décisions indépendantes – ne sont pas sujettes à recours, pas plus devant le Tribunal administratif fédéral que devant le Tribunal fédéral. C'est du moins ce qu'il a indiqué dans l'affaire de la saisie des tableaux du Musée Pouchkine, et ce aussi bien dans la décision elle-même que dans le communiqué de presse⁶⁰. La doctrine, au contraire, paraît admettre que, dans cette affaire⁶¹, mais aussi plus généralement⁶², les décisions fondées sur les articles 184 al. 3 et 185 al. 3 de la Constitution sont susceptibles de recours auprès du Tribunal administratif fédéral. Il s'agit donc d'examiner la question de manière plus approfondie.
36. A priori, la position du Conseil fédéral peut s'appuyer sur l'article 189 al. 4 de la Constitution fédérale. Cette disposition, que la doctrine tend parfois à oublier dans le contexte qui nous occupe, prévoit que « *[L]es actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral ne*

renvoie, mais « par ailleurs », aux règles générales de procédure.

⁶⁰ Cf. le communiqué de presse du Conseil fédéral du 16 novembre 2005, sur www.admin.ch/br (>actualités>archives des communiqués), consulté le 26 juillet 2011, et la décision du Conseil fédéral, reproduite chez PETER (n. 3), p. 64-65 (décision qui ne comporte pas d'indication des voies de recours et précise qu'elle « *entre en vigueur dès sa notification* »).

⁶¹ GABUS (n. 18), p. 233-234.

⁶² Cf. notamment GIROUD-ROTH SANDRINE/MOREILLON LAURENT, Restitution spontanée de fonds bloqués à des Etats défaillants : les cas *Duvalier* et *Mobutu*, PJA 3/2009, p. 275-287, spéc. 282.

peuvent pas être portés devant le Tribunal fédéral. Les exceptions sont déterminées par la loi ». Issue comme elle de la réforme de la justice, la règle de l'art. 189 al. 4 constitue une exception expresse et sciemment voulue par le constituant à la garantie générale de l'accès au juge de l'article 29a de la Constitution⁶³, et elle vaut a fortiori pour les recours au Tribunal administratif fédéral⁶⁴. Ainsi, conformément à la règle posée par la seconde phrase de l'article 189 al. 4 Cst., il appartient à la loi de prévoir les exceptions à l'exclusion du recours contre les actes du Conseil fédéral (et de l'Assemblée fédérale). Or, la *Loi sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF)*, du 17 juin 2005, qui a concrétisé cette disposition constitutionnelle, ne prévoit que quelques exceptions, qui ne concernent pas la question traitée ici⁶⁵. De plus, on l'a dit, parmi les lois spéciales susceptibles de nous intéresser, seule la loi sur la restitution des avoirs illicites (LRAI) prévoit expressément un recours au Tribunal administratif fédéral contre les décisions de blocage du Conseil fédéral. Les autres se bornent à renvoyer aux règles générales ou sont muettes, comme la *Loi sur la sauvegarde de la démocratie, de l'Etat de droit et de la capacité d'action dans les situations extraordinaires*.

37. La doctrine invoque, elle, à l'appui de l'admissibilité du recours, le « précédent » de l'arrêt du Tribunal fédéral dans l'affaire du blocage des biens de la famille *Mobutu*⁶⁶, où les juges de Mon-Repos sont, il

⁶³ Voir l'arrêt du Tribunal administratif fédéral, TAF C-7589/2007, précité (n. 28), consid. 9.2, ainsi que MAHON (n. 5), N 25 ad art. 189, p. 1449, et SÄGESSER THOMAS, *Die Bundesbehörden*, Berne, 2000, N 1136-1138, p. 512.

⁶⁴ « *A maiore ad minus* », selon le Tribunal administratif fédéral lui-même, TAF C-7589/2007, précité (n. 28), consid. 9.1 *in fine*.

⁶⁵ Ainsi, selon l'art. 33 LTAF (RS 173.32), le recours au Tribunal administratif fédéral est ouvert contre les décisions du Conseil fédéral « *en matière de rapports de travail du personnel de la Confédération* » (let. a) ainsi que les décisions concernant « *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* » et « *la révocation 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* » (let. b, ch. 1 et 2, le ch. 3 renvoyant à la loi sur la restitution des avoirs illicites).

⁶⁶ ATF 132 I 229, précité (n. 14).

est vrai, entrés en matière sur un recours dirigé contre une mesure fondée sur l'art. 184 al. 3 de la Constitution, ainsi que les articles 32 al. 1 let. a LTAF et 83 al. 1 let. a LTF, aux termes desquels ne sont pas sujettes à recours 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* ». A vrai dire, cependant, l'arrêt en question n'est pas déterminant dans la mesure où, en l'occurrence, l'acte attaqué n'était pas une décision du Conseil fédéral, mais celle d'un département, le Département des affaires étrangères, ce qui écarte donc l'objection de l'article 189 al. 4 de la Constitution et ouvre ou ouvrirait, aujourd'hui, tout à fait « normalement », la voie du recours au Tribunal administratif fédéral de l'art. 33 let. d LTAF.

38. C'est donc ailleurs qu'il faut chercher la réponse à cette « énigme », dans une autre jurisprudence du Tribunal fédéral, la jurisprudence PKK, ainsi que dans les travaux préparatoires de l'article 189 al. 4 de la Constitution. Dans son arrêt relatif à la confiscation du matériel de propagande du Parti des travailleurs du Kurdistan, qui concernait bel et bien, lui, une décision du Conseil fédéral (et non d'un « simple » département), le Tribunal fédéral a en effet estimé qu'en dépit des règles de l'ancienne loi d'organisation judiciaire fédérale qui excluaient le recours contre une décision du Conseil fédéral, il lui incombait néanmoins d'entrer en matière sur un tel recours lorsque sont en jeu des droits et obligations de caractère civil, qui, en vertu de l'art. 6 CEDH, réclament une autorité judiciaire⁶⁷. Comme l'a montré le Tribunal administratif fédéral dans son arrêt du 14 mars 2008 à propos du blocage des avoirs *Duvalier*, cette exception à l'exclusion du recours contre les décisions du Conseil fédéral s'inscrit parfaitement – même si elle n'a jusqu'ici (malheureusement) pas trouvé ancrage dans la loi – dans l'économie et dans l'esprit de

⁶⁷ ATF 125 II 417, A. gegen Schweizerische Bundesanwaltschaft, Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement und Schweizerischen Bundesrat, du 26 juillet 1999, consid. 4.

l'art. 189 al. 4 et dans la volonté du constituant, ainsi qu'en témoigne la genèse de cette disposition⁶⁸.

39. Dans la pratique, la difficulté est généralement contournée par le fait que la mesure décidée par le Conseil fédéral sur la base des articles 184 al. 3 ou 185 al. 3 est généralement « mise en œuvre », « appliquée » ou « communiquée » aux personnes concernées par un département, ce qui ouvre la voie « normale » du recours selon l'art. 33 let. d LTAF⁶⁹. Il n'en demeure pas moins qu'il y a là une certaine contradiction avec l'idée ou la règle selon laquelle le Conseil fédéral ne saurait déléguer sa compétence fondée sur le droit de nécessité, et qu'on peut se demander ce qu'il en est de la possibilité de recourir lorsque, comme dans l'affaire des tableaux du Musée Pouchkine, le Conseil fédéral prend lui-même la décision. Cette décision peut-elle faire l'objet d'un recours ? A notre avis, il faut admettre que, si elles ne sont généralement pas susceptibles de recours, les décisions du Conseil fédéral qui se fondent sur les articles 184 al. 3 et 185 al. 3 de la Constitution peuvent exceptionnellement l'être lorsque l'article 6 CEDH est touché et que le droit international exige le contrôle d'une autorité judiciaire⁷⁰, cela malgré les termes de l'article 189 al. 4, première phrase, de la Constitution et l'absence d'exception prévue par la loi au sens de la seconde phrase de cette disposition. On peut toutefois regretter que le législateur n'ait pas examiné et tranché cette question dans le cadre de la *Loi sur la sauvegarde de la démocratie, de l'Etat de droit et de la capacité d'action dans les situations extraordinaires*.

⁶⁸ Voir TAF C-7589/2007, précité (n. 28), consid. 12.7 à 12.13.

⁶⁹ Voir TAF C-7589/2007, précité (n. 28), consid. 12.13.

⁷⁰ Dans ce sens SEILER HANSJÖRG, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Verfassungsrecht, Richterrecht und Politik*, RDS 2010 II, p. 381-546, spéc. 396 ; HALLER WALTER, *in* : Bernhard Ehrenzeller – Philippe Mastronardi – Rainer J. Schweizer – Klaus A. Vallender (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar*, 2^e éd., Zurich/Saint-Gall 2008, Art. 189 N 58 ; BIAGGINI GIOVANNI, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zurich 2007, Art. 189, N 20, p. 48 ; voir aussi le commentaire de l'ATF 132 I 229, précité (n. 14), d'ANNE BENOIT, *in* RDAF 2007, p. 380-384, spéc. 383.

2. L'objet du recours

40. Il faut rappeler en revanche qu'une ordonnance du Conseil fédéral ne peut être l'objet d'un recours ni devant le Tribunal administratif fédéral, ni devant le Tribunal fédéral⁷¹. Dès lors, seule une décision – du Conseil fédéral ou de ses offices en application d'une ordonnance de ce dernier – peut être l'objet du recours, lequel permettra le cas échéant de contester la constitutionnalité ou la légalité de l'ordonnance à titre préjudiciel.
41. Il est alors essentiel de bien identifier l'objet réel du recours, avant d'en déposer un. Dans ce cadre, il faut se méfier de la désignation de l'acte attaqué faite par le Conseil fédéral ou par ses départements, tout comme de certains indices laissant penser que l'acte querellé n'est pas un acte normatif (p. ex. l'absence de publication au Recueil officiel des lois fédérales)⁷². La question reste bel et bien toujours celle de savoir si la mesure en cause peut s'appliquer à une pluralité de situations, personnes et biens, c'est-à-dire si elle présente un caractère général et abstrait ou, au contraire, un caractère individuel et concret. Cette question peut s'avérer délicate et difficile⁷³, si bien

⁷¹ En effet, pour rappel, alors que le contrôle abstrait – c'est-à-dire le recours direct contre un acte *normatif* – est totalement exclu devant le Tribunal administratif fédéral (art. 31 LTAF), il ne peut porter que sur un acte normatif cantonal devant le Tribunal fédéral (art. 82 let. b LTF).

⁷² ATF 132 I 229, précité (n. 14), consid. 4.4: «La mesure de blocage du 15 décembre 2003 a été désignée comme une décision. Elle n'a pas été publiée au Recueil officiel. Les motifs de cette différence par rapport à l'ordonnance du 17 mai 1997 fondée sur l'art. 102 ch. 8 aCst. ne sont pas apparents. En effet, dans un cas comme dans l'autre, l'objet du blocage visant tous les avoirs de feu Mobutu n'a pas été déterminé. Telle que libellée, la décision du 15 décembre 2003 peut s'appliquer à une pluralité de personnes et à différents biens. Elle présente dès lors un caractère général et abstrait, qui aurait dû conduire à ce qu'elle prenne la forme de l'ordonnance et soit publiée comme telle. Nonobstant sa désignation comme une décision, il s'agit donc bien d'une ordonnance. Une décision d'exécution de celle-ci pourrait, quant à son objet, être attaquée par la voie du recours de droit administratif (cf. ATF 125 II 417, qui porte sur une décision d'application de l'arrêté fédéral du 29 décembre 1948 instituant des mesures contre la propagande subversive)». Voir aussi TAF C-7589/2007, précité (n. 28), consid. 5 à 8.

⁷³ Cf. également, sur la difficulté de cette question et son importance pratique pour

qu'il est recommandé de requérir dans tous les cas une prise de position du Département compétent, laquelle sera au besoin considérée comme une décision d'application – le cas échéant constatatoire (art. 5 al. 1 let. b et 25 PA) – ouvrant la voie du recours⁷⁴.

3. L'effet suspensif du recours

42. Vu l'urgence qui la conditionne, le Conseil fédéral ordonne en pratique que la mesure entre en vigueur avec effet immédiat, ce qui signifie qu'il retire l'effet suspensif à un éventuel recours (cf. art. 55 al. 2 PA)⁷⁵. Une éventuelle restitution de l'effet suspensif – le cas échéant à titre super-provisionnel – ne semble a priori pas exclue⁷⁶ et pourrait même être indiquée dans certains cas où l'absence de restitution viderait le recours de son intérêt (p. ex. dans le cas d'une levée de séquestre ou de saisie de biens mobiliers risquant de partir à l'étranger). A l'inverse, une restitution de l'effet suspensif apparaît peu probable s'agissant de mesures conservatoires ordonnées par le Conseil fédéral.
43. La loi sur la restitution des avoirs illicites exclut quant à elle tout effet suspensif au recours, effet suspensif qui ne peut du reste pas non plus être restitué⁷⁷.

les autorités aussi, *supra* N 18 ; pour une analyse plus fouillée, voir GIROUD-ROTH/MOREILLON (n. 62), p. 281 s.

⁷⁴ ATF 132 I 229, précité (n. 14), consid. 4.5 : « Bien que le DFAE s'en soit défendu, cette prise de position équivaut à une décision au sens de l'art. 5 al. 1 let. b PA, puisqu'elle revient à constater que les biens sur lesquels le recourant prétend être désintéressé restent bloqués, en exécution de l'ordonnance du 15 décembre 2003. »

⁷⁵ Cf. art. 55 al. 2 PA et le communiqué de presse du Conseil fédéral du 16 novembre 2005, sur www.admin.ch/br (>actualités>archives des communiqués), consulté le 26 juillet 2011, ainsi que la décision du Conseil fédéral, reproduite dans PETER (n. 3), p. 64-65.

⁷⁶ Art. 55 al. 3 PA.

⁷⁷ Art. 11 al. 2 LRAI.

4. Les griefs invocables

a. Le respect des lois spéciales (LOGA, LRAI, etc.)

44. Les premières règles à respecter par le Conseil fédéral lorsqu'il use de son droit de nécessité sont bien sûr celles sur lesquelles il fonde sa compétence, que cela soit les articles 184 al. 3 et 185 al. 3 Cst. – tels que précisés par les articles 7*c* à 7*e* LOGA – ou les règles des lois spéciales comme la LRAI, la LEmb ou la LTBC dans les cas qui relèvent de leurs champs d'application respectifs.
45. Par conséquent, le recourant peut évidemment soulever le grief que le Conseil fédéral n'a pas respecté certaines prescriptions formelles telles que certains délais de caducité ou certaines incombances (p. ex. information de la DélCdG)⁷⁸, tout comme certaines conditions légales matérielles, spécialement lorsque celles-ci représentent des notions juridiques déterminées et précises (p. ex. les avoirs bloqués n'appartiendraient pas à des personnes ayant occupé une fonction publique importante dans l'Etat tiers selon l'art. 2 let. b ch. 1 LRAI).
46. En effet, que les conditions d'action du Conseil fédéral soient définies de manière précise ou qu'elles représentent des notions juridiques indéterminées, elles constituent dans tous les cas des questions de droit sur lesquelles les tribunaux disposent d'un libre pouvoir d'examen⁷⁹. Théoriquement d'ailleurs, conformément aux règles habituelles en matière d'interprétation des exceptions, un tel examen devrait être exercé sévèrement et les différentes notions juridiques indéterminées interprétées restrictivement.
47. Pratiquement toutefois, bien que le Parlement et le Conseil fédéral aient récemment rappelé, respectivement concédé, qu'il convenait d'interpréter restrictivement les bases constitutionnelles et légales du droit de nécessité⁸⁰, les tribunaux continueront probablement de

⁷⁸ Cf., pour les conditions formelles, le tableau récapitulatif, chapitre III.F.

⁷⁹ Cf. ATF 132 I 229, précité (n. 14), consid. 10.3.

⁸⁰ Cf. la recommandation n° 4 du Rapport « Tinner » précité (n. 19), p. 4547 : « La DélCdG attend du Conseil fédéral qu'il ne fasse appel à ses compétences découlant des art. 184 al. 3 et 185 al. 3 Cst. qu'avec une grande retenue et après un

faire preuve d'une grande retenue dans l'examen juridique des conditions matérielles de mise en œuvre de ce droit, notamment lorsque ces conditions reposent sur des notions juridiques indéterminées (p. ex. la « sauvegarde des intérêts du pays » ou des « troubles menaçant gravement l'ordre public »). En effet, indépendamment du fait que les tribunaux ne sauraient en principe procéder à un contrôle de l'opportunité de la mesure⁸¹, l'exercice du droit de nécessité comporte une importante marge d'appréciation politique, justifiant que les tribunaux ne procèdent à l'examen de sa constitutionnalité et de sa légalité qu'avec une grande réserve, confinant pratiquement à un examen limité à l'arbitraire⁸². Une telle retenue dans l'examen de la légalité de la mesure doit valoir d'autant plus dans le domaine de la politique extérieure, puisqu'en vertu de l'art. 184 de la Constitution, la marge de manœuvre dont le Conseil fédéral bénéficie est plus grande que celle dont il dispose dans le domaine de la sécurité intérieure et extérieure du pays dans le cadre de l'art. 185 Cst.⁸³

b. La séparation des pouvoirs

48. Le deuxième reproche que l'on est enclin à adresser au Conseil fédéral lorsqu'il s'immisce dans les affaires judiciaires et, notamment, empêche l'exécution ordinaire d'un jugement, est qu'il viole la séparation des pouvoirs telle que prévue dans tout Etat de droit.

examen approfondi des circonstances », ainsi que l'avis du Conseil fédéral qui s'y réfère, également précité (n. 19), p. 4554 : « Dans ces dispositions, la Constitution relativise le principe de légalité en cas de situation extraordinaire. Il s'agit là d'une règle d'exception. Le Conseil fédéral est donc du même avis que la DélCdG lorsque celle-ci demande qu'il soit fait usage de ces dispositions avec retenue et après un examen approfondi des circonstances. »

⁸¹ Cf. cependant sur cette question précise, *infra* N 58 à 60.

⁸² Cf. ATF 132 I 229, précité (n. 14), consid. 10.3.

⁸³ Voir dans ce sens l'avis du Conseil fédéral, précité (n. 19), p. 4554 : « L'importance de l'appréciation politique est naturellement plus grande dans le cas de l'art. 184 al. 3 Cst. que dans celui de l'art. 185 al. 3 Cst., si bien que le Conseil fédéral se voit en principe accorder plus de latitude dans l'application du premier. »

49. C'est l'un des reproches qui a d'ailleurs été le plus souvent adressé au Conseil fédéral, que cela soit par un particulier qui avait recouru au Tribunal fédéral contre le blocage de la saisie des avoirs de *Mobutu* dont il devait bénéficier⁸⁴, par la doctrine lors de la levée du séquestre des œuvres du *Musée Pouchkine*⁸⁵, ou encore par la Délégation des Commissions de gestion lors de l'affaire *Tinner*⁸⁶.
50. Cependant, on ne peut se contenter de prétendre que le Conseil fédéral viole l'indépendance de la justice en s'immisçant dans la procédure d'exécution d'un jugement. En effet, si le grief de la séparation des pouvoirs n'a en ce sens aucune portée propre par rapport au droit à l'accès au juge (art. 30 Cst. et art. 6 par. 1 CEDH), il n'a également aucune pertinence dans la mesure où le justiciable a toujours accès à une autorité judiciaire pour faire entendre sa cause, c'est-à-dire à l'autorité judiciaire civile dans le cadre de la procédure d'exécution ordinaire du CPC, à l'autorité judiciaire de surveillance dans le cadre de l'exécution d'une dette d'argent et au Tribunal administratif fédéral contre l'éventuelle intervention du Conseil fédéral⁸⁷.
51. Le grief de violation de la séparation des pouvoirs n'a dès lors de portée propre et de valeur pratique que lorsque l'on veut prétendre que l'origine du comportement obstructif des autorités exécutives fédérales est en réalité motivée par la conviction que le jugement exécutoire est en soi dépourvu de valeur (p. ex. parce que les prétentions reconnues par le tribunal semblent discutables en l'absence de procédure contradictoire ou au vu de certains moyens de preuve

⁸⁴ ATF 132 I 229, précité (n. 14), consid. 9.

⁸⁵ Cf., entre autres, PETER (n. 3), p. 66, qui parle « *d'une violation grave du principe de la séparation des pouvoirs* » ; cf. aussi CANDRIAN (n. 3), p. 94 : « *Cela est d'autant plus vrai que la décision du Conseil fédéral portait atteinte au droit à un tribunal indépendant (art. 6 al. 1^{er} de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, CEDH), qui, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, "implique que le justiciable puisse soumettre sa cause à un tribunal qui soit à l'abri de pressions extérieures, à même de statuer sans recevoir d'instructions ou de recommandations"*, lequel droit vient exprimer de la sorte le principe de la séparation des pouvoirs. »

⁸⁶ Cf. Rapport « Tinner » précité (n. 19), p. 4493 ss.

⁸⁷ ATF 132 I 229, précité (n. 14), consid. 9.

suspects ou encore parce que le jugement n'est pas satisfaisant pour une autre raison)⁸⁸.

52. A vrai dire, le principe de séparation des pouvoirs devra le plus souvent être invoqué en lien avec le grief de la violation du principe de proportionnalité et celui de la violation du droit fédéral⁸⁹.

c. Le principe de proportionnalité

53. Comme l'a rappelé récemment la Délégation des Commissions de gestion, le Conseil fédéral ne doit avoir recours au droit de nécessité « *que lorsque la mesure décidée est indispensable, urgente, justifiée par des intérêts publics prépondérants et proportionnelle au but* »⁹⁰. Autrement dit, une décision d'application d'une ordonnance indépendante⁹¹ ou une décision indépendante, ainsi que toute autre mesure fondée sur les articles 1^{er} LEmb et 8 LTBC, doit être conforme au principe de proportionnalité⁹². Il faut donc qu'elle soit apte à atteindre le but

⁸⁸ Voir l'arrêt du Tribunal fédéral 2A.511/2005, du 16 février 2009, précité (n. 14), consid. 5.6.3 : « *L'origine du comportement obstructif des autorités fédérales à l'égard de feu X. doit probablement être recherchée dans la conviction de celles-ci que la prétention de l'intéressé était suspecte (pour reprendre les termes utilisés par la défenderesse) et que le jugement de la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois était dépourvu de valeur dès lors que la procédure n'avait pas été contradictoire. En mettant ainsi en cause la légitimité de feu X. à être payé sur le produit de la vente des biens sis à Savigny, les autorités fédérales empiétaient donc manifestement sur la compétence juridictionnelle des autorités cantonales vaudaises.* » On pourrait néanmoins se demander si, dans ce cas, le grief de la violation de la séparation des pouvoirs ne correspond pas en fait à celui de la violation des articles 184 al. 3 ou 185 al. 3 Cst. ou des lois spéciales en cause, dans la mesure où l'intervention du Conseil fédéral n'était en fait pas motivée par la sauvegarde des intérêts supérieurs du pays, mais par des motifs d'équité.

⁸⁹ Cf. *infra* N 54 et 56.

⁹⁰ Rapport « Tinner » précité (n. 19), p. 4494.

⁹¹ En effet, l'ordonnance indépendante, sur laquelle se fonde la décision contestée, ne peut être examinée préjudiciellement sous l'angle de sa proportionnalité, mais uniquement sous l'angle de sa légalité (ATF 132 I 229, précité [n. 14], consid. 11.1 et 11.3).

⁹² Il ne semble en revanche plus rester beaucoup de place pour un examen de proportionnalité s'agissant d'une mesure prise sur la base des articles 2 ss LRAl, au regard des conditions strictes imposées au blocage des avoirs et inspirées de la

visé, que ce dernier ne puisse pas être atteint par une mesure moins incisive et qu'il existe un rapport raisonnable entre les effets de la mesure sur la situation de l'administré et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt du pays.

54. Si l'on peut renvoyer à la jurisprudence générale relative au principe de proportionnalité⁹³, il convient cependant de souligner que le Parlement et le Tribunal fédéral semblent exiger un examen de proportionnalité particulièrement sévère lorsque la mesure prise par le Conseil fédéral perturbe l'exécution d'un jugement et porte atteinte à l'indépendance de la justice. D'une part, si l'intérêt public poursuivi par la mesure en question est la préservation de l'image de la Suisse à l'extérieur ou celle des relations avec l'étranger, paralyser l'exécution d'un jugement rendu au terme d'une procédure judiciaire correcte n'est pas toujours apte à atteindre ce but. En effet, c'est alors l'image de la Suisse en tant qu'Etat de droit qui est sacrifiée⁹⁴. D'autre part, l'ingérence dans l'indépendance de la justice représente non seulement une atteinte grave à la séparation des pouvoirs d'un point de vue dogmatique, mais elle affaiblit surtout la souveraineté de la Suisse en donnant l'impression – aux Etats tiers ou aux grandes sociétés économiques – qu'il est facile de contourner les règles institutionnelles de ce pays et notamment d'obtenir une ingérence dans l'indépendance de la justice⁹⁵.

jurisprudence fédérale (cf., au sujet de l'examen de proportionnalité de la LRAI, le Message du Conseil fédéral relatif à la loi fédérale sur la restitution des avoirs d'origine illicite des personnes politiquement exposées, du 28 avril 2010, FF 2010 2995-3046, spéc. 3028-3029; sur cette question, cf. également GIROUD-ROTH/MOREILLON (n. 62), p. 284 s.).

⁹³ Cf. notamment les arrêts cités en n. 14 et ATF 122 IV 258, T. *gegen Generalprokurator des Kantons Bern*, du 18 septembre 1996 (à propos de l'ordonnance sur l'acquisition et le port d'armes à feu par des ressortissants yougoslaves).

⁹⁴ Cf. TF 2A.511/2005 du 16 février 2009, précité (n. 14), consid. 5.6.3 : « On ne voit pas que l'image de la Suisse au plan international ait pu être écornée par le paiement du dividende reconnu à feu X. ni, de manière plus générale, que la Suisse ait pu se voir reprocher d'avoir exécuté un jugement rendu au terme d'une procédure conforme à la Constitution et aux règles de procédure civile applicables. »

⁹⁵ Cf. Rapport « Tinner » précité (n. 19), p. 4538 : « Etant donné que le Conseil

d. Le respect du droit fédéral ?

55. Ainsi que le relève le Tribunal fédéral, les mesures exercées par le Conseil fédéral au nom du droit de nécessité « *se substituent en quelque sorte à des lois qui n'existent justement pas* »⁹⁶. Il est ainsi acquis que les ordonnances ou les décisions peuvent se situer, par définition en quelque sorte – ou se situaient avant l'adoption des nombreuses lois spéciales –, *praeter legem*.
56. La question qui se pose, cependant, est celle de savoir s'il est permis au Conseil fédéral de violer des lois qui existent déjà, soit de prendre des mesures *contra legem* ? Cette question est essentielle puisqu'en cas de réponse négative, le champ d'action du Conseil fédéral se verrait quelque peu réduit. Par exemple, il n'aurait pas pu motiver – comme il l'a pourtant fait – la levée du séquestre des tableaux du Musée Pouchkine en prétendant que ces tableaux étaient insaisissables en vertu du droit international, puisque, selon les art. 30a et 92 al. 1 ch. 11 LP, il appartient aux autorités de poursuite de trancher cette question⁹⁷. Cette question pourrait également être essentielle s'agissant de l'immunité personnelle de juridiction dont l'examen – en tant que condition de recevabilité de toute demande ou requête civile de droit fédéral – incombe aux autorités judiciaires d'exécution ou de poursuite⁹⁸.

fédéral est tenu de respecter l'ordre juridique de la Suisse, les mêmes considérations liées à la souveraineté de notre pays auraient aussi dû l'empêcher de prendre une décision aussi lourde de conséquence pour l'indépendance de la Justice. (...) Les intérêts politiques invoqués sans avoir été explicités plus à fond sont manifestement de peu de consistance au regard de la gravité de l'ingérence dans l'indépendance de la Justice (...) » ; cf. également KLEY/SEFEROVIC (n. 9), p. 59.

⁹⁶ ATF 131 III 652, précité (n. 14), consid. 2.

⁹⁷ Sur ce point, cf. PETER (n. 3).

⁹⁸ Cf. notamment, sur la question de l'immunité de juridiction, ATF 133 III 539, X. contre Y. et dame Z., du 22 juin 2007. La question de la conformité au droit fédéral est a priori moins pertinente s'agissant des mesures prises sur la base de la LEmb puisque ce sont des mesures d'application de sanctions internationales de l'ONU qui priment les autres dispositions du droit international et le droit interne qui leur seraient contraires (cf. TF 2A.783/2006, A. contre Département fédéral

57. Alors que le législateur n'a pas répondu à cette question – pourtant centrale dans un Etat de droit – en adoptant la *Loi sur la sauvegarde de la démocratie, de l'Etat de droit et de la capacité d'action dans les situations extraordinaires*, les avis semblent plus que jamais controversés :

– Le Tribunal fédéral avait tout d'abord répondu clairement par la négative en considérant que les mesures du Conseil fédéral « dürfen nicht im Widerspruch zu Erlassen der Bundesversammlung stehen, und sie müssen die Grundsätze der Rechtsgleichheit und von Treu und Glauben etc. respektieren »⁹⁹.

– Conformément à ce qui avait déjà été exprimé par l'administration fédérale dans le cadre d'un avis de droit¹⁰⁰ et ce qu'exprime encore une partie de la doctrine¹⁰¹, le Conseil fédéral semblait par le passé également abonder en ce sens en rappelant que de telles mesures « ne peuvent entrer en contradiction avec des actes législatifs édictés par l'Assemblée fédérale »¹⁰².

– Toutefois, dans un avis de droit récent, sur lequel le Conseil fédéral a semble-t-il fondé ses dernières interventions, l'Office fédéral de la justice serait parvenu à la conclusion, conforme à l'opinion de certains auteurs, que les articles 184 et 185 de la

de l'économie, du 23 janvier 2008, consid. 7.3 : « Par conséquent, en cas de conflit entre les obligations de la Suisse découlant de la Charte et celles découlant de la Convention européenne des droits de l'homme ou du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, les obligations découlant de la Charte l'emportent en principe sur les secondes, ce que la recourante ne nie pas. Elle estime toutefois que ce principe n'est pas absolu. A son avis, les obligations résultant de la Charte, en particulier celles de la résolution 1483(2003), perdent leur caractère contraignant si elles contreviennent aux règles du jus cogens » ; cf. néanmoins, pour un avis critique à ce sujet, Biaggini (n. 70), Art. 184, N 14, p. 815).

⁹⁹ ATF 122 IV 258, précité (n. 93), consid. 2a.

¹⁰⁰ Avis de droit de l'Office fédéral de la justice, du 30 octobre 1996, et son complément du 26 mars 1997, JAAC 61.84, chapitre 1.3.1.

¹⁰¹ Cf. notamment AUBERT JEAN-FRANÇOIS, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Tome II, Neuchâtel 1967, N 1529, p. 546 ; SCHOTT/KÜHNE (n. 9), p. 416 (pour l'Assemblée fédérale) et 418 (pour le Conseil fédéral) ; BIAGGINI (n. 70), Art. 185, N 10, p. 819 ; PETER (n. 3), p. 66.

¹⁰² Message précité (n. 32), FF 1997 1-653, spéc. 426.

Constitution habiliteraient non seulement le Conseil fédéral à prendre des décisions en l'absence des bases légales requises (mesures *praeter legem*), mais également à prendre des mesures en contradiction avec le droit en vigueur (mesures *contra legem*)¹⁰³.

– La Délégation des Commissions de gestion semble, elle, proposer une solution intermédiaire selon laquelle le Conseil fédéral peut prendre une décision ou adopter une ordonnance *contra legem* – empiétant notamment sur les attributions des autorités judiciaires –, mais seulement après un strict examen du principe de proportionnalité¹⁰⁴.

e. L'établissement des faits et l'inopportunité

58. Tant le grief du mauvais établissement des faits à l'origine de la mesure que celui de l'inopportunité sont des griefs a priori invocables devant le Tribunal administratif fédéral. Ni l'un ni l'autre ne peuvent l'être devant le Tribunal fédéral.
59. Dans la mesure où il ne serait pas exclu par la loi spéciale¹⁰⁵, le grief d'inopportunité de la mesure peut avoir une importance toute particulière au regard du caractère par définition éminemment politique de la mesure contestée. Toutefois, pour cette même raison et compte tenu de la marge d'appréciation inhérente au principe de la séparation des pouvoirs voulue par la Constitution, le Tribunal

¹⁰³ Cf. avis de droit mentionné dans le Rapport « Tinner » précité (n. 19), p. 4532 ; SAXER (n. 33), Art. 185 N 42, et THÜRER DANIEL, *in*: BERNHARD EHRENZELLER/PHILIPPE MASTRONARDI/RAINER J. SCHWEIZER/KLAUS A. VALLENDER (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar*, 2^e éd., Zurich/Saint-Gall 2008, Art. 184 N 22.

¹⁰⁴ Cf. Rapport « Tinner » précité (n. 19), p. 4538 : « La DélCdG est d'avis que le Conseil fédéral n'aurait pu se fonder sur l'art. 184 al. 3 Cst. pour justifier une décision *contra legem* aussi lourde de conséquences qu'à condition d'avoir soigneusement et explicitement mis les inconvénients en matière de politique étrangère qu'il avait identifiés en regard de la transgression du principe de l'indépendance de la Justice. »

¹⁰⁵ Le grief d'inopportunité est en effet exclu selon l'art. 11 al. 3 LRAI.

administratif fédéral exercera à coup sûr cet examen avec une extrême retenue¹⁰⁶.

60. Quant au grief de la mauvaise application des faits, il risque quant à lui de se heurter à la difficulté pratique d'établir les conséquences concrètes qu'aurait pu avoir un défaut d'intervention du Conseil fédéral, cette analyse relevant davantage de la haute surveillance politique que doit exercer le Parlement sur le Conseil fédéral¹⁰⁷.

C. L'action en réparation du dommage

61. Dans certains cas, une action en dommages et intérêts devant le Tribunal fédéral contre la Confédération est possible pour celui qui aurait subi un préjudice du fait de l'intervention du Conseil fédéral. Pour cette question, il est néanmoins fait renvoi au chapitre V.B. ci-dessous.

V. La responsabilité des risques financiers

A. Les frais de la procédure d'exécution

62. Si le Conseil fédéral prive la procédure judiciaire, respectivement la procédure d'exécution de son objet, la charge des frais y relatifs sera répartie différemment selon que l'on se trouve dans le cadre d'une procédure judiciaire ordinaire soumise aux règles du Code de procédure civile (CPC) ou dans le cadre d'une procédure d'exécution d'une dette d'argent soumise aux règles de la poursuite pour dettes et la faillite (LP).
63. Dans le cadre d'une procédure régie par le CPC devenue sans objet (p. ex. confiscation de l'objet du litige) ou irrecevable (p. ex.

¹⁰⁶ Sur cette question également, cf. N 47 *supra*.

¹⁰⁷ Cf. Rapport « Tinner » précité (n. 19), p. 4538 : « Malgré ses investigations, la délégation n'est pas parvenue à discerner de conséquences concrètes pour la politique étrangère de la Suisse qui, à l'époque, auraient pu sous-tendre les arguments sécuritaires superficiels avancés par le Conseil fédéral et justifier que la Confédération cède à la pression américaine en détruisant tous les moyens de preuve saisis dans le cadre de l'affaire Tinner. »

immunité de juridiction) du fait de l'intervention du Conseil fédéral, les frais – incluant tant les frais judiciaires que les dépens – devraient en principe être mis à la charge de la partie défenderesse ou intimée à la procédure, pour autant que la demande ou la requête apparaisse bien fondée ou ait été déposée de bonne foi¹⁰⁸.

64. En matière d'exécution d'une dette d'argent, même si la règle peut paraître sévère dans la mesure où le créancier était probablement convaincu de son bon droit et ne pouvait guère prévoir la réaction du Conseil fédéral, les frais sont en principe entièrement mis à charge du créancier poursuivant. Selon le Tribunal fédéral, ces frais doivent être supportés, conformément à la règle, par le créancier responsable des dépenses liées à une requête dont il a finalement été

¹⁰⁸ En effet, selon l'art. 107 al. 1 CPC, le juge peut répartir les frais selon sa libre appréciation, non seulement lorsque la procédure est devenue sans objet (let. e), mais également lorsqu'une partie succombante a intenté le procès de bonne foi (let. b) ou lorsque des circonstances particulières l'exigent (let. f). Or, dans la première situation, le tribunal doit principalement tenir compte du sort qu'aurait eu la cause si elle avait été continuée jusqu'au bout (cf., entre autres, URWYLER ADRIAN, *in*: BRUNNER ALEXANDER/GASSER DOMINIK/ SCHWANDER IVO (édit.), ZPO – Schweizerische Zivilprozessordnung – Kommentar, Zurich/St-Gall 2011, Art. 107 N 8). Dans la deuxième situation, la doctrine – reprenant le Message du Conseil fédéral relatif au Code de procédure civil suisse, du 28 juin 2006, FF 2006, p. 2841-7018, spéc. 6908 – reconnaît qu'un revirement de jurisprudence inattendu – rendant la procédure irrecevable ou mal fondée – peut justifier que les frais soient mis à la charge de celui qui ne succombe pas (cf. TAPPY DENIS, *in*: BOHNET FRANÇOIS/HALDY JACQUES/JEANDIN NICOLAS/SCHWEIZER PHILIPPE/TAPPY DENIS (édit.), Code de procédure civile commenté, Bâle 2011, Art. 107 N 14 s. ; BSK-RÜEGG, Art. 107 CPC N 5). Cette opinion doit valoir *a fortiori* lorsqu'une partie succombe en raison d'une intervention extraordinaire du Conseil fédéral, laquelle pourrait au demeurant représenter une circonstance particulière au sens de l'art. 107 al. 1 let. f CPC (sur l'éventuelle application privilégiée de la lettre f par rapport à la lettre b, voir URWYLER [cette n.], Art. 107 N 3). Enfin, on peut se demander si le texte de l'art. 107 al. 2 CPC pourrait être interprété comme permettant de faire supporter la charge des frais judiciaires au canton. En tous les cas, une telle solution ne nous semble, sur le fond, pas opportune, ni équitable, dans le contexte qui nous occupe ici, soit celui d'une intervention du Conseil fédéral. Au surplus, cet article ne règle de toute manière pas la problématique des dépens.

débouté¹⁰⁹. Ils pourront tout au plus être récupérés dans le cadre d'une action en réparation du dommage intentée à l'encontre de la Confédération, pour autant qu'il s'avère que le Conseil fédéral a agi sans droit.

B. La responsabilité pour acte illicite

65. Suite au blocage de biens patrimoniaux ou à une levée de saisie ou de séquestre qui s'avéreraient par la suite illégaux pour différentes raisons, le créancier peut subir un dommage : absence de rendement sur un avoir temporairement indisponible, perte de l'objet revendiqué, insolvabilité subséquente du débiteur, frais de procédure engagés inutilement, etc.¹¹⁰.
66. Dans ce cas, la voie de l'action en réparation du dommage contre la Confédération est ouverte devant le Tribunal fédéral, mais uniquement dans le cas où le droit de nécessité a été exercé sans droit¹¹¹. Il est par ailleurs important de rappeler que lorsque l'acte dommageable reproché n'est pas un acte matériel, mais un acte juridique tel que l'adoption d'une ordonnance ou d'une décision, seule la violation d'une prescription importante des devoirs de fonction est susceptible d'engager la responsabilité de la

¹⁰⁹ Art. 68 LP et ATF 134 III 177, précité (n. 3 et 17), aux termes duquel la société Noga a dû assumer les frais de la procédure de séquestre des tableaux du Musée Pouchkine, frais de l'ordre de quelque 600'000 francs.

¹¹⁰ Le dommage qu'invoquerait le créancier en relation avec les frais d'avocat engagés pour faire constater l'illégalité de la mesure prise en vertu du droit de nécessité ne peut en revanche être retenu, car ces frais sont en principe couverts par les dépens accordés par le Tribunal administratif fédéral et le Tribunal fédéral. Voir à ce sujet TF 2A.511/2005 du 16 février 2009, précité (n. 14), consid. 7.

¹¹¹ Art. 3 al. 1 de la Loi sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (LRCF), du 14 mars 1958 (RS 170.32), en lien avec l'art. 120 al. 1 let. c LTF ; voir aussi l'ATF 118 Ib 473, *Laiteries Réunies, Fédération des producteurs de lait de Genève et environs gegen Schweizerische Eidgenossenschaft*, du 11 novembre 1992, consid. 6, qui rappelle qu'il n'existe aucune responsabilité de la Confédération pour acte licite.

Confédération¹¹². Il faut en somme démontrer une sorte d'« illicéité qualifiée ».

67. Même si les cantons répondent du dommage causé, d'une manière illicite, par les autorités de poursuite et de faillite¹¹³, ils ne devraient en principe jamais répondre du dommage éventuellement causé lorsque ces autorités lèvent un séquestre ou une saisie ou bloquent la distribution d'un dividende en se conformant à une ordonnance ou une décision du Conseil fédéral. Les autorités de poursuite doivent en effet se soumettre aux mesures prescrites par le Conseil fédéral en vertu du droit de nécessité sans en examiner le bien-fondé, si bien qu'il n'existe aucun lien de causalité entre l'acte de poursuite et le dommage¹¹⁴. Il pourrait tout au plus en aller autrement si l'autorité de poursuite observait une mesure manifestement nulle ou caduque¹¹⁵.

¹¹² Cf. TF 2A.511/2005, précité (n. 14), du 16 février 2009, consid. 5.1, selon lequel la simple violation du principe de célérité n'est notamment pas susceptible d'engager la responsabilité de la Confédération.

¹¹³ Art. 5 LP.

¹¹⁴ ATF 131 III 652, précité (n. 14), consid. 3 : « Il en va de même, pour les motifs exposés plus haut (consid. 2), du blocage ordonné le 15 décembre 2003 par le Conseil fédéral sur la base de l'art. 184 al. 3 Cst. On ne saurait dire d'emblée que cette autorité n'était pas compétente, que les conditions d'un blocage n'étaient pas remplies et que cette mesure était illicite, partant nulle, seul cas dans lequel les autorités de poursuite et de faillite ont le droit de refuser d'en tenir compte (consid. 3.1). Le créancier X. pouvait agir contre le blocage en question, dont il a été informé (supra, sous les faits, let. B). Le recours de droit administratif qu'il a déposé en relation avec cette mesure est d'ailleurs toujours pendant devant la I^{re} Cour de droit public du Tribunal fédéral. »

¹¹⁵ Cf. ATF 131 III 652, précité (n. 14), consid. 3 (cf. note précédente), et PETER (n. 3), p. 65, qui explique que le Conseil d'Etat valaisan avait envisagé que le canton du Valais aurait pu être actionné en réparation du dommage suite à l'affaire des tableaux du Musée Pouchkine : « *Bien qu'il ne soit pas l'autorité de surveillance prévue par la loi, le Conseil d'Etat de la République et canton du Valais a, à son tour, envoyé une lettre au préposé à l'office des poursuites et des faillites du district de Martigny le 15 novembre 2005. Hésitant à nous en communiquer le texte, le Conseiller d'Etat responsable nous écrit que la "décision du Conseil d'Etat s'inscrit dans" le contexte de la responsabilité au sens de l'art. 5 LP*

VI. Conclusions

68. Les interventions du Conseil fédéral sur la base de ce qu'on appelle le « droit de nécessité » sont relativement fréquentes (une quinzaine depuis 2000) et il arrive, parfois, qu'elles interfèrent dans les jugements exécutoires des autorités judiciaires et les décisions des autorités de poursuite et de faillite, entravant ou empêchant quelquefois leur exécution. Plusieurs affaires, dont certaines ont défrayé la chronique, l'ont montré.
69. Ces affaires ont montré aussi que, même si le législateur fédéral est intervenu, à plusieurs égards même, soit par diverses lois spéciales (loi sur les embargos, loi sur le transfert des biens culturels, loi sur la restitution des avoirs illicites), soit de manière générale à travers une modification de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, par le biais de la nouvelle *Loi sur la sauvegarde de la démocratie, de l'Etat de droit et de la capacité d'action dans les situations extraordinaires*, il n'a – tant s'en faut – pas résolu et réglé toutes les questions que pose ce « droit de nécessité ». En effet, si ces nouvelles lois, et la dernière nommée surtout, régissent les rapports entre le Conseil fédéral et le Parlement, elles oublient largement les autorités judiciaires et, en particulier, la question de la protection juridictionnelle des particuliers touchés par les interventions de l'exécutif au nom du droit de nécessité.
70. Même si cette lacune en ce qui concerne les possibilités de recours peut être comblée par voie d'interprétation, il n'en demeure pas moins qu'une clarification du législateur serait la bienvenue.

“et porte plus précisément sur l'action récursoire que l'Etat pouvait théoriquement engager contre le préposé si ce dernier se conformait à l'avis du Département fédéral des affaires étrangères à propos de l'insaisissabilité des œuvres d'art de la collection du Musée Pouchkine”.