

Loi fédérale sur l'application de sanctions internationales

Projet de modification

Consultation du 18 juin 2010

La présente prise de position de la Faculté de droit de l'Université de Genève se base sur le projet de modification de la loi fédérale sur l'application de sanctions internationales (loi sur les embargos, LEmb) mis en consultation le 18 juin 2010. Cet avis a été rédigé pour l'essentiel par le Professeur Nicolas Michel, de notre département de droit international public. Il intègre en outre des remarques de plusieurs collègues dont, en particulier, les Professeurs Marco Sassoli, du même département, et Ursula Cassani, vice-doyenne et membre du département de droit pénal. Le projet de modification se propose d'améliorer l'application des sanctions internationales en tirant parti des expériences faites au cours des sept années de mise en œuvre de la loi sur les embargos. A cet effet, il « vise entre autres à garantir l'efficacité de l'assistance administrative internationale, à élargir le champ d'application des mesures de coercition et à adapter les dispositions pénales ».

Nos observations ont trait à deux aspects : l'exclusion des voies de droit dans le cas d'une transmission de documents à des autorités internationales ou étrangères au titre de l'assistance administrative internationale (I.), et certains aspects des modifications envisagées en ce qui concerne les dispositions pénales (II.).

I. L'exclusion des voies de droit

L'article 7, alinéa 7 (nouveau), a la teneur suivante : « La loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative ne s'applique pas à la transmission d'informations aux autorités étrangères et aux organisations ou organismes internationaux auxquels l'entraide administrative est accordée en vertu des al. 1 à 3 et 5. » Cette disposition a pour but et pour effet d'exclure les voies de droit dans le cas mentionné.

Nous sommes convaincus que la Suisse doit contribuer efficacement à la mise en œuvre de régimes internationaux de sanctions, dans la mesure de ses obligations internationales. Elle a joué un rôle essentiel dans l'évolution des régimes de sanctions pour les faire passer d'embargos à large spectre à des sanctions ciblées. Elle serait mal venue, maintenant, de se comporter d'une manière qui priverait les sanctions ciblées de toute efficacité.

Une mise en œuvre efficace de sanctions ciblées exige parfois une difficile pesée d'intérêts entre le respect des droits fondamentaux et la protection d'intérêts publics majeurs en matière de sécurité. Le « Rapport explicatif » qui accompagne le projet de modification conclut ses considérations sur cette question en affirmant que « la protection des intérêts publics doit primer l'intérêt privé à une pratique de l'assistance administrative internationale qui ouvre des moyens de droit ».

Nous sommes d'avis que cette conclusion est trop générale et que **l'exclusion pure et simple de voies de droit dans tous les cas ne respecte pas le principe de proportionnalité**. Nous relevons en effet que, dans la pratique, il n'est pas rare que les personnes auxquelles des informations sont demandées soient disposées à les soumettre volontairement et qu'elles renoncent à exiger qu'une décision administrative soit rendue. Nous notons aussi que, alors même que les demandes d'informations doivent être traitées avec diligence et, parfois même, avec célérité, leur objet et leur nature n'exigent de loin pas toujours une transmission immédiate. Et nous soulignons que les expériences de ces dernières années ont malheureusement démontré en plusieurs occasions que les mécanismes internationaux sont parfois loin d'offrir une protection des droits fondamentaux à la hauteur des standards que doit observer un Etat qui s'est fixé pour objectif et pour règle de respecter les droits de l'homme, la démocratie et l'état de droit.

Il faut reconnaître, toutefois, que certaines mesures de sanction sont destinées à faire face à des dangers particulièrement graves et massifs, qu'elles perdent toute efficacité si elles ne sont pas mises en œuvre sans délai, que des individus de mauvaise foi n'hésitent pas à faire un usage purement dilatoire ou plus généralement abusif de moyens de droit et que, en conséquence, une pesée des intérêts peut, dans des cas concrets, conduire à la conclusion qu'une procédure ordinaire de recours conduirait à priver la mesure de toute efficacité et pourrait avoir pour conséquence, au surplus, une violation par la Suisse de ses obligations internationales et une atteinte sérieuse à sa crédibilité. Pour faire face à ces préoccupations légitimes, la Suisse pourrait, en pleine conformité avec le principe de proportionnalité, adopter des règles d'organisation et de procédure adéquates. Par exemple, l'autorité de recours pourrait être choisie ou, au besoin, instituée et organisée de manière spécifique, ou encore des mesures pourraient être prises en vue d'assurer un traitement rapide des recours (notamment, brefs délais de recours et de l'autorité de recours pour rendre sa décision, brefs délais pour les écritures, refus de toute réplique) ; il serait même envisageable que, lorsque des circonstances tout à fait particulières l'exigeraient, l'effet suspensif ne soit pas accordé ou qu'il soit retiré, le contentieux se limitant alors à la problématique d'une éventuelle indemnisation. Dans le cadre rappelé par la jurisprudence, le recours aux mesures provisionnelles en particulier en matière de blocage d'avoirs— permet par ailleurs d'éviter certaines conséquences négatives liées à l'écoulement du temps.

Nous saluons le désir des auteurs du projet de modification de tirer les enseignements des expériences des dernières années. Nous approuvons leur souhait d'éviter que le dépôt de recours n'empêche la Suisse de contribuer à la mise en œuvre de mesures de sanction conformément à ses obligations internationales. Mais nous les invitons à prendre aussi en compte les expériences difficiles et parfois douloureuses de mécanismes internationaux ou étrangers n'offrant pas les garanties nécessaires dans le domaine du respect des droits fondamentaux, ainsi que les développements jurisprudentiels récents aussi bien que les attentes exprimées avec vigueur par de nombreux pays, dont la Suisse, dans le but d'obtenir une amélioration de mécanismes existants.

II. Dispositions pénales

Relevons pour terminer que l'annexe au projet de loi tend à harmoniser les dispositions de la loi sur les embargos et celles d'autres lois traitant de questions analogues. Nous approuvons ce désir de cohérence. C'est pourquoi nous sommes d'avis que les réflexions qui précèdent valent non seulement pour la loi sur les embargos mais aussi pour les autres lois mentionnées.

Les nouvelles dispositions pénales qui sont proposées visent aussi un objectif de cohérence et d'harmonisation. Elles tendent de plus à une mise en œuvre plus efficace des sanctions. Dans l'ensemble l'effort doit être approuvé mais plusieurs dispositions appellent les observations que voici.

L'art. 2, al. 4, let. c, et l'art. 12a (nouveau) traitent de l'application des mesures aux actes à l'étranger et de la répression des crimes et délits à l'étranger.

La première de ces deux dispositions soulève la question de savoir ce qu'il faut entendre par « établissements » étrangers qui « dépendent juridiquement » de personnes morales suisses. Par exemple, le fait de détenir le capital actions d'une société anonyme est-il visé ? Si oui, quelle partie du capital faut-il détenir ? La dépendance dont il est question est-elle de nature juridique ou de nature économique ?

Selon le « Rapport explicatif », les actes visés par ces deux dispositions seraient soumis au « principe de nationalité » et celui-ci permettrait de poursuivre une infraction indépendamment de sa punissabilité au lieu de commission. Cette affirmation est en contradiction avec la conception du droit positif suisse (art. 7 al. 1 CP) qui impose la double incrimination en matière de personnalité active. L'exigence que l'acte soit aussi punissable au lieu de commission découle de la justification traditionnelle de la compétence basée sur la personnalité active par rapport au fait que la Suisse n'extrade pas ses propres ressortissants et qu'il faut donc remplacer le procès à l'étranger par un jugement en Suisse.

L'inclusion des actes commis par des personnes étrangères domiciliées en Suisse constitue également une extension importante du principe de la personnalité active par rapport au droit en vigueur. La solution préconisée n'est certes pas insoutenable, même si l'on s'éloigne de la justification par rapport à l'absence d'extradition. Toutefois, la référence à la résidence habituelle devrait alors être préférée.

Une autre observation concerne l'art. 9, al.2, concernant la clause punitive. Le « Rapport explicatif » justifie l'importance des peines privatives de liberté par une comparaison avec des dispositions pénales d'autres lois fédérales régissant des questions analogues. Dans ce contexte il n'est pas sans importance de noter que la comparaison de la peine prévue par le projet de modification (10 ans) avec celle qui est applicable au cas grave de blanchiment d'argent ou à la participation et au soutien à une organisation criminelle (5 ans) fait apparaître une différence difficile à comprendre et à justifier.

Notons finalement que la proposition consacrée à l'art. 12, al.2, d'instaurer la responsabilité pénale de l'entreprise selon le régime direct et parallèle de l'art. 102, al.2, du code pénal semble adéquate, et qu'il convient d'approuver la protection de celui qui prend des mesures de bonne foi pour contribuer à l'application de la loi.