

Rapport explicatif

concernant un avant-projet de loi fédérale sur la collaboration avec des autorités étrangères et la protection de la souveraineté suisse

et un avant-projet d'arrêté fédéral portant approbation des conventions du Conseil de l'Europe sur la notification à l'étranger des documents et sur l'obtention à l'étranger d'informations et de preuves en matière administrative

Table des matières

1 Présentation du projet	4
1.1 Contexte	4
1.1.1 Trois mandats – un projet unique	4
1.1.2 Problématique	6
1.1.3 Développements récents	7
1.1.4 Interventions parlementaires	7
1.2 Problèmes et solutions	8
1.2.1 Problèmes et solutions en matière de collaboration avec les autorités étrangères	8
1.2.2 Problèmes et solutions en matière d'autorisation, pour des autorités étrangères, de procéder à un acte relevant des pouvoirs publics	9
1.2.3 Problèmes et solutions en matière de mesures de protection de la souveraineté	9
2 Dispositif proposé	10
2.1 Adoption d'une loi fédérale sur la collaboration avec des autorités étrangères et la protection de la souveraineté suisse	10
2.1.1 Principes fondamentaux en matière de collaboration internationale et de protection de la souveraineté	10
2.1.2 La collaboration internationale en matières administrative, pénale, civile et commerciale	11
2.1.3 La protection de la souveraineté suisse	12
2.2 Adhésion de la Suisse à deux conventions du Conseil de l'Europe	13
3 Classement d'interventions parlementaires	13
4 Commentaire des dispositions de la loi	14
5 Commentaire des deux conventions du Conseil de l'Europe	44
5.1 Convention européenne du 24 novembre 1977 sur la notification à l'étranger des documents en matière administrative	45
5.1.1 Contenu de la convention	45
5.1.2 Situation juridique actuelle	45
5.1.3 Avantages d'une adhésion de la Suisse	46
5.2 Convention européenne du 15 mars 1978 sur l'obtention à l'étranger d'informations et de preuves en matière administrative	47
5.3 Déclarations de la Suisse concernant les deux conventions	48
6 Conséquences en matière de finances et de personnel	49
7 Relations avec le programme de la législature et les stratégies nationales du Conseil fédéral	49
7.1 Relation avec le programme de la législature	49
7.2 Relation avec les stratégies nationales du Conseil fédéral	49
8 Aspects juridiques	49
8.1 Constitutionnalité	49
8.2 Forme de l'acte	50

8.3 Délégation de compétences législatives	50
8.4 Conformité à la législation sur la protection des données	51

1 Présentation du projet
1.1 Contexte
1.1.1 Trois mandats – un projet unique

Les avant-projets ci-joints de loi fédérale et d'arrêté fédéral portant approbation de deux conventions du Conseil de l'Europe sont le résultat de développements dans trois domaines distincts que l'administration fédérale a été chargée d'étudier. Lors de la réalisation de ces trois mandats, il s'est avéré que les liens réciproques entre les thèmes examinés étaient si étroits qu'il se justifiait de les réunir dans un projet unique.

- Sur la base de travaux préliminaires de l'Office fédéral de la justice (OFJ), le Conseil fédéral a donné mandat au Département fédéral de justice et police (DFJP), le 20 août 2008, d'examiner, en collaboration avec les services concernés de la Confédération, si des mesures législatives étaient nécessaires dans le domaine de l'assistance administrative internationale. Le groupe de travail interdépartemental mis en place par l'OFJ, après avoir étudié la situation juridique, a identifié un certain nombre de points sur lesquels des modifications sont nécessaires.
- Dans deux postulats de même teneur du 30 mai 2010 intitulés « Les autorités sous la pression de la crise financière et de la transmission de données clients d'UBS aux Etats-Unis » (10.3390 CdG-N / 10.3629 CdG-E), les Commissions de gestion du Conseil national et du Conseil des Etats ont chargé le Conseil fédéral d'examiner certaines questions relatives à l'application de l'art. 271 du code pénal (CP ; RS 311.0). Cet article punit celui qui, « sans y être autorisé, [procède] sur le territoire suisse pour un Etat étranger à des actes qui relèvent des pouvoirs publics ». Les travaux engagés par l'OFJ en 2010 ont confirmé que l'application de l'art. 271 CP méritait d'être clarifiée.
- Le 16 mars 2011, le groupe libéral-radical a déposé une motion demandant au Conseil fédéral de préparer « un projet de loi sur la protection de la souveraineté » afin de « renforcer la protection de la souveraineté de la Suisse » (11.3120). Le Conseil fédéral a proposé de l'accepter. Devant les commissions chargées de l'examen préalable, il a évoqué les travaux dont le présent rapport est le fruit. Les deux conseils ont suivi la proposition sans discussion et ont transmis la motion¹.

¹ Dans une motion du 11 mai 2007 intitulée « Devoirs et droits des employés exerçant une activité de conseil juridique ou de représentation en justice. Assimilation aux avocats indépendants » (07.3281), la Commission des affaires juridiques du Conseil national avait demandé l'élaboration d'une loi sur les juristes d'entreprise. Le 4 juin 2010, le Conseil fédéral rendait au Parlement un rapport dans lequel il déclarait renoncer à poursuivre ce projet, mal accueilli en procédure de consultation. Il y annonçait son intention d'examiner l'opportunité de légiférer pour permettre de prendre des mesures visant à préserver la souveraineté suisse face à des actions unilatérales émanant des autorités d'Etats étrangers (FF 2010 3731). Le Conseil national a décidé, le 15 décembre 2011, de suspendre les délibérations sur le rapport – et donc de geler la proposition de classement du Conseil fédéral – jusqu'à ce que ce dernier ait présenté un projet de loi sur la protection de la souveraineté. Le Conseil des Etats s'est cependant opposé à la suspension le 14 mars 2012.

Suivant les voies ainsi tracées, l'OFJ a étudié de manière approfondie et globale de possibles solutions dans les domaines de l'assistance administrative, de l'entraide judiciaire et de la protection de la souveraineté. Son rapport, mis en ligne le 14 mars 2011², a servi au Conseil fédéral pour prendre, le 11 mai 2011, les décisions suivantes:

1. *Le DFJP (OFJ) est chargé d'élaborer des dispositions légales fixant les principes de la collaboration avec des autorités étrangères et de la protection de la souveraineté suisse et de présenter un rapport au Conseil fédéral avant la fin de 2011 en vue de l'ouverture d'une consultation.*

2. *Le projet doit respecter les exigences suivantes:*

2.1. *Il contient des dispositions de loi applicables à tous les domaines du droit fédéral, réglant, dans la mesure du nécessaire, au moins les aspects suivants:*

- a. *le principe selon lequel les autorités fédérales sont disposées à collaborer et les formes admises d'assistance administrative,*
- b. *les moyens de contrainte que les autorités fédérales sont en droit de mettre en œuvre dans l'accomplissement des demandes d'assistance administrative émanant de l'étranger,*
- c. *les motifs de refus de l'assistance administrative,*
- d. *les grandes lignes de la procédure à suivre lors de l'exécution des demandes d'assistance administrative émanant de l'étranger et*
- e. *l'obligation de coopérer des personnes privées impliquées dans ces procédures et les exigences minimales en matière de protection juridique de ces personnes.*

2.2. *Il contient les bases légales permettant au Conseil fédéral de prendre des mesures pour préserver la souveraineté suisse des atteintes que peuvent lui porter les ordres juridiques étrangers. Ces dispositions doivent régler au moins les aspects suivants:*

- a. *il doit être possible d'interdire aux personnes privées de coopérer avec des autorités étrangères, ou de les y autoriser expressément, ou de les y obliger;*
- b. *la loi doit déterminer qui est autorisé à proposer les mesures au Conseil fédéral, quels services de l'administration fédérale et de l'Assemblée fédérale ont des droits de consultation, d'information et de participation, et de quelle manière les mesures doivent être exécutées.*

2.3. *Il fixe des critères suffisamment précis pour l'octroi des autorisations mentionnées à l'art. 271 CP et propose des améliorations de la procédure afin que soit assurée une pratique uniforme en matière d'autorisations. (Traduction)*

Le Conseil fédéral a chargé en outre le DFJP de préparer l'adhésion de la Suisse à deux conventions du Conseil de l'Europe, celle du 24 novembre 1977 sur la notification à l'étranger des documents en matière administrative et celle du 15 mars 1978 sur l'obtention à l'étranger d'informations et de preuves en matière administrative.

² Le rapport (uniquement en allemand) peut être téléchargé à l'adresse <http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/sicherheit/rechtshilfe/berauslandszusammenarbeit-d.pdf>.

L'opportunité d'une collaboration des autorités fédérales avec des autorités étrangères et les formes que doit prendre cette collaboration sont devenues un thème d'une grande acuité juridique et politique ces dernières années. Sur la base de quels arguments – juridiques ou politiques – une autorité fédérale peut-elle rejeter une demande étrangère d'assistance administrative ? A quelles conditions des personnes privées peuvent-elles être autorisées, ou expressément empêchées, de coopérer avec les autorités étrangères ? Sur quelle base juridique une autorité étrangère peut-elle être autorisée à procéder à un acte relevant des pouvoirs publics sur le territoire suisse ? Afin de pouvoir répondre à ces questions, nous commencerons par faire l'inventaire des intérêts étatiques en jeu.

D'un côté, la Suisse a un intérêt vital à ce que la collaboration avec les autorités étrangères se passe sans heurts et dans un climat de confiance mutuelle: il s'agit d'accomplir efficacement les tâches publiques et de réaliser des objectifs que la Suisse partage avec d'autres Etats ou avec la communauté internationale dans son ensemble. Pour assumer leurs multiples tâches publiques, les autorités fédérales ont besoin d'une collaboration efficace dans les domaines du droit administratif, du droit pénal et du droit civil. Le droit fédéral règle donc, dans de nombreux domaines, les conditions auxquelles les services administratifs étrangers sont autorisés à accomplir des actes relevant des pouvoirs publics sur le territoire suisse et les mesures (mesures d'assistance administrative, autorisations préalables, etc.) qu'il est possible de prendre pour les aider à mener leurs propres procédures.

D'un autre côté, la collaboration ne peut avoir lieu que dans des limites clairement définies par la loi ou par les traités internationaux. Il faut que la Suisse soit en mesure d'empêcher que des actes d'autorités étrangères soient exécutés sur son territoire sans fondement légal ou conventionnel, afin de préserver sa souveraineté. Peu importe à cet égard que l'acte d'une légalité contestable soit directement le fait d'une autorité étrangère ou que celle-ci tente de contraindre des personnes privées en Suisse à procéder à un acte contraire au droit suisse – tel que la publication de données sur des clients ou d'autres informations couvertes par le secret professionnel, le secret d'affaires ou le secret de fonction. Il faut également garantir que les personnes impliquées dans une procédure étrangère et notamment celles qui font l'objet d'une demande d'assistance administrative puissent se prévaloir efficacement de leurs droits et, s'il le faut, les défendre en justice.

Le droit fédéral prévoit des procédures et des formes qui permettent d'une part de traiter les demandes de coopération des autorités étrangères, d'autre part de préserver la souveraineté territoriale de la Suisse de toute atteinte. Cependant, il est apparu que les instruments dont elle dispose sont mal accordés les uns aux autres et que la législation souffre d'un manque d'harmonisation. De plus, il est insatisfaisant, du point de vue des principes de l'Etat de droit, qu'il faille recourir à des décisions ou ordonnances du Conseil fédéral directement fondées sur la Constitution pour se défendre d'actes des pouvoirs publics étrangers dommageables à la souveraineté de la Suisse. Pour améliorer la situation juridique, il faut consolider et développer, dans les différents domaines du droit fédéral, les pratiques codifiées en matière d'assistance administrative qui ont prouvé leur efficacité.

1.1.3 Développements récents

Ces dernières années, les autorités fédérales ont été confrontées à plusieurs occasions à des événements qui ont montré les limites du droit actuel. Nous renvoyons à l'exposé des faits dans le rapport de l'OFJ du 14 mars 2011³. Par ailleurs, plusieurs projets législatifs ont abordé la question de l'assistance administrative internationale en provoquant des réactions divergentes. Un projet de révision partielle de la loi sur les embargos visait à interdire toute possibilité de recours contre les décisions ordonnant la transmission d'informations recueillies en Suisse à des autorités étrangères au titre de l'assistance administrative, ce qui a été vivement critiqué. Les réactions ont été aussi très négatives lorsque le Conseil fédéral a proposé d'accorder l'assistance administrative à des autorités étrangères en matière de concurrence, dans un projet de révision de la loi sur les cartels qu'il a envoyé en consultation. Pourtant, des dispositions similaires sont restées incontestées dans d'autres projets de loi (loi sur la concurrence déloyale, révision totale de la loi sur les denrées alimentaires, nouvelle loi sur l'imposition des spiritueux).

1.1.4 Interventions parlementaires

Suite à ce que l'on a appelé l'« accord UBS » et aux « nouvelles » conventions de double imposition, plusieurs interventions parlementaires ont soulevé la question d'une loi sur l'assistance administrative (motion Baumann 09.4335; motion Bischof 09.3319; motion du groupe libéral-radical 09.3056; motion CAJ-N 10.3341). La préoccupation qui se fait jour à travers ces interventions est que la souveraineté de l'ordre juridique suisse ne puisse pâtir des procédures administratives étrangères au cas où des autorités et des personnes privées seraient obligées par des autorités étrangères à adopter un comportement non compatible avec les obligations du droit suisse. D'autres interventions parlementaires ont pour objet la perte de souveraineté juridique que pourrait subir la Suisse du fait du droit étranger ou des procédures étrangères. Elles réclament des mesures visant à « empêcher, prévenir et neutraliser efficacement et durablement les violations du droit étrangères commises sur le territoire suisse » ou demandent plus de retenue dans l'adaptation du droit interne au droit étranger et en particulier européen (motion Freysinger 09.3452; interpellation Reymond 10.3810; interpellation Freysinger 11.3904). La motion 11.3120 du groupe libéral-radical du 16 mars 2011 demande explicitement au Conseil fédéral de préparer « un projet de loi sur la protection de la souveraineté » afin de « renforcer la protection de la souveraineté de la Suisse » ; elle a été transmise par les deux conseils (voir aussi 1.1.1). Cette question reste d'actualité en matière fiscale. Une interpellation du Conseiller national Quadri du 4 décembre 2012 (12.4043) demande au Conseil fédéral comment il entend réagir aux violations de la souveraineté suisse par certains pays voisins qui envoient des inspecteurs fiscaux en Suisse pour contrôler leurs ressortissants.

³ Voir note 2.

1.2 Problèmes et solutions

1.2.1 Problèmes et solutions en matière de collaboration avec les autorités étrangères

Le dénominateur commun des problèmes que rencontrent les autorités fédérales est le suivant: une autorité étrangère (administrative ou judiciaire) mène une procédure pénale, administrative ou civile selon les règles de sa propre législation, tout en dépendant de l'aide des autorités suisses parce qu'elle n'a en principe pas le droit d'agir sur le territoire suisse, que l'acte en question puisse être exécuté de force ou non.

Les risques pour la souveraineté territoriale suisse sont de deux ordres. Premièrement, il y a un potentiel de conflit particulier du moment que non seulement deux législations nationales, mais deux systèmes juridiques se trouvent confrontés. C'est vrai des relations avec les Etats régis par le *common law*, en particulier les Etats-Unis. Le fait par exemple que l'administration des preuves incombe aux parties dans les procédures civiles du *common law*, dans le cadre du *pretrial discovery*, ou que les autorités administratives américaines émettent des injonctions de produire des preuves (*subpoenas*) dont la non-observation est sévèrement sanctionnée (par ex. par de lourdes amendes), génère un risque élevé de conflit avec le droit suisse. Deuxièmement, la coopération et la protection du territoire ou de la souveraineté arrivent à être antagonistes lorsque le contenu et la portée des règles fixées par les traités internationaux ou les législations nationales sont largement sujettes à interprétation ou lorsque les Etats concernés ne sont pas d'accord sur l'existence de bases juridiques de la collaboration. Le risque de conflit est d'autant plus grand s'il règne une incertitude quant aux voies de droit possibles dans l'un et l'autre pays.

Une fois identifiés les risques de conflit avec les ordres juridiques étrangers, il faut, pour trouver comment éviter ou réduire ces contradictions, répondre à quatre questions fondamentales dans chacun des domaines concernés:

1. La Suisse veut-elle collaborer avec les autorités étrangères ? Y a-t-il des domaines dans lesquels une collaboration est catégoriquement exclue?
2. Quelles formes doit prendre la collaboration (échange d'expériences sur le plan général, échange spécifique d'informations et communication mutuelle de données, collectes de preuves et enquêtes conjointes, contrôles sur place, etc.) ?
3. A quelles conditions la Suisse est-elle prête à collaborer dans un cas concret ? Pour quels motifs doit-elle pouvoir refuser l'assistance que lui demande un Etat étranger ?
4. Dans quelle mesure la collaboration risque-t-elle de porter atteinte à des droits fondamentaux de personnes privées, et comment est-il possible de réduire ou de supprimer ces risques ?

Ces quatre questions fondamentales appellent des réponses différentes selon le domaine du droit suisse concerné: si la volonté de coopérer est grande lorsqu'il s'agit de lutte contre les épidémies, pour des raisons évidentes, d'autres domaines tels que ceux de la sécurité intérieure et de l'armée ou certains secteurs économiques suscitent traditionnellement plus de réticences. Chaque domaine a ses caractéristiques, matérielles, procédurales et politiques. Les réponses – et le degré de détail des réglementations choisies – devront être fonction du domaine considéré et de la

forme de collaboration. Cependant, pour assurer une cohérence optimale du droit, l'avant-projet de loi ci-joint propose des règles harmonisées sur le plan matériel et des normes subsidiaires valables pour l'ensemble des domaines de la législation. Ces dispositions d'application générale s'effaceront toujours devant les règles des lois spéciales et des traités internationaux, car il importe d'éviter que les mesures qu'elles prévoient entraînent des inconvénients, voire un retour en arrière, dans les domaines où l'assistance administrative fonctionne bien aujourd'hui et ne crée pas de problèmes juridiques ni pratiques.

1.2.2 Problèmes et solutions en matière d'autorisation, pour des autorités étrangères, de procéder à un acte relevant des pouvoirs publics

Le droit suisse punit l'accomplissement d'actes relevant des pouvoirs publics pour le compte d'une autorité étrangère sur le territoire suisse, à moins que cet acte n'ait été autorisé par l'autorité fédérale compétente. Selon l'art. 31 de l'ordonnance du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA, RS 172.010.1), ces autorisations relèvent des départements et de la Chancellerie fédérale, les « cas d'importance majeure, sur le plan politique ou autre », devant être soumis au Conseil fédéral. Ces derniers temps, on a vu se multiplier les événements suscitant des doutes quant à l'efficacité de ce mécanisme pénal. Le groupe de travail interdépartemental dirigé par l'OFJ est parvenu à la conclusion que les points suivants méritaient tout particulièrement d'être examinés: selon quels critères décide-t-on si l'autorisation doit être accordée ou refusée ? Qu'est-ce qui caractérise un « cas d'importance majeure, sur le plan politique ou autre » ? Sous quelle forme les autorisations doivent-elles être accordées ? Sont-elles sujettes à émoluments ? Quelles sont les voies de droit ? L'avant-projet de loi ci-joint répond à toutes ces questions matérielles et de procédure.

1.2.3 Problèmes et solutions en matière de mesures de protection de la souveraineté

Il y a violation de la souveraineté internationale de la Suisse dès lors que l'ordre juridique d'un autre Etat étend son champ d'application de manière illicite sur le territoire suisse, en violation de sa souveraineté territoriale. Le droit international interdit dans tous les cas que des autorités étrangères appliquent directement le droit étranger à l'intérieur des frontières de la Suisse. Ce serait le cas si des autorités étrangères ordonnaient directement, dans le cadre d'une procédure étrangère, la collecte de preuves contenues dans des documents se trouvant sur sol suisse. Le droit international ne leur autorise que les voies de l'entraide judiciaire ou de l'assistance administrative. Des mesures de contrainte unilatérales violeraient la souveraineté internationale de la Suisse. La violation serait particulièrement grave si l'application de la législation de l'autre Etat entraînait directement en conflit avec des normes du droit suisse, par exemple avec une obligation légale de garder le secret.

Les mesures qu'il convient de prévoir doivent contribuer à éviter que ce type de violations de la souveraineté suisse puisse seulement faire l'objet après coup de poursuites pénales, comme c'est le cas aujourd'hui (art. 271 et 273 CP); elles vise-

ront à les prévenir ou du moins à les enrayer. Pour cela, il faut disposer d'instruments autres que pénaux. Le Conseil fédéral peut aujourd'hui invoquer l'art. 184, al. 3, Cst. pour écarter des menaces d'ingérence d'un ordre juridique étranger dans le droit suisse. Ce dispositif constitutionnel, dont la procédure est décrite à l'art. 7e de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA, RS 172.010), lui demeurera bien entendu ouvert si la sauvegarde des intérêts du pays l'exige, mais l'avant-projet proposé prévoit explicitement des instruments tels que l'interdiction de transmettre des informations ou le blocage de l'accès à des documents électroniques. Ces instruments, préventifs, visent à empêcher ou à limiter les violations de la souveraineté.

Rien, dans la doctrine ni la pratique des autorités fédérales, ne permet de mettre en cause la compétence du Conseil fédéral de se réclamer notamment de l'art. 184, al. 3, Cst. pour parer à une menace d'ingérence d'un ordre juridique étranger dans l'ordre juridique suisse. Cette disposition, du fait de son domaine d'application très large, peut aussi servir à déclarer licite un acte de collaboration avec des autorités étrangères dans un cas particulier. Cependant, le mécanisme de défense défini au niveau constitutionnel ne s'applique que dans des situations particulières ; dans le cas de l'art. 185, al. 3, Cst., il faut que la menace soit grave et imminente, qu'elle ait un caractère singulier ou qu'elle survienne de manière imprévisible (ou imprévue), et que la préservation d'intérêts suisses majeurs exige l'intervention du Conseil fédéral. Les mesures que prend ce dernier doivent être en outre limitées dans le temps. Les principes régissant l'Etat de droit exigent que l'on crée une base légale formelle pour parer à des menaces prévisibles et non singulières pour la Suisse et ses intérêts. Tel est l'objet de l'avant-projet de loi que nous proposons.

2 Dispositif proposé

2.1 Adoption d'une loi fédérale sur la collaboration avec des autorités étrangères et la protection de la souveraineté suisse

2.1.1 Principes fondamentaux en matière de collaboration internationale et de protection de la souveraineté

Les principes fondamentaux qui guident le projet sont les suivants:

- La Suisse collabore avec les autorités étrangères.
- La collaboration doit être canalisée et formalisée selon divers instruments.
- La présente loi constitue la réglementation minimale et subsidiaire de la collaboration internationale; elle règle les principes applicables à la collaboration internationale en matières administrative, pénale, civile et commerciale.
- Les dispositions spéciales sont réservées. Cela signifie que la présente loi ne s'applique que dans la mesure où des dispositions spéciales de lois ou de traités internationaux n'en disposent pas autrement. Le projet mentionne expressément l'existence de dispositions spéciales pour l'échange d'informations en matière de coopération policière et de surveillance des marchés financiers, ainsi qu'en matière fiscale.

- Afin d'éviter une inutile dispersion de règles, la présente loi dispose que des dispositions spéciales ne peuvent être édictées que si le caractère particulier du domaine à régler ou d'autres raisons valables le justifient.
- Le principe de la collaboration a pour corollaire la protection de la souveraineté. La présente loi protège la souveraineté de deux manières : D'une part en prévoyant les conditions et la procédure auxquelles peuvent être délivrées les autorisations de procéder sur le territoire suisse pour le compte d'autorités étrangères à des actes qui relèvent de la puissance publique et, d'autre part, en prévoyant les mesures qui peuvent être prises par le Conseil fédéral lorsque la souveraineté suisse est menacée. Il importe également de préciser qu'il n'existe pas de frontière nette entre les deux aspects du projet (collaboration internationale et protection de la souveraineté). Les autorisations prévues par la section 3 du projet sont également un aspect de la collaboration internationale.

2.1.2 La collaboration internationale en matières administrative, pénale, civile et commerciale

Comme déjà relevé, la présente loi constitue en quelque sorte la réglementation minimale et subsidiaire de la collaboration internationale. Elle s'applique ainsi à toutes les matières dans lesquelles la collaboration internationale peut intervenir. Certes, dans certains domaines, la collaboration internationale est déjà largement réglementée. Dans le domaine civil, on peut en particulier se référer aux conventions de la Haye⁴ et – en général – à l'art. 11a de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé⁵. En matière pénale, on peut en particulier se référer à la loi fédérale du 20 mars 1981 d'entraide internationale en matière pénale⁶ et aux conventions internationales⁷, en particulier aux très nombreux accords bilatéraux en matière d'entraide judiciaire et de coopération policière.

La logique de ce volet du projet est la suivante:

Règles de base constituant un standard minimum.

La finalité du projet est, prioritairement, de poser un standard minimum applicable en l'absence de dispositions spéciales et auquel les législations spécifiques pourront renvoyer le cas échéant. L'édition d'un tel standard minimum est également destinée à éviter que certains domaines ne soient complètement dépourvus de règles de collaboration. Dans un tel cas de figure, les règles constituant le standard minimum sont applicables à titre supplétif. A noter que les situations de « silence qualifié » sont possibles. Il est en effet parfaitement imaginable que, dans certaines situations, le législateur renonce à dessein à régler certains aspects. Dans de tels cas, les dispositions du présent projet ne sauraient trouver application à titre supplétif.

⁴ La Convention de la Haye relative à la procédure civile du 1.3.1954 (CLaH 54; RS 0.274.12), la Convention de la Haye du 15.11.1965 relative à la notification des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale (CLaH 65; RS 0.274.131) et la Convention de La Haye du 18.3.1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale (CLaH 70; RS 0.274.132).

⁵ LDIP, RS 291.

⁶ EIMP, RS 351.1

⁷ Par exemple, la convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959, RS **0.351.1**

Rapport avec les lois spéciales et les traités internationaux.

Les dispositions spéciales de lois ou de traités internationaux sont réservées. C'est dire que le projet n'a pas pour ambition de poser une réglementation exhaustive relative à la collaboration internationale. Le projet reconnaît ainsi que les divers domaines peuvent nécessiter une réglementation spécifique qui leur est spécialement adaptée. Pour de nombreux domaines, une telle réglementation existe déjà, du moins pour certains aspects.

2.1.3 La protection de la souveraineté suisse

Ce volet du projet comporte deux aspects:

Les autorisations de procéder à des actes relevant des pouvoirs publics pour le compte d'une autorité étrangère

Dans la foulée du rapport du 30 mai 2010 des commissions de gestion des chambres fédérales, «Les autorités sous la pression de la crise financière et de la transmission de données clients d'UBS aux Etats-Unis», un groupe de travail interdépartemental a examiné, sous l'égide de l'OFJ⁸, les questions soulevées par l'application de l'art. 271 du Code pénal (CP)⁹ et est arrivé à la conclusion qu'il est nécessaire de clarifier les conditions des autorisations induites par cette disposition. Le groupe de travail interdépartemental a ainsi demandé que des mesures soient prises dans ce sens. Le présent projet concrétise ainsi le souhait émis par le groupe de travail précité et règle de manière exhaustive les autorisations de procéder à des actes relevant des pouvoirs publics pour le compte d'une autorité étrangère.

Les autres mesures de protection de la souveraineté suisse

Le présent projet aborde encore un autre aspect de la protection de la souveraineté suisse avec un volet intitulé «autres mesures de protection de la souveraineté» (section 4 du projet, art. 25). Ces mesures contribueront à éviter que les violations de la souveraineté suisse puissent seulement faire l'objet après coup de poursuites pénales, comme c'est le cas aujourd'hui (art. 271 et 273 CP). Elles permettront de les prévenir ou du moins de les enrayer. Il faut pour cela des instruments autres que ceux du droit pénal. L'art. 25 al. 1 contient une liste exemplative des mesures que le Conseil fédéral peut prendre pour protéger la souveraineté suisse. L'art. 25 al. 2 dresse une liste exemplative des situations dans lesquelles la souveraineté de la Suisse est menacée. Cette disposition n'exclut évidemment pas les mesures que le Conseil fédéral peut prendre directement sur la base de la Constitution. Rappelons toutefois

⁸ A ce sujet, voir l'avis du Conseil fédéral du 13 octobre 2010 au sujet du rapport du rapport du 30 mai 2010 des commissions de gestion des chambres fédérales « Les autorités sous la pression de la crise financière et de la transmission de données de clients d'UBS aux Etats-Unis, FF 2011 3263ss. Le commentaire du Conseil fédéral relatif au postulat 2 (FF 2011 3298, 3299) mentionne que l'OFJ est chargé d'examiner les questions relatives à l'article 271 CP. Les conclusions de l'OFJ sont intégrées dans un rapport adopté par le Conseil fédéral le 10 octobre 2012 (Rapport du Conseil fédéral "Les autorités sous la pression de la crise financière et de la transmission de données clients d'UBS aux Etats-Unis", en réponse au postulat 10.3390 CdG CN/10.3629 CdG CE du 30 mai 2010).

⁹ Rappelons que cette disposition sanctionne quiconque aura, sans y être autorisé, procédé sur le territoire suisse, sans y avoir été autorisé, à des actes qui relèvent des pouvoirs publics. Autrement dit, cette disposition ne permet de sanctionner des actes qui violent la souveraineté territoriale de la Suisse que si ces actes ont été accomplis sans avoir été autorisés par les autorités suisses.

que les mesures basées directement sur l'art. 184 al. 3 Cst. sont subordonnées à plusieurs conditions (en particulier les mesures prises sur la base de cette disposition doivent être limitées dans le temps ; elles doivent par ailleurs répondre à des circonstances extraordinaires et à une situation d'urgence), ce qui n'est pas le cas pour les mesures prévues par la présente loi.

2.2 Adhésion de la Suisse à deux conventions du Conseil de l'Europe

Le Conseil de l'Europe a élaboré, à la fin des années 70, deux conventions réglant la collaboration entre les Etats en matière administrative: la *convention européenne du 24 novembre 1977 sur la notification à l'étranger des documents en matière administrative* (STE n° 94) enjoint aux Etats parties de s'accorder mutuellement assistance pour la notification de ces documents. Elle prévoit que chacun d'eux désigne une autorité centrale chargée de recevoir les demandes de notification des autres Etats et d'y donner suite. Elle s'applique à tous les cas relevant du droit administratif, mais il est possible d'exclure de son champ d'application les affaires fiscales et pénales et d'autres cas spéciaux. La *convention européenne du 15 mars 1978 sur l'obtention à l'étranger d'informations et de preuves en matière administrative* (STE n° 100) est elle aussi applicable aux affaires administratives, avec les mêmes exceptions. Elle distingue entre l'assistance administrative et l'entraide judiciaire, ce dernier terme désignant la collaboration sur demande d'une autorité judiciaire dans une procédure judiciaire. Dans le cadre de l'assistance administrative – soit la collaboration sur demande d'un service administratif dans une matière administrative – les Etats s'informent mutuellement sur leur droit, leurs règlements et leurs usages et se fournissent des informations de fait et des documents. Ils peuvent engager des enquêtes pour pouvoir répondre à une demande, mais sans employer de moyens de contrainte. Dans le domaine de l'entraide judiciaire, par contre – soit la coopération sur commission rogatoire d'une autorité exerçant des fonctions juridictionnelles en matière administrative – les moyens de contrainte sont admis.

La Suisse a signé ces deux conventions en 1977 et en 1978, mais elle ne les a jamais ratifiées, ne serait-ce que parce que seuls quelques membres du Conseil de l'Europe l'ont fait (dont pourtant presque tous les Etats voisins de la Suisse). Le groupe de travail interdépartemental a examiné de manière approfondie l'opportunité d'une adhésion de la Suisse à ces deux traités et soutient majoritairement l'idée d'une ratification. Le Conseil fédéral a donné le mandat, le 11 mai 2011, de préparer cette dernière. Tel est l'objet du deuxième avant-projet joint au présent rapport.

3 Classement d'interventions parlementaires

Comme on l'a exposé aux ch. 1.1.1 et 1.1.4, la motion du groupe libéral-radical (11.3120) demande au Conseil fédéral un projet de loi sur la protection de la souveraineté. La section 4 de la loi que nous proposons traite les thèmes qui doivent être réglés selon cette motion. Lors des délibérations du Conseil des Etats, la rapporteuse

de la commission a fait référence aux travaux préparatoires en cours dans le cadre du présent projet¹⁰.

L'avant-projet que nous présentons répond aux exigences de la motion, si bien que nous proposons le classement de cette dernière.

4 **Commentaire des dispositions de la loi**

Titre

Le titre du projet cite les deux grands thèmes de l'acte normatif. Il souligne aussi que les normes légales et conventionnelles régissant la collaboration entre les autorités suisses et étrangères relèvent d'une stratégie permettant de protéger la souveraineté suisse. Il met l'accent sur la volonté de coopérer de la Suisse ; dès le titre, on comprend que les mesures de protection de la souveraineté prévues par cette loi sont une réaction possible lorsque les conditions de la collaboration sont troublées. La loi est dotée d'un titre court pour des raisons pratiques.

Préambule

Confer les explications du ch. 8.1.

Section 1 Dispositions générales

Art. 1 But

Cet article décrit les intérêts qu'il s'agit de poursuivre et de concrétiser au travers de la loi. Ces intérêts peuvent se trouver difficiles à concilier et doivent être mis en balance dans chaque cas concret.

Let. a : la loi vise à faciliter la collaboration entre les autorités suisses et étrangères dans tous les domaines du droit (voir à ce sujet le commentaire de l'art. 2). Le terme technique « collaboration internationale » a été choisi comme terme générique couvrant toutes les formes de collaboration ou coopération entre toutes les autorités suisses et étrangères imaginables. Les autorités étrangères sont essentiellement l'ensemble des autorités administratives et des autorités judiciaires connaissant des affaires administratives des Etats étrangers et de leurs collectivités territoriales, mais elles incluent aussi des services et institutions internationaux, ainsi que les organes des organisations internationales et de leurs administrations¹¹, dans la mesure où ils accomplissent des tâches comparables aux tâches relevant des pouvoirs publics suisses. Des personnes physiques et morales peuvent aussi être assimilées à des

¹⁰ BO E 2012 53

¹¹ Cf. à ce sujet l'art. 2, al. 1, de la loi du 22 juin 2007 sur l'Etat hôte (RS 192.12), où sont énumérées un certain nombre d'institutions qui peuvent être comprises comme des organismes internationaux ; voir FF 2006 7603, p. 7616 ss.

autorités si elles remplissent des tâches relevant des pouvoirs publics et disposent de pouvoirs administratifs¹².

Ces derniers temps, les demandes étrangères d'assistance administrative ont parfois été, pour le public, synonymes de menace pour l'ordre juridique suisse ; c'est oublier les immenses avantages qu'a pour la Suisse une collaboration avec l'étranger bien réglée et efficace, du fait que ses autorités ont besoin, pour accomplir leurs tâches publiques, de renseignements ou de soutien de la part de l'étranger. Cette notion fondamentale doit être mise en lumière par la loi. Les autorités suisses ont toujours été foncièrement disposées à assister leurs homologues étrangers à accomplir leurs tâches officielles, en raison de l'importance de la collaboration pour la Suisse. Ce soutien mutuel sert à appliquer correctement le droit matériel et favorise la rapidité des procédures. La *let. a* exprime tout cela, et aussi que la collaboration n'est jamais un but en soi, toujours un instrument de la mise en œuvre du droit matériel et de l'application des dispositions procédurales.

Let. b : dans la pratique de l'administration, l'incertitude est grande en ce qui concerne l'application de l'art. 271 CP. L'avant-projet de loi précise donc quels actes peuvent être autorisés, à quelles conditions et selon quelle procédure.

Let. c : l'avant-projet prévoit des mesures visant à protéger la souveraineté suisse des atteintes que peuvent lui porter les ordres juridiques étrangers. Lorsque la Constitution parle de préserver l'indépendance de la Suisse¹³, elle se réfère au concept d'Etat souverain (un concept du droit international) : l'Etat souverain possède en principe la compétence exclusive de légiférer et de faire appliquer le droit sur son territoire. Cette souveraineté peut être battue en brèche par des revendications extraterritoriales de législations étrangères. Aujourd'hui, ce ne sont plus tant les prétentions territoriales qui causent ces menaces ou ces violations, mais essentiellement d'autres types de prétentions qui, sous des formes diverses, portent atteinte à la puissance étatique souveraine, en principe exclusive¹⁴, ou menacent d'y porter atteinte. Les Etats sont indépendants et égaux en droit international. Afin que leur coexistence ne provoque pas de conflits, chaque Etat possède, dans les limites de ses frontières, la souveraineté territoriale, c'est-à-dire le pouvoir souverain et exclusif d'exercer la puissance publique, d'édicter des lois et de les appliquer¹⁵. Chaque Etat est tenu, en conséquence, de respecter la souveraineté des autres Etats. En d'autres termes, la souveraineté d'un Etat ne peut pas être restreinte par un autre Etat¹⁶. Concrètement, cela veut dire que les actes accomplis par un Etat sur le territoire d'un autre sans le consentement de ce dernier sont illicites. Ce principe du droit international se reflète en Suisse dans les art. 271 et 299 CP, notamment, et y contrevenir est punissable.

¹² Par ex., la Commission allemande de surveillance des auditeurs (*Abschlussprüferaufsichtskommission*, APAK) est une communauté de personnes dépourvue de la personnalité juridique, qui assume des tâches similaires à celles de l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision (ASR). Toutes deux ont émis une déclaration d'intention sur la collaboration en matière de surveillance des entreprises de révision le 28 octobre 2011.

¹³ Art. 2, al. 1, 54, al. 2, 173, al. 2, *let. a*, et 185, al. 1, Cst.

¹⁴ On peut penser à une intrusion dans des systèmes informatiques et des banques de données, suivie de la modification de données ; à la reprise ou la domination d'entreprises économiques d'importance stratégique pour la Suisse ; à la mobilisation politique des ressortissants du pays étranger qui résident en Suisse. Ces phénomènes n'entrent cependant pas dans le champ d'application de l'avant-projet.

¹⁵ Voir par ex. ATF 129 I 207 p. 212, consid. 4.2.

¹⁶ ATF 104 Ia 367 p. 369, consid. 2 b.

Dans un monde globalisé, où les situations présentant un caractère international sont légion, parce que les ressortissants des Etats et les personnes (physiques ou morales) qui y résident agissent souvent dans plusieurs pays, les divers régimes juridiques nationaux se trouvent de plus en plus souvent en contact, d'autant plus que vu cet état de fait, les Etats eux-mêmes manifestent toujours plus souvent le besoin de légiférer sur des faits relevant de l'étranger. Ces interactions ne sont pas forcément illicites sur le plan du droit international. Celui-ci reconnaît qu'un Etat peut régler dans une certaine mesure le comportement de ses ressortissants à l'étranger. Une loi nationale peut donc avoir des effets indirects sur un Etat étranger, par exemple en sanctionnant des actes commis à l'étranger, sans que cela viole le droit international (il se trouve de tels critères de rattachement extraterritoriaux dans le droit suisse, par ex. les art. 4 à 7 CP). Règlementer des cas extraterritoriaux n'est donc pas forcément une violation de la souveraineté.

Ce qui est illicite en droit international, par contre, c'est le fait qu'un Etat fasse appliquer directement son droit sur un territoire étranger. Par exemple, il est clair qu'une personne recherchée en vertu du droit pénal et qui se trouve à l'étranger ne peut être remise aux autorités de poursuite pénale de son Etat que par un acte souverain de l'Etat sur le territoire duquel elle se trouve¹⁷. Il en est de même des mesures telles que les enquêtes fiscales ou l'administration de preuves sur sol étranger. Faute d'autorisation accordée dans une procédure d'entraide judiciaire ou administrative, ces mesures, qui visent à faire appliquer le droit d'un Etat sur le territoire d'un autre Etat, violent la souveraineté de ce dernier¹⁸. C'est en principe aussi le cas des actions de personnes privées qui incomberaient en Suisse à une autorité, comme, pour citer un exemple typique, l'administration des preuves. Si ces actions peuvent être attribuées à un Etat étranger ou à un de ses organes, il y a violation de la souveraineté territoriale¹⁹. L'avant-projet de loi prévoit des mesures auxquelles le Conseil fédéral pourra recourir en réaction à de telles violations de la souveraineté de la Suisse.

Art. 2 *Champ d'application matériel*

Al. 1

L'avant-projet s'applique à la collaboration en matière pénale, civile et administrative. Alors que l'entraide judiciaire en matière pénale et civile est bien développée en Suisse, dans des lois spéciales et dans des traités, et présente une densité normative relativement élevée (cf. l'art. 4), l'assistance administrative ne connaît guère de principes uniformes. L'avant-projet vise à combler ces lacunes et à mieux accorder entre eux les principes régissant les trois domaines du droit. Le terme de collaboration internationale en matière administrative couvre les notions d'assistance administrative et d'entraide judiciaire en matière administrative. Cette collaboration présente les caractéristiques suivantes :

- Elle a lieu sur la base et dans les limites du droit administratif ; elle n'inclut pas les processus dans lesquels des autorités agissent sur la base du droit civil ou pénal. C'est le droit national qui détermine ce qui relève du droit ad-

¹⁷ ATF 133 I 234 p. 239, consid. 2.5.1.

¹⁸ ATF 128 IV 277 p. 286, consid. 4.2 : « L'Etat moderne est un Etat territorial aux frontières duquel finit sa souveraineté pénale, conformément aux principes de souveraineté et d'égalité consacrés par le droit international. » (*Traduction*)

¹⁹ ATF 133 I 234 p. 239, consid. 2.5.1.

ministratif. Comme ce dernier confère souvent à des autorités des pouvoirs judiciaires d'enquête et de décision²⁰, peu importe en fin de compte si l'assistance administrative est le fait d'autorités ou de tribunaux administratifs. Peu importe aussi qu'elle ait lieu sur demande ou spontanément.

- La collaboration sert à l'autorité requérante à remplir les tâches publiques que le droit national lui confie. La collaboration administrative au sens de l'avant-projet de loi comprend aussi le soutien logistique ou infrastructurel qu'un service administratif apporte à un autre (prêt de personnel, location de bureaux, expertise, etc. ; voir art. 9, let. e).
- La collaboration (administrative) couvre essentiellement l'assistance que se prêtent deux autorités ou plus, bien qu'elle puisse aussi requérir la coopération de personnes privées habilitées à accomplir des tâches relevant des pouvoirs publics²¹. Lorsqu'une autorité étrangère tente d'obtenir directement des informations d'une personne privée établie en Suisse en vue d'une procédure administrative à l'étranger, il ne s'agit pas de collaboration administrative, mais d'un acte relevant de la section 3 de l'avant-projet. Si la collaboration administrative, processus impliquant normalement des autorités, touche souvent des personnes privées, c'est dans le sens où les informations qui doivent être transmises à l'autorité étrangère concernent des personnes privées, ou que l'autorité étrangère demande des mesures à l'encontre de personnes privées. Dans ces cas-là, la question se pose de la place de ces personnes dans la procédure²².

L'avant-projet ne porte pas sur la collaboration administrative entre autorités suisses²³.

Al. 2

Si l'on se fonde sur les critères à partir desquels on a défini la collaboration administrative, il faudrait y inclure l'assistance prêtée par une autorité suisse à un autre Etat pour faire respecter des obligations de faire relevant du droit public ou pour exécuter

²⁰ Le droit pénal administratif en est un exemple typique. La coopération internationale au titre de ce droit passe cependant par l'entraide judiciaire en matière pénale ; le Conseil fédéral a clarifié ce point dans une déclaration relative à l'art. 1 de la convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (RS 0.351.1).

²¹ De nombreuses dispositions du droit fédéral permettent aux autorités d'avoir recours à des personnes privées pour l'exécution de tâches publiques ; voir par exemple l'art. 180 de la loi sur l'agriculture (LAgr ; RS 910.1) ou l'art. 43 de la loi sur la protection de l'environnement (RS 814.01).

²² Dans le domaine des marchés financiers, on parle ainsi de « procédure relative aux clients », car les dispositions pertinentes prévoient expressément que les clients peuvent faire recours contre « la décision de la FINMA de transmettre des informations à l'autorité étrangère de surveillance des marchés financiers » (art. 38, al. 5, LBVM). De manière générale, on se fonde sur les art. 5 et 6 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021) pour déterminer dans quelle mesure des personnes privées peuvent avoir la qualité de parties dans des procédures d'assistance administrative et si les injonctions de l'autorité doivent être émises sous forme de décisions sujettes à recours. Une motion, déposée le 27 septembre 2012 par la Conseillère nationale Leutegger-Oberholzer (12.3873) demande l'abolition de la procédure relative au client dans le cadre de l'entraide judiciaire et de l'entraide administrative en matière fiscale.

²³ Celle-ci fait souvent l'objet de dispositions spéciales ; voir par ex. l'art. 32 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA ; RS 830.1) ou l'art. 184 LAgr (RS 910.1).

des décisions entrées en force d'autorités étrangères. Une autorité étrangère pourrait alors demander à son pendant suisse de l'aider à recouvrer des créances de droit public en argent, par exemple des restitutions d'impôts ou de subventions. En Suisse, il est cependant très rare²⁴ que les autorités aident celles d'un autre Etat à recouvrer des créances fondées sur le droit public de cet autre Etat. Pour ce qui est des créances de nature privée, leur recouvrement en Suisse est régi par les règles du droit international privé. Il est donc prévu que tout ce domaine soit exclu du champ d'application de la nouvelle loi. Autrement dit, la loi ne pourra pas servir de base juridique pour aider un autre Etat à faire exécuter les décisions en la matière de ses autorités administratives ou judiciaires touchant des personnes qui se trouvent en Suisse.

Art. 3 Champ d'application personnel

Let. a : le champ d'application de l'avant-projet de loi englobe essentiellement les autorités fédérales, c'est-à-dire les unités de l'administration centrale et de l'administration décentralisée de la Confédération, mais aussi les tribunaux fédéraux et les Services du Parlement.

La collaboration est en général le fait de services de l'administration centrale de la Confédération. Avec le Conseil fédéral, ils sont les principaux destinataires de la loi. Les unités décentralisées font partie de l'administration fédérale à teneur des dispositions régissant son organisation (art. 2, al. 3, LOGA, RS 172.010). Le Conseil fédéral les a classées en catégories à l'art. 7a OLOGA (RS 172.010.1) et les a énumérées dans l'annexe de cette ordonnance. Les plus directement concernées par le sujet de la collaboration internationale sont en pratique les « unités administratives sans personnalité juridique devenues autonomes » (art. 7a, al. 1, let. b, OLOGA) et les « corporations, fondations et établissements de droit public institués par la loi qui sont devenus juridiquement autonomes, pour autant que leurs prestations ne consistent pas essentiellement en prestations fournies sur le marché » (art. 7a, al. 1, let. c, OLOGA). Les organismes privés qui accomplissent des tâches publiques sous la surveillance de la Confédération et collaborent avec l'étranger à ce titre sont assimilés aux autorités fédérales. C'est le cas notamment, dans le domaine des assurances sociales, des caisses de compensation²⁵ et des caisses chômage²⁶, qui peuvent et doivent collaborer avec leurs partenaires étrangers sur la base de traités internationaux²⁷.

Le cas des tribunaux fédéraux et des Services du Parlement appelle les remarques suivantes :

²⁴ Voir par ex. l'art. 26a de la convention de double imposition avec l'Autriche (RS 0.672.916.31) ; cf. le message du 24 mai 2006, FF 2006 4911, notamment p. 4917. L'accord sur la lutte contre la fraude du 26 octobre 2004 conclu avec l'UE et ses Etats membres (RS 0.351.926.81) prévoit que les parties se prêtent mutuellement assistance dans la poursuite et la répression des activités illégales portant atteinte à leurs intérêts financiers respectifs. L'art. 24, par. 1, les oblige à s'assister dans l'exécution : « A la demande de la partie contractante requérante, la partie contractante requise procède au recouvrement des créances tombant dans le champ d'application du présent accord comme s'il s'agissait de ses propres créances. »

²⁵ Art. 49 ss de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS ; RS 831.10)

²⁶ Art. 77 ss de la loi du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage (LACI ; RS 837.0)

²⁷ Voir par ex. l'art. 12 de l'accord d'assurance-chômage du 20 octobre 1982 conclu avec l'Allemagne (RS 0.837.913.6)

- Les tribunaux fédéraux sont le Tribunal fédéral, le Tribunal pénal fédéral, le Tribunal administratif fédéral et, depuis le 1^{er} janvier 2012, le Tribunal fédéral des brevets. Les lois de procédure applicables à ces autorités ne contiennent pas de dispositions sur la collaboration (administrative) avec des autorités ou des tribunaux d’autres pays. Les tribunaux fédéraux sont pourtant en contact direct avec des associations internationales et des institutions partenaires d’autres pays²⁸. Le Tribunal fédéral et le Tribunal administratif fédéral ont d’ailleurs déclaré à l’OFJ qu’une base légale claire pour la notification des actes de procédure à l’étranger serait souhaitable. Les tribunaux fédéraux entreront donc dans le champ d’application de la loi. Les bases juridiques nécessaires se trouveront d’une part dans la convention du Conseil de l’Europe n° 94 (voir ch. 5.1.1), d’autre part à l’art. 10 de la loi, qui spécifiera qu’une notification directe par courrier postal est possible.
- Les Services du Parlement sont des destinataires de la loi parce que la fiabilité des prescriptions légales régissant la collaboration avec les autorités et institutions partenaires étrangères les intéresse à deux titres. L’Assemblée fédérale a des contacts directs avec les associations spécialisées et les parlements étrangers. Une ordonnance de l’Assemblée fédérale²⁹, fondée sur l’art. 60 de la loi du 13 décembre 2002 sur le Parlement (LParl, RS 171.10), fixe le cadre de ces échanges. Selon l’art. 64, al. 2, let. f, LParl, les Services du Parlement assistent l’Assemblée fédérale en matière de relations internationales. Pour assumer cette tâche, il peut leur être utile de se reposer sur des dispositions légales réglant la collaboration internationale. D’autre part, les commissions d’enquête parlementaires (CEP) peuvent avoir besoin du concours d’autorités étrangères. L’art. 165, al. 2, LParl astreint uniquement les autorités fédérales et cantonales à prêter aux CEP l’aide juridique ou administrative dont elles ont besoin. Le fait d’inclure les Services du Parlement dans le champ d’application de la nouvelle loi permettra à ces commissions de collaborer avec les autorités étrangères.

Let. b : l’exécution de lois fédérales est confiée aux cantons dans de nombreux domaines. Pour ce faire, ils pourront mettre en œuvre les instruments de collaboration prévus par l’avant-projet. Ils auront toujours la possibilité d’avoir des échanges directs avec les autorités étrangères visant la conclusion de traités, en se fondant directement sur l’art. 56, al. 3, Cst.

Let. c : la nouvelle loi s’appliquera aussi aux personnes privées, notamment ses sections 3 et 4. Les personnes physiques et morales peuvent être incitées par des autorités étrangères à accomplir des actes susceptibles de porter atteinte à la souveraineté suisse. Il arrive aussi qu’elles soient concernées, du moins indirectement, par d’autres formes de collaboration, lorsqu’on leur demande de donner des informations ou de fournir une aide par tout autre moyen. C’est pourquoi la loi s’appliquera à eux dans la mesure où ils collaborent avec des autorités étrangères.

²⁸ Par ex., la cour plénière du Tribunal fédéral peut statuer sur l’adhésion à des associations internationales (art. 15, al. 1, let. g, LTF, RS 173.110). Une disposition similaire s’applique au Tribunal administratif fédéral (art. 16, al. 1, let. h, LTAF, RS 173.32) et au Tribunal pénal fédéral (art. 53, al. 2, let. i, LOAP, RS 173.71).

²⁹ Ordonnance du 3 octobre 2003 sur les délégations parlementaires (RS 171.117).

Art. 4 Rapport avec les dispositions spéciales

L'art. 4 est une disposition clef de la loi : celle-ci ne s'appliquera qu'en l'absence de dispositions spéciales dans des lois fédérales ou dans des traités internationaux.

Al. 1

L'avant-projet constitue une réglementation subsidiaire d'application générale en matière de collaboration avec les autorités étrangères. Ses dispositions prennent effet dès lors qu'il n'y a pas de disposition spéciale concernant l'assistance administrative dans un domaine ou pour un processus particulier. L'avant-projet définit un certain standard en matière de degré de volonté de coopérer de la Suisse, standard dont les lois spéciales peuvent s'écarter. Dans certains domaines, on collaborera plus facilement ; dans d'autres, les lois spéciales, existantes ou futures, prévoiront des critères plus sévères. Un silence qualifié du législateur ou d'un traité international peut compter comme disposition spéciale : nous voulons dire par là que si le législateur a délibérément renoncé à régler un point, cette lacune ne sera pas « comblée » par les dispositions de la nouvelle loi.

L'entraide judiciaire en matière pénale et en matière civile est régie par des normes internationales visant l'harmonisation des réglementations nationales et par le droit interne. La loi du 20 mars 1981 sur l'entraide pénale internationale (EIMP ; RS 351.1), la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP ; RS 291) et les nombreux traités internationaux pertinents sont des dispositions spéciales au sens de l'art. 4 de l'avant-projet.

La situation juridique est au contraire très hétérogène pour ce qui est de la collaboration en matière administrative, bien que les lois les plus récentes comprennent des normes plus uniformes³⁰. Une recherche menée par l'OFJ a révélé l'existence de plus de trente lois fédérales (plus quelques ordonnances) contenant des dispositions sur la collaboration internationale en matière administrative. Si l'on essaie de les classer en catégories, on obtient en gros trois types de normes, dont les formulations sont cependant des plus variées :

- la clause « classique » d'assistance administrative, sur le modèle de la législation sur les marchés financiers, qui prévoit parfois des contrôles sur place³¹ ;
- une clause de communication de données personnelles à des autorités étrangères, s'appuyant sur les prescriptions de la protection des données ;
- une clause qui prévoit de manière générale une collaboration internationale mais qui ne comporte pas d'habilitation vraiment explicite à collaborer avec des autorités étrangères et à accomplir des actes de procédure en ce sens.

La collaboration en matière administrative est aussi l'objet de nombre de dispositions de traités internationaux³². Il n'est pas possible de déterminer un modèle

³⁰ Citons par ex. les art. 21 et 22 LCD (RS 241), entrés en vigueur le 1^{er} avril 2012, et l'art. 26 de la nouvelle loi du 17 décembre 2010 sur la poste (RS 783.0).

³¹ Voir à ce sujet le commentaire de l'art. 10.

³² De nombreux accords de libre échange entre les Etats de l'AELE et des Etats tiers se voient accolés par exemple des annexes ou des protocoles qui règlent la coopération entre autorités douanières. Dans le domaine de la sécurité sociale, certains standards de collaboration entre autorités et de protection des données se sont aussi établis ; citons, pour illustrer ce point, les art. 21 et 23 de la convention de sécurité sociale du 9 octobre 2006 entre la Confédération suisse et l'Australie, RS 0.831.109.158.1.

unique ou des catégories valables au-delà d'un domaine précis ; tant la précision que la terminologie et le degré de détail de ces normes varient grandement. Certains domaines sont cependant standardisés. En droit des assurances sociales, un modèle de collaboration entre autorités s'est développé dans les traités bilatéraux. Par exemple, la convention avec le Japon prévoit que les autorités compétentes des Etats contractants conviennent des mesures administratives nécessaires à l'application de l'accord, désignent des organismes de liaison et s'informent mutuellement des modifications de leurs dispositions légales ; de plus, les autorités et institutions compétentes « se prêtent mutuellement assistance dans le cadre de leur compétence », gratuitement, pour l'application de l'accord³³. La protection des données y est réglée en détail³⁴. De nombreux traités de ce domaine mentionnent la notification directe par la poste des documents administratifs. Ceux-ci ne peuvent alors pas être refusés parce qu'ils sont rédigés dans une langue officielle de l'autre Etat ; ils ne doivent pas obligatoirement être traduits dans une langue officielle de la Suisse³⁵.

Divers domaines sont presque entièrement harmonisés aujourd'hui, comme le domaine policier ou, plus récemment, l'assistance administrative fiscale. Pour écarter toute incertitude, la 2^e phrase de l'art. 4, al. 1, précise que les dispositions légales et conventionnelles réglant l'échange d'informations en matière de coopération policière³⁶ et de surveillance des marchés financiers³⁷, ainsi qu'en matière fiscale³⁸ priment celles de la loi proposée ici. Ces dispositions spéciales font l'objet d'une vaste jurisprudence des autorités et des tribunaux qui demeurera donc valable.

Al. 2

L'avant-projet donne une réponse uniforme aux questions centrales de la collaboration : les conditions et la forme de la collaboration, les droits et les devoirs des autorités et des personnes privées concernées. Les dispositions qui s'écartent du standard ainsi fixé ne seront édictées que s'il existe de solides raisons pour ce faire. Le législateur s'oblige à veiller à conserver une cohérence avec la nouvelle loi lorsqu'il élaborera des normes sur la collaboration internationale. Axé sur l'avenir,

33 Art. 20 de la convention de sécurité sociale du 22 octobre 2010 conclue avec le Japon (RS **0.831.109.463.1**)

34 Art. 23 de la convention

35 On prendra pour exemple l'art. 28 de la convention de sécurité sociale du 15 novembre 1967 conclue avec l'Autriche (RS **0.831.109.163.1**)

36 Elles se trouvent principalement dans la loi du 12 juin 2009 sur l'échange d'informations Schengen (RS **362.2**). Le Conseil fédéral a adopté le 27 juin 2012 un message relatif à une modification de la loi sur le blanchiment d'argent qui règle l'échange d'informations entre le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS) et ses partenaires étrangers.

37 Voir notamment l'art. 42 de la loi du 22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financiers (LFINMA ; RS **956.1**) et l'art. 38 de la loi sur les bourses (RS **954.1**).

38 Entrent ici en ligne de compte la loi sur l'assistance administrative fiscale (LAAF, FF 2012 7623), les conventions de double imposition, l'accord avec l'UE sur la lutte contre la fraude et le nouvel art. 75a LTVA. Ce dernier article entrera en vigueur le 1er février 2013, en même temps que la loi sur l'assistance administrative fiscale ; il a la teneur suivante :

¹ *L'AFC peut, dans les limites de ses compétences, accorder à des autorités étrangères, à leur demande, l'assistance administrative nécessaire à l'exécution de leurs tâches, notamment pour assurer l'application correcte de la législation relative à la taxe sur la valeur ajoutée et pour prévenir, découvrir et poursuivre des infractions à cette législation, si un traité international le prévoit.*

² *Elle exécute l'assistance administrative en application des art. 115a à 115i de la loi sur les douanes.*

l'al. 2 ne doit pas être compris comme un mandat de réexamen des dispositions existantes.

Art. 5 Procédure administrative et protection des données

Dans la pratique des autorités administratives, la question de l'applicabilité des dispositions de la PA et de la loi fédérale sur la protection des données (LPD ; RS 235.1) se pose régulièrement. Tel acte de l'autorité accompli suite à une demande d'assistance administrative de l'étranger doit-il faire l'objet d'une décision ? Les personnes ou services impliqués doivent-ils avoir des droits en qualité de partie à la procédure ? Ces questions ont reçu des réponses diverses à l'intérieur de l'administration, ce qui crée une incertitude juridique considérable. L'avant-projet vise à préciser clairement que la PA s'applique à tous les actes de collaboration. Il en va de même de la LPD, qui règle les conditions auxquelles des données dignes de protection peuvent être livrées à l'étranger et les droits dont disposent les personnes concernées en ce cas.

Ceci appelle trois précisions.

Premièrement, la réserve en faveur des dispositions spéciales (art. 4) s'applique aussi vis-à-vis de la PA. Autrement dit, l'art. 5 ne rend pas caduques les dispositions spéciales qui prévoient une application restreinte de la PA – comme l'art. 42, al. 4, LFINMA³⁹ ou l'art. 12 LDIP ; dans ces cas-là, la PA ne s'appliquera que dans cette mesure restreinte.

Deuxièmement, il en va de même pour la LPD : lorsque la loi spéciale satisfait aux exigences en matière de protection des données, il n'est pas nécessaire d'invoquer la LPD⁴⁰.

Troisièmement, la PA peut elle-même prévoir une réserve en faveur des lois spéciales. Par exemple, elle précise que, dans le domaine des procédures en matière d'assurances sociales, la LPGA prime (art. 3, let. d^{bis}, PA). Même chose pour la LPD : les domaines exclus de son champ d'application – procédures pendantes civiles, pénales, d'entraide judiciaire internationale, ainsi que de droit public et de droit administratif, à l'exception des procédures administratives de première instance, selon l'art. 2, al. 2, let. c – demeureront réservés.

Art. 6 Coordination et conseil

Nous proposons de confier à l'Office fédéral de la justice les tâches de coordination et de conseil en matière de collaboration internationale. Cette fonction englobe tant

³⁹ Voir à ce propos l'ATF 127 II 323, consid. 3a/bb ; le Tribunal fédéral y soulève toutefois la question de ce qu'est une « information relative aux clients » et se réfère pour y répondre aux intérêts protégés par les art. 6 et 48 PA ; ATF loc. cit., consid. 3b/bb.

⁴⁰ Le Tribunal fédéral l'a constaté par ex. pour l'art. 38 LBVM ; voir ATF 126 II 126, consid. 5b : « Le législateur peut toutefois, lorsqu'il édicte une loi spéciale, tenir compte de certains principes ou de certaines exigences prévus dans la loi sur la protection des données de telle sorte que certaines dispositions de cette dernière n'ont plus aucune portée (matérielle) autonome (...). L'assistance administrative telle qu'elle est prévue par la loi sur les bourses ne laisse fondamentalement pas de place pour une application autonome de l'art. 6 LPD. En ce sens, l'art. 38 LBVM contient une réglementation spécifique de la protection des données qui prévaut sur la LPD » (traduction). Le Tribunal administratif fédéral suit cette jurisprudence ; voir arrêt du Tribunal administratif fédéral 2010/26, consid. 5.5.2.

les principes régissant la collaboration internationale que les aspects liés à la protection de la souveraineté. Le vœu d'avoir une autorité assurant ce type de tâches a en particulier été exprimé avec insistance au sein du groupe de travail interdépartemental qui, sous l'égide de l'OFJ, a mené une réflexion sur la portée de l'art. 271 CP. Les instances concernées ont parfois des doutes sur la nécessité de délivrer une autorisation et le besoin se fait donc sentir de disposer d'un centre de coordination et de Conseil.

Section 2 Règles générales relatives à la collaboration internationale

Art. 7 Principes

L'art. 7 formule les trois grands principes de la collaboration internationale, valables pour tous les domaines du droit et pour tous les aspects de procédure et de fond : les autorités suisses sont disposées à collaborer (al. 1), mais nul ne peut exiger qu'elles le fassent (al. 2), la décision d'une autorité suisse de demander assistance à une autorité étrangère ne peut pas faire l'objet d'un recours (al. 3).

Al. 1

Cette disposition est résolument novatrice: elle représente la base légale permettant aux autorités suisses de collaborer avec des Etats étrangers et des organisations internationales. Un survol de la législation a montré que certaines lois se prononcent expressément sur le droit de tel service de l'administration fédérale d'assumer des tâches de caractère international et de coopérer avec ses homologues étrangers, mais que cette mention manque totalement dans d'autres domaines pourtant fortement tournés vers l'international⁴¹. L'art. 7, al. 1, donne à toutes les autorités entrant dans le champ d'application de la loi une base légale pour collaborer avec l'étranger.

Cette disposition n'est pas seulement une habilitation à collaborer, elle précise aussi le mode de collaboration : du moment que les conditions de l'art. 8 sont remplies, les autorités suisses pourront toujours coopérer avec l'étranger sous les formes (art. 9 ss) et selon la procédure (art. 12 ss) prévues par l'avant-projet, même si la loi spéciale réglant la collaboration avec l'étranger ne se prononce pas à ce sujet. Naturellement, ici aussi, les dispositions spéciales priment, conformément à l'art. 4, al. 1, de l'avant-projet ; les lois spéciales pourront donc prévoir des formes de collaboration supplémentaires ou différentes et déterminer une procédure spécifique au domaine, compte tenu toutefois de l'art. 4, al. 2.

Al. 2

Bien que la loi confirme la volonté de principe de coopérer des autorités suisses, on ne peut en déduire une obligation de coopérer. On peut encore moins en inférer qu'une autorité étrangère pourrait exiger, sur la base de cette loi, qu'une autorité suisse accomplisse une action donnée (d'assistance administrative). C'est pourquoi

⁴¹ C'est très manifeste si l'on compare la LFINMA et la loi du 16 décembre 2005 sur la surveillance de la révision (LSR ; RS 221.302). L'art. 6, al. 2, LFINMA prévoit que la FINMA assume les tâches internationales liées à son activité de surveillance, tandis que l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision, qui a des tâches similaires et dont le domaine est tout aussi internationalisé, ne connaît pas de tel mandat légal.

l'al. 2, qui s'inspire d'un principe de l'entraide judiciaire⁴², statue qu'il n'est pas conféré aux autorités étrangères ni aux personnes privées de droit légal et justiciable à ce que la Suisse offre ou fournisse une collaboration en matière administrative.

Al. 3

Il incombe à l'autorité suisse compétente sur le fond de décider si elle entend demander la collaboration d'une autorité étrangère pour accomplir ses tâches. Mais si elle décide de demander assistance à un service étranger au sens de l'avant-projet, il ne sera pas possible de recourir contre cette décision. Cet alinéa s'inspire fortement d'une règle qui s'est imposée dans le domaine de l'entraide judiciaire en matière pénale et qui est reprise par la LAAF⁴³. Une telle règle peut également figurer parmi les pierres angulaires des autres formes de collaboration.

Art. 7 Conditions de collaboration

Al. 1

Cet alinéa pose trois exigences fondamentales applicables dans l'ensemble des domaines du droit.

La *let. a* arrête que l'autorité requérante ne peut demander que les informations dont elle a besoin pour accomplir ses tâches ; elle doit les utiliser exclusivement dans la procédure qu'elle mène.

La *let. b* exige que l'autorité requérante soit liée par le secret de fonction ou par le secret professionnel. Le cas échéant, elle devra prouver les moyens par lesquels elle protège les informations qu'elle traite.

La *let. c* porte sur la licéité d'une transmission à des tiers des informations reçues par l'autorité requérante. En principe, la transmission peut être admise, mais l'avant-projet exige que l'autorité suisse donne son consentement, au préalable ou après coup⁴⁴. La publication des informations, parfois prescrite par le droit national concernant la publicité des procédures judiciaires ou administratives, est assimilée à une transmission à des tiers. Les tiers au sens de cette disposition peuvent aussi être d'autres autorités administratives, des tribunaux ou des autorités de poursuite pénale, mais aussi des personnes privées chargées de tâches relevant des pouvoirs publics. Il est exact que l'autorité suisse n'a pas de moyens d'intervention directs pour empêcher l'autorité étrangère à laquelle elle a communiqué des informations de les transmettre à une autre autorité étrangère, mais elle peut exiger qu'on lui donne des assurances⁴⁵. Si ces assurances ne sont pas respectées, l'autorité suisse devra refuser

⁴² Art. 1, al. 4, EIMP (RS 351.1)

⁴³ Art. 22, al. 4, LAAF.

⁴⁴ Ce principe est inscrit dans de nombreuses dispositions du droit fédéral. La forme que doit prendre le consentement de l'autorité (cas par cas ou en bloc) dépend du domaine et du cas concret. Il peut aussi être donné de manière générale ; voir par ex. l'art. 13, al. 2, de la loi du 30 avril 1997 sur les télécommunications (RS 784.10).

⁴⁵ Sur l'ensemble de la problématique, voir les explications données dans le message qui accompagnait la modification de l'art. 38 LBVM, FF 2004 6349.

par la suite de collaborer avec le service étranger en question⁴⁶. Il sera possible d'adopter des dispositions spéciales moins rigoureuses – telles que l'art. 38 LBVM – sur la base de l'art. 4 de l'avant-projet.

Al. 2

Le principe de réciprocité est une autre exigence de base de la collaboration internationale. L'avant-projet formule ce principe de manière assez souple. Il peut en effet y avoir des situations dans lesquelles l'autorité suisse veut admettre une demande étrangère même si le droit de l'Etat en question ne permettrait pas à celui-ci de faire droit à une demande suisse comparable. Il incombera à l'autorité concernée de déterminer dans le cas concret si une dérogation au principe de réciprocité peut être admise.

Al. 3

Cet alinéa, au contraire du précédent, fait une liste contraignante des conditions auxquelles l'assistance ne doit pas être accordée. En présence d'un de ces motifs, l'autorité suisse devra rejeter la demande étrangère⁴⁷. Au nombre de ces motifs, on trouve l'existence de menaces potentielles pour des intérêts publics essentiels de la Suisse⁴⁸, mais aussi le soupçon que la demande étrangère serve à une pêche aux renseignements (*fishing expedition*)⁴⁹. Il faut souligner que les inspections visées à l'art. 11 de l'avant-projet ne font pas partie de cette catégorie. Elles remplissent une fonction de surveillance par des contrôles (par sondage), qui ne requièrent pas de soupçon préalable et qui ne mènent pas forcément à une contestation.

Si l'Etat requérant ne peut pas garantir une protection juridique suffisante, l'autorité suisse doit refuser de collaborer⁵⁰. Pour déterminer si la protection juridique est suffisante, on se fondera sur les mêmes critères que ceux qui s'appliquent aux garanties de procédure de la Constitution et de la CEDH⁵¹. Il ne suffit pas, pour rejeter une demande, de présumer que les garanties de procédure et les droits des parties ne sont pas respectés ; l'insuffisance doit être manifeste et notoire ; elle doit pouvoir être opposée à l'Etat requérant sans nécessiter un examen approfondi de la situation

⁴⁶ Cf., concernant l'assistance administrative dans le domaine des marchés financiers, ATF 128 II 407, consid. 3.2 : « Tant qu'un Etat requérant s'en tient effectivement à la règle de la spécialité et que – comme ici – il n'existe aucun signe qu'il pourrait être enclin à ne pas le faire dans le cas concret, rien ne s'oppose à l'octroi de l'assistance administrative. C'est seulement si, à la lumière de sa déclaration de *best efforts*, l'autorité de surveillance étrangère n'est de fait pas en mesure de veiller à ce que soit respectée de manière appropriée la règle de la spécialité ou le principe dit « du bras long » que la Commission des banques doit éventuellement repenser la pratique à son endroit (...) » (*traduction*).

⁴⁷ Si la Suisse veut quand même accepter la demande étrangère, il ne lui restera plus que la solution d'une mesure de protection de la souveraineté suisse au sens de l'art. 25 de l'avant-projet (il est à noter que l'impossibilité n'est pas totale).

⁴⁸ La let. a s'inspire, sur le fond et sur la forme, de l'art. 1a EIMP.

⁴⁹ Voir à ce sujet l'ATF 128 II 407, consid. 5.2.1 ou l'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 21 décembre 2011 A-1735/2011, consid. 3.3 : « Une pêche aux renseignements est une recherche de preuves interdite qui, selon la jurisprudence suisse, est illicite tant dans une procédure d'entraide judiciaire que dans une procédure d'assistance administrative » (*traduction*). La Suisse s'est assurée que la collaboration serait refusée en cas de pêche aux renseignements en apportant une réserve à des traités internationaux, comme à l'art. 23 de la convention de La Haye sur l'obtention des preuves.

⁵⁰ Cf. art. 2 EIMP.

⁵¹ Par ex. le principe *ne bis in idem* ou les droits élémentaires des parties.

juridique qui y règne⁵². C'est à l'autorité suisse requise qu'il reviendra de décider si la protection juridique, dans le domaine considéré, est si lacunaire qu'il s'impose de refuser de collaborer. Elle disposera de la marge d'appréciation nécessaire. L'autorité étrangère requérante n'aura en principe pas de voie de recours contre un refus⁵³, mais elle pourra toujours présenter une nouvelle demande améliorée ou complétée. Il serait par contre erroné de déduire de cette disposition que l'autorité étrangère a un droit à l'assistance de l'autorité suisse s'il n'y a aucun motif de refus au sens de l'al. 3 ; elle non plus n'a aucun droit d'exiger une collaboration.

Art. 9 *Formes de collaboration*

L'art. 9 énumère toutes les formes de collaboration que les autorités suisses peuvent en principe accorder, en réponse au besoin exprimé avec insistance par les divers services de l'administration fédérale dans le cadre des premiers examens menés par l'OFJ. Il crée la base légale formelle de la collaboration internationale dans tous les domaines qui ne sont pas régis aujourd'hui par une réglementation spéciale. Toutes les autorités entrant dans le champ d'application de l'avant-projet pourront collaborer avec l'étranger au moins dans les formes citées ici. Elles pourront donc échanger des informations librement disponibles, coordonner des procédures avec leurs partenaires étrangers et créer des institutions communes⁵⁴ servant à l'échange d'expériences et de connaissances. Même si des informations sont librement disponibles en Suisse, une autorité étrangère peut avoir besoin de l'aide des autorités suisses⁵⁵, parce qu'elle n'est pas familiarisée avec les sources d'information ou a des problèmes linguistiques. En ce qui concerne la communication de données sensibles (let. a), l'avant-projet crée la base légale formelle requise par l'art. 19 LPD en relation avec l'art. 17 LPD. L'art. 6 LPD devra cependant toujours être respecté : la communication de données sensibles est interdite si cela devait porter gravement atteinte aux droits de la personnalité de la personne concernée⁵⁶. Si la législation de l'Etat étranger n'offre pas de protection juridique suffisante, la communication des données ne peut avoir lieu que si les conditions de l'art. 6, al. 2, LPD sont remplies. La mise à disposition de ressources sera aussi possible : par exemple, un collaborateur d'une autorité suisse sera détaché auprès d'un organisme étranger, ou on laissera à ce dernier la disposition de moyens logistiques ou informatiques. La let. f mentionne l'assistance lors de l'établissement de faits. On ne veut pas parler ici d'assistance formelle à la procédure visant à aider l'autorité requérante à mettre concrètement celle-ci en place. Mais cette disposition ne couvre pas non plus la collecte de preuves ou autres mesures visant à se procurer des preuves utilisables devant un tribunal ; ceci requerra une habilitation détaillée dans une loi spéciale,

⁵² Cette règle est similaire à l'art. 6, al. 1, LPD, qui autorise la communication de données personnelles à l'étranger uniquement si la législation de l'Etat en question assure « un niveau de protection adéquat ».

⁵³ Voir les explications données par le Conseil fédéral dans son message concernant l'adoption d'une loi sur l'assistance administrative fiscale, FF 2011 5771, p. 5785.

⁵⁴ Par ex. des plateformes d'information permanentes ou des réunions d'experts, mais aussi des organismes institutionnalisés sans personnalité au regard du droit international, comme le *Basel Committee on Banking Supervision*, le *International Forum of Independent Audit Regulators* ou les *Colleges of Supervisors* pour les grandes entreprises actives au niveau international.

⁵⁵ Par ex. pour la recherche de l'identité des personnes physiques et morales détenant une adresse IP ou un numéro de case postale (cf. art. 22 LCD).

⁵⁶ Voir les explications sur le site du préposé à la protection des données et à la transparence: <http://www.edoeb.admin.ch/themen/00794/00827/index.html?lang=fr>

comme c'est le cas dans le domaine de l'entraide judiciaire en matière pénale, civile et commerciale. En règle générale, toutes ces prestations, matérielles ou en services, se feront contre indemnisation, parce que les conditions de l'art. 15, al. 2, seront vraisemblablement remplies dans la plupart des cas.

Art. 10 Notification de documents officiels

En pratique, il faut déterminer quelle forme doit prendre la communication de documents officiels à des destinataires à l'étranger et inversement ; c'est un problème particulier de la collaboration internationale⁵⁷. Le Tribunal administratif fédéral a décrit la situation juridique en ces termes : « En effet, la notification d'un acte officiel susceptible de déployer des effets juridiques (par opposition à un acte au contenu purement informatif) constitue un acte de puissance publique dont l'exécution incombe aux autorités locales (...). C'est pourquoi lorsque la signification doit intervenir à l'étranger, il convient de procéder par la voie diplomatique ou consulaire à moins qu'une convention internationale ne prévoie expressément le contraire (...). La notification directe, à l'étranger, par la poste est un acte d'autorité publique sur territoire étranger. Une autorité judiciaire ou un organisme de l'Etat d'envoi ne peut y procéder qu'avec le consentement de l'Etat de destination. La signification irrégulière d'un acte judiciaire est dépourvue d'effet. »⁵⁸. Cette conception repose sur l'idée que la notification de documents officiels sur le territoire souverain d'un autre Etat porte atteinte à la souveraineté de ce dernier. Etant donné les nombreux échanges d'actes avec l'étranger⁵⁹ et la rapidité nécessaire, la voie diplomatique est lente. Dans de nombreux domaines, la réserve de la souveraineté a perdu de son importance et il n'existe plus de raisons majeures de procéder aux notifications par la voie diplomatique obligatoirement dans tous les cas. L'avant-projet emprunte donc une nouvelle direction.

Al. 1

Sans créer de rupture avec la pratique actuelle des autorités judiciaires et administratives, l'avant-projet statue que les documents officiels peuvent faire l'objet d'une notification directe. Le terme de « document officiel » est large : il recouvre aussi bien les jugements et les décisions (incidentes) que d'autres actes des tribunaux et des autorités qui déploient des effets juridiques, comme les renseignements portant sur des questions juridiques. Il ne comprend par contre pas la simple correspondance entre autorités, accusés de réception, etc. La notification directe est une notification (souvent par voie postale) sans l'intermédiaire d'une autorité suisse. La notification diplomatique, qui passe par une autorité suisse qui charge la mission diplomatique à l'étranger de transmettre le document à l'autorité étrangère compétente, sera la règle lorsque l'affaire sera sensible ou qu'il y aura un risque d'atteinte grave au statut juridique du destinataire. Il faudra juger dans chaque cas, pour chaque domaine, si l'atteinte éventuelle est assez grave pour que la voie diplomatique se justifie. Les

⁵⁷ Voir le rapport de l'OFJ du 14 mars 2011, p. 43 s.

⁵⁸ Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 26 août 2011, C-2343/2009, consid. 2.2.

⁵⁹ La statistique de l'entraide judiciaire de l'OFJ recense pour 2011, en matière administrative, 119 demandes de notification de l'étranger à la Suisse et 128 demandes de notification de la Suisse à l'étranger. Pour l'entraide pénale, 345 demandes ont été adressées à la Suisse, qui en a émis 660; en droit civil, on compte un peu plus de 400 demandes adressées à la Suisse et plus de 1000 demandes adressées à l'étranger.

simplifications prévues par des traités⁶⁰ ou, unilatéralement, par des lois et ordonnances⁶¹ seront réservées.

Al. 2

Les documents officiels notifiés directement depuis l'étranger à un destinataire en Suisse ne sont pas obligatoirement rédigés ou traduits dans une langue officielle de la Confédération⁶². Cette personne pourra refuser d'accepter le document s'il est rédigé dans une autre langue. Dans ce cas, l'OFJ le retournera à l'expéditeur étranger et lui demandera d'établir une traduction.

Al. 3

Il faut également permettre aux autorités suisses d'aider les autorités étrangères à résoudre les problèmes de notification, en leur fournissant l'adresse postale ou électronique du destinataire ou en les renseignant sur les modes de transmission électronique autorisés en Suisse.

Al. 4

L'OFJ sera l'autorité centrale pour les notifications. Cela résulte de l'adhésion de la Suisse à la convention du Conseil de l'Europe n° 94, qui est proposée en même temps que l'avant-projet. Il peut être utile de savoir, pour les services de l'administration fédérale, que les documents ont été notifiés à leur destinataire suisse par l'intermédiaire de l'OFJ. L'al. 4 impose donc à ce dernier une obligation de les informer.

Al. 5

Cette disposition habilite le Conseil fédéral à conclure des traités sur la notification de documents officiels. Ces traités peuvent avoir pour objet les modalités de la notification dans un domaine particulier et le raccourcissement des voies de notification. Le Conseil fédéral pourra aussi simplifier, par voie d'ordonnance, la notification depuis l'étranger vers la Suisse.

Art. 11 Inspections

Certains actes officiels des autorités étrangères tels que les contrôles transfrontières (contrôle sur place, « joint inspections ») ou certaines formes de coopération policière sont une forme établie de la collaboration internationale, mais ils ne sont admissibles que sur la base de dispositions légales ou conventionnelles⁶³ ou d'une autorisation au sens de l'art. 271 CP⁶⁴. Des normes expresses à ce sujet existent principalement dans la législation sur les marchés financiers⁶⁵, mais aussi dans celle

⁶⁰ Voir par ex. l'art. 28^{bis} de la convention de double imposition conclue avec la France (RS **0.672.934.91**)

⁶¹ Voir par ex. l'art. 30 de l'ordonnance sur l'entraide pénale internationale (RS **351.11**)

⁶² Sur ce problème, voir l'échange de notes des 24 janvier et 22 février 2012 entre l'OFJ et le ministère allemand de la justice, FF **2012** 3289.

⁶³ Voir Thomas Hopf in: Niggli/Wiprächtiger (éd.) BSK Strafrecht 2, 2^e éd., Bâle 2007, n° 18 ad art. 271.

⁶⁴ Sur l'ensemble de la question, voir les explications détaillées dans le message du 27 mai 1998 sur la révision de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne, FF **1998** 3349, p. 3391 s.

⁶⁵ Voir par ex. l'art. 27 LSR (RS **221.302**) ou l'art. 43 LFINMA (RS **956.1**)

sur les affaires économiques extérieures⁶⁶. La première règle de droit positif édictée l'a été dans le cadre de la modification de 1999 de la loi du 8 novembre 1934 sur les banques (LB ; RS 952.0)⁶⁷. En matière financière, des procédures de contrôle sur place menées avec des autorités étrangères ont également été développées et fixées dans des traités au cours des bilatérales II⁶⁸ ; ces accords comptent comme autorisation générale au sens de l'art. 271 CP⁶⁹. L'art. 11 règle l'admissibilité de ces inspections de manière uniforme pour tous les domaines du droit fédéral. Naturellement, l'autorisation de l'autorité étrangère ne sera nécessaire que si le droit étranger prévoit une telle autorisation pour les inspections effectuées par les autorités suisses. Si une loi spéciale délègue à un service particulier de l'administration fédérale le droit de donner son accord aux inspections étrangères (comme à l'art. 27, al. 3, LSR), une telle délégation vaut autorisation au sens de l'art. 16 de l'avant-projet.

⁶⁶ Voir l'art. 38 de l'ordonnance du 17 juin 1996 sur l'accréditation et la désignation (OAccD, RS 946.512).

⁶⁷ Modification du 22 avril 1999, RO 1999 2405. Le nouvel art. 23^{septies} LB a été par la suite abrogé avec l'entrée en vigueur de la LFINMA ; son contenu se retrouve, adapté seulement sur le plan rédactionnel, à l'art. 43 LFINMA (voir le message du 1^{er} février 2006 concernant la loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers, FF 2006 2741, p. 2799).

⁶⁸ On pourra prendre comme exemple la règle fixée à l'annexe IV, art. 3, de l'accord du 26 octobre 2004 avec l'UE concernant la participation de la Suisse à l'Agence européenne pour l'environnement et au réseau européen d'information et d'observation pour l'environnement (EIONET) :

« 1. Dans le cadre du présent Accord, la Commission (OLAF) est autorisée à effectuer des contrôles et vérifications sur place sur le territoire suisse, conformément aux conditions et modalités du règlement (CE, Euratom) no 2185/96 du Conseil du 11 novembre 1996.

2. Les contrôles et vérifications sur place sont préparés et conduits par la Commission en collaboration étroite avec le Contrôle fédéral des finances suisse ou avec les autres autorités suisses compétentes désignées par le Contrôle fédéral des finances, qui sont informés en temps utile de l'objet, du but et de la base juridique des contrôles et vérifications, de manière à pouvoir apporter toute l'aide nécessaire. A cet effet, les agents des autorités compétentes suisses peuvent participer aux contrôles et vérifications sur place.

3. Si les autorités suisses concernées le souhaitent, les contrôles et vérifications sur place sont effectués conjointement par la Commission et celles-ci.

4. Lorsque les participants au programme s'opposent à un contrôle ou à une vérification sur place, les autorités suisses prêtent aux contrôleurs de la Commission, en conformité avec les dispositions nationales, l'assistance nécessaire pour permettre l'accomplissement de leur mission de contrôle et de vérification sur place.

5. La Commission communique, dans les meilleurs délais, au Contrôle fédéral des finances suisse, tout fait ou tout soupçon relatif à une irrégularité dont elle a eu connaissance dans le cadre de l'exécution du contrôle ou de la vérification sur place. En tout état de cause, la Commission est tenue d'informer l'autorité susvisée du résultat de ces contrôles et vérifications. »

Cette règle se retrouve, sous cette forme ou sous une forme similaire, dans plusieurs conventions entre la Suisse et l'UE.

⁶⁹ « Les dispositions convenues à l'annexe IV de l'accord remplacent la procédure d'autorisation prévue à l'art. 271, al. 1, du code pénal (CP) pour les actes accomplis sur le territoire suisse; ainsi, l'autorisation prévue par le CP pour que les organes communautaires puissent effectuer les contrôles est réputée attribuée » (message du 1^{er} octobre 2004 relatif à l'approbation des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne, y compris les actes législatifs relatifs à la transposition des accords [«accords bilatéraux II»], FF 2004 5593, p. 5649). Pour les développements de l'acquis de Schengen, voir FF 2010 1521, p. 1540.

Al. 1

L'autorité suisse requise devra d'abord examiner sur le principe s'il est possible d'accepter la demande ou s'il existe un motif au sens de l'art. 8, al. 3, de refuser de collaborer. Ensuite, elle devra ordonner et exécuter les mesures nécessaires à l'accomplissement de la requête. Il n'est pas possible de régler pour l'ensemble des domaines concernés quelles mesures sont admises. Les lois spécifiques, qui fixent les conditions auxquelles des mesures peuvent être prises et la procédure à suivre, demeureront applicables⁷⁰. Il ne sera possible de prendre des mesures de contrainte que sur la base d'une loi fédérale ou d'un traité international, mais non de la nouvelle loi que nous proposons ici. La pratique est quasi unanime à reconnaître que l'ordre de donner des informations destinées à être transmises à une autorité étrangère doit prendre la forme d'une décision sujette à recours et que cet ordre n'est licite que si une loi fédérale confère à une autorité suffisamment de pouvoirs de contrôle, de surveillance ou d'accès. Le recours contre cette décision est aussi ouvert aux tiers, au titre de l'art. 48 PA.

Al. 2

Le principe qui sous-tend cet alinéa est repris de l'entraide judiciaire en matière pénale et en matière civile⁷¹ : l'autorité suisse peut respecter des formes de procédure fixées par la législation de l'autre Etat si l'autorité requérante étrangère le souhaite. Le motif en est que la valeur des preuves obtenues par la voie de l'entraide judiciaire ou de l'assistance administrative peut être liée à certaines formes.

Al. 3

Cette disposition éclaircit un point qui a souvent donné lieu à des incertitudes dans la pratique⁷². Si la personne concernée s'oppose à la communication d'informations à l'étranger, l'autorité suisse requise doit toujours rendre une décision sujette à recours; cette solution correspond à la disposition élaborée dans le cadre de la loi sur l'entraide administrative fiscale⁷³. Lorsqu'une autorité peut transmettre une information sans en informer les personnes concernées (art. 13 al. 3), elle ne doit pas rendre de décision.

Art. 13 *Information des personnes concernées*

Puisque des mesures prises par des autorités au titre de la collaboration internationale peuvent porter atteinte au statut juridique de personnes privées, ces dernières doivent en principe être informées sur les demandes de l'étranger qui les concernent. Toutefois, cette information ne se justifie, matériellement et juridiquement, que si

⁷⁰ Par ex., l'art. 4, al. 1, de la loi du 22 mars 2002 sur les embargos (LEmb, RS **946.231**) autorise les organes de contrôle, sans préavis, « à pénétrer dans les locaux commerciaux des personnes soumises à l'obligation de fournir des renseignements et à les visiter pendant les heures habituelles de travail ». Ils peuvent aussi séquestrer les pièces à conviction et faire appel aux organes de police et aux organes d'enquête de l'administration des douanes. Les mesures de surveillance du marché, tel qu'il en existe dans le domaine des médicaments (art. 58 de la loi du 15 décembre 2000 sur les produits thérapeutiques, LPTh, RS **812.21**) font aussi partie des mesures visées par l'art. 11, al. 1, de l'avant-projet.

⁷¹ Cf. art. 11a EIMP

⁷² Voir le rapport de l'OFJ du 14 mars 2011, p. 38 ss.

⁷³ Cf. art. 17 LAAF.

l'autorité suisse entend donner suite à la requête de l'autorité étrangère; si elle n'entend pas y donner suite, par exemple parce que les conditions de l'art. 8, al. 3, ne sont pas remplies, alors elle ne doit pas informer les personnes concernées. L'information qui leur est fournie permet aux personnes concernées de faire valoir leurs droits de procédure. La personne physique ou morale concernée sera en mesure de s'opposer à la communication des informations à l'étranger et de demander une décision sujette à recours au sens de l'art. 11, al. 3.

Chacun sait que dans de nombreux domaines, il n'est ni nécessaire ni faisable d'informer les personnes concernées au préalable. Dans le droit des assurances sociales ou en matière de douanes par exemple – deux domaines dans lesquels les actes de collaboration sont très nombreux, et servent la plupart du temps les intérêts de la personne concernée – la législation ne prescrit pas d'informer cette dernière des demandes des autorités étrangères. L'avant-projet prévoit donc deux importantes exceptions possibles.

Premier cas : il sera possible de ne pas informer préalablement la personne concernée si cela est de nature à compromettre le but de la demande de collaboration ou à empêcher l'autorité requérante d'accomplir efficacement ses tâches. Dans ces cas-là, la personne concernée devra être informée a posteriori, en principe dès que l'information a été communiquée à l'étranger. Elle pourra s'opposer après coup à la communication. L'information a posteriori pourra être reportée aussi longtemps que subsiste le risque qu'elle compromette le but de la procédure étrangère.

Deuxième cas : les données à communiquer sont soit accessibles à tous, soit accessibles sur une simple demande motivée selon le droit suisse (de nombreux registres connaissent ce système). La nécessité d'assurer une protection juridique de la personne concernée n'est pas assez grande pour que l'on exige une décision sujette à recours.

Art. 14 Droits et obligations des personnes concernées

En principe, l'autorité suisse pourra sans autres conditions obliger les personnes concernées à collaborer en vue du traitement de demandes d'assistance administrative provenant de l'étranger⁷⁴. Ce type d'obligation est statué dans de nombreuses lois⁷⁵ outre l'obligation générale prévue à l'art. 13 PA, et l'autorité peut l'activer par voie de décision. On peut cependant se demander quelles sanctions l'autorité peut prendre contre ceux qui enfreignent cette obligation, si elle a le droit de se procurer de force les informations qu'on lui refuse et par quels moyens. L'art. 292 CP s'applique de manière générale et est complété par des dispositions spéciales sur l'inobservation des prescriptions d'ordre⁷⁶. Sans disposition spéciale telle que celle que prévoit la loi sur les cartels pour l'application de l'accord sur le transport aérien

⁷⁴ Voir avis de l'OFJ du 31 janvier 2005 (JAAC 70.46)

⁷⁵ Par ex. l'art. 3 LEmb (RS 946.231), l'art. 29, al. 1, LFINMA (RS 956.1), l'art. 13 LSR (RS 221.302), mais aussi, sous une autre forme et dans une formulation plus ouverte, l'art. 58, al. 4, LPTh (RS 812.21), l'art. 17 LRTV (RS 784.40), l'art. 19 de la loi fédérale du 9 juin 1977 sur la métrologie (RS 941.20) ou – exemple typique des obligations d'annoncer et d'informer – l'art. 24, al. 2, de la loi du 23 juin 2006 sur les installations à câbles (RS 743.01).

⁷⁶ Par ex. l'art. 127 de la loi du 18 mars 2005 sur les douanes (LD, RS 631.0).

entre la Suisse et l'UE⁷⁷, il n'est pas possible d'appliquer une plus forte contrainte administrative⁷⁸.

Les obligations de collaboration ne résultent pas de la présente loi, mais des législations spéciales applicables. De même, on s'est abstenu de prévoir une sanction allant au-delà de l'art. 292 CP en cas de non-respect de l'obligation légale de collaborer. L'autorité suisse pourra cependant avoir recours à toutes les possibilités que lui accorde la loi spéciale applicable.

La personne concernée peut s'opposer à son obligation de collaborer si elle est en mesure d'invoquer que les faits sont couverts par le secret vis-à-vis des autorités suisses en vertu du droit fédéral (lit a). Il peut s'agir des secrets professionnels protégés par le droit pénal, du secret bancaire, des secrets de fabrication et d'affaires prévus par l'art. 321a, al. 4, du code des obligations (CO), du secret de la révision au sens de l'art. 730b, al. 2, CO ou de la protection des sources dans le domaine des médias au sens de l'art. 28a CP. Une loi spéciale peut battre en brèche ce motif de refus en statuant une obligation de produire des documents ou des informations, obligation qui ne visera pas forcément les procédures de la collaboration internationale⁷⁹. La lit. b prévoit en outre que les personnes concernées peuvent refuser de collaborer dans les cas où elles peuvent se prévaloir du droit de ne pas s'auto-incriminer. Dans de tels cas, elles ne peuvent toutefois pas s'opposer à une perquisition ou à un séquestre des autorités ordonné par voie de décision.

Art. 15 *Frais*

Actuellement, la pratique en matière de collaboration est que chaque autorité supporte ses propres frais, donc que l'autorité requise finance les dépenses qu'occasionne le traitement de la demande étrangère. En cas de frais extraordinaires, il est cependant habituel qu'elle les facture à l'Etat requérant. L'avant-projet précise à quelles conditions il est possible de demander à ce dernier une participation, voire le financement intégral des dépenses nécessaires. Le cas échéant, il conviendra de lui indiquer à l'avance que l'exécution de la demande entraînera des frais importants et qu'elle devra en assumer une part.

Section 3 *Autorisations de procéder à des actes relevant des pouvoirs publics pour le compte d'une autorité étrangère*

Art. 16 *Principes*

L'art. 16 du projet de la loi est destiné à combler une lacune du droit matériel. En effet, si le CP prévoit une norme (art. 271, ch. 1, CP)⁸⁰ rendant punissable « celui qui aura, sans y être autorisé, procédé sur le territoire suisse pour un Etat étranger

⁷⁷ Art. 42 et 42a de la loi du 6 octobre 1995 sur les cartels (LCart, RS 251).

⁷⁸ Sur la contrainte administrative, voir Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berne 2009, 3^e éd., p. 301.

⁷⁹ Voir par ex. les art. 3 et 4, al. 1, LEmb (RS 946.231).

⁸⁰ L'art. 271 ch. 1 CP a la teneur suivante: « Celui qui, sans y être autorisé, aura procédé sur le territoire suisse pour un Etat étranger à des actes qui relèvent des pouvoirs publics, celui qui aura procédé à de tels actes pour un parti étranger ou une autre organisation à l'étranger, celui qui aura favorisé de tels actes, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire et, dans les cas graves, d'une peine privative de liberté d'un an au moins ».

à des actes qui relèvent des pouvoirs publics » et si l'OLOGA prévoit une disposition concernant la compétence d'autoriser de tels actes (art. 31 OLOGA), il manque une disposition matérielle régissant le principe et les conditions auxquelles une telle autorisation peut être délivrée.

L'art. 16 commence par poser le principe de l'autorisation et rappelle que nul ne peut procéder à des actes qui relèvent des pouvoirs publics pour une autorité étrangère sans y avoir été autorisé (al. 1). Il dispose ensuite que l'autorisation peut prendre différentes formes (al. 2). L'autorisation peut en effet découler d'un acte législatif (loi ou ordonnance du Conseil fédéral) ou d'un traité international. Elle peut également être accordée par voie de décision. Si l'autorisation découle d'un acte législatif ou d'un traité international, elle est formulée de manière générale et abstraite. Si l'autorisation est accordée par voie de décision, l'autorisation est formulée de manière spécifique et se rapporte à une situation concrète. Le texte légal (al. 3) dispose que s'il est prévisible ou s'il résulte des circonstances que l'acte visé peut se produire de manière répétée, l'autorisation doit découler d'une loi, d'une ordonnance du Conseil fédéral, ou d'un traité international. Autrement dit, cette disposition met en lumière le fait qu'il y a lieu, lors de l'élaboration d'un acte législatif prévoyant le principe d'une collaboration internationale, de se poser la question de la nécessité d'une autorisation pour certaines modalités de collaboration. Le cas échéant, il s'agira d'insérer une norme y relative dans l'acte considéré.

A noter que l'expression « de manière répétée » ne doit pas être interprétée de manière trop restrictive. En d'autres termes, quelques cas isolés ne suffisent pas à admettre le caractère répété d'un acte. Pour justifier une réglementation générale et abstraite, on doit être en mesure de prévoir que le type d'acte en question est susceptible de se produire de manière régulière, sinon fréquente. Il faut préciser aussi que l'al. 3 n'est pas destiné à interdire à l'autorité de statuer par voie de décision dans les cas où une solution générale et abstraite aurait été préférable. Il peut arriver qu'une telle disposition n'ait pas été envisagée à temps. Dans de tels cas, l'autorité doit pouvoir réagir par voie de décision en attendant que les bases légales pertinentes aient été complétées. L'objectif de l'al. 3 est avant tout d'inciter les autorités à anticiper les situations dans lesquelles une base légale générale et abstraite est nécessaire, pas de les empêcher de donner leur autorisation par voie de décision lorsque la nécessité de prendre une règle générale et abstraite n'a pas été mise en évidence à temps.

Enfin, l'al. 4 dispose clairement qu'aucune autorisation de procéder sur le territoire suisse à des actes relevant des pouvoirs publics pour le compte d'une autorité étrangère n'est pas accordée si une loi ou un traité international l'exclut. Cette disposition fait notamment référence à la loi relative à l'entraide judiciaire en matière pénale et reprend un principe établi en matière judiciaire⁸¹. La pratique des autorités en la matière est très restrictive. Les actes relevant des pouvoirs publics ne sont autorisés que dans les cas où l'obtention des informations recherchées par la voie de l'entraide apparaît comme inadéquate pour des raisons pratiques, notamment liées à la complexité de l'affaire et à l'urgence. Elle ne saurait en revanche être accordée lorsque les conditions d'octroi de l'entraide ne sont pas réunies. A noter encore que la voie de l'entraide est exclue pour diverses situations mentionnées dans la législation y relative (c'est notamment le cas pour les infractions à caractère politique⁸²).

⁸¹ JAAC 1976.49 (40 II), p. 118.

⁸² Art. 2ss LEIMP (RS 351.1).

L'art. 17 a pour objectif de définir les actes nécessitant une autorisation. En pratique, cette question génère passablement d'incertitudes. Ces incertitudes ont en particulier été bien mises en évidence lors des discussions du groupe de travail interdépartemental qui, sous l'égide de l'OFJ, a mené une réflexion sur la portée de l'art. 271 CP. Ce groupe de travail est arrivé à la conclusion qu'il était nécessaire de remédier à ces incertitudes au moyen d'instruments juridiques appropriés. Une disposition légale est la solution la mieux à même d'apporter un peu de clarté. La présente disposition va ainsi dans le sens de la conclusion du groupe de travail interdépartemental.

La solution consiste à définir les actes nécessitant une autorisation en partant du type d'acte. L'art. 17 al. 1 distingue ainsi les actes officiels et les actes qualifiés.

L'al. 2 définit ensuite, selon trois cas de figure, l'acte officiel accompli par une personne privée en précisant qu'il s'agit d'un acte relevant en Suisse de la compétence d'une autorité suisse. Les trois cas de figure sont les suivants : soit la personne privée est désignée directement par une autorité étrangère ou sur mandat de cette dernière, soit la personne privée agit selon les instructions données par l'autorité étrangère ou sur mandat de cette dernière, soit, enfin, la personne privée agit en application du droit étranger. Pour savoir si la personne privée agit comme le « bras long » de l'autorité étrangère, au sens de cette disposition, il faut établir si ses actes ont été déterminés au moins indirectement par cette autorité (c'est le cas si celle-ci exige quelque chose d'un cercle défini ou restreint de personnes, par ex. un rapport de révision établi par un des *Big Four*) et, dans le cas où l'autorité ne peut pas attribuer de mandat direct à la personne privée, si elle lui donne des instructions sur la manière d'agir. De tels cas de figure sont apparus peu avant que ne soient conclus les accords fiscaux avec la Grande-Bretagne et l'Autriche et ils se reproduiront sans doute.

L'al. 3 définit quant à lui l'acte qualifié en partant en particulier du type d'informations transmises. Il faut que ces informations concernent des tiers ou soient destinées à être utilisées comme preuves dans le cadre d'une procédure menée à l'étranger.

Il peut être utile, pour illustrer ces catégories, de mentionner quelques exemples d'actes requérant une autorisation. Dans la catégorie des actes requérant une autorisation, on rangera en particulier l'usage de la contrainte ou de mesures policières ainsi que le port d'uniforme qui sont des formes classiques de manifestation de la souveraineté. Ce type de prérogative fait généralement l'objet d'accord de coopération policière. Il peut toutefois arriver qu'aucun accord ne soit applicable ou que l'accord applicable ne règle pas la situation d'espèce. La présente loi fournit une base légale pour l'octroi d'une autorisation à quiconque envisage de recourir à ce type de prérogatives.

Dans la catégorie des actes requérant une autorisation on classera encore les actes de procédure. En effet, selon la conception suisse, tout acte de procédure (notamment la notification d'actes judiciaires et l'exécution de commissions rogatoires) constitue un acte de souveraineté qui est réservé aux organes compétent de l'Etat sur le territoire duquel il est accompli. Un renseignement, dont une autorité étrangère peut avoir besoin dans l'intérêt d'une procédure pendante dans son Etat, doit dès lors être demandé par la voie de l'entraide judiciaire internationale dès lors que la réponse peut

avoir des conséquences juridiques pour l'intéressé⁸³. Le même raisonnement vaut pour également pour les démarches privées en vue de l'obtention de preuves destinées à être produites dans le cadre d'une procédure à l'étranger. On peut en particulier songer ici à la «Pretrial Discovery» du droit américain. La «Pretrial Discovery» est une procédure contradictoire par laquelle les parties à un procès civil -notion très large aux Etats-Unis-, recherchent les faits de la cause. L'originalité de cette procédure réside dans le fait qu'elle se déroule sans le concours direct du juge et qu'elle confère à chaque plaideur un droit de regard sur les informations détenues par la partie adverse. Selon la doctrine, tout acte visant à rassembler des preuves sans le concours des autorités suisses tombe sous le coup de l'art. 271 CP⁸⁴. Peu importe la qualité de l'auteur qui ne doit pas nécessairement être un fonctionnaire étranger, peu importe également que le droit étranger considère ou non l'acte accompli comme un acte officiel: ce qui compte est qu'en droit suisse l'acte en question est «de par sa nature» un acte officiel⁸⁵. La «Pretrial Discovery» est saisie par l'art. 16, al. 2, let. c du projet.

La mise en œuvre de la loi américaine FATCA (Foreign Account Tax Compliance Act), dont l'entrée en vigueur est prévue au 1^{er} janvier 2014, pose également la question de l'autorisation dont devraient bénéficier les instituts financiers suisses pour conclure un accord avec l'administration fiscale américaine (*IRS*). L'obligation de *reporting* de comptes détenus par des clients américains, prévue par FATCA pour les instituts financiers, est typiquement un acte devant être considéré comme un acte relevant des pouvoirs publics pour le compte d'un état étranger. Un tel acte tomberait, s'il n'était pas autorisé, sous le coup de l'art. 271 CP. Il appartient ainsi aux autorités suisses de déterminer si, et le cas échéant sous quelle forme, elles entendent autoriser les établissements financiers à conclure de tels accords avec *l'IRS*.

Art. 18 Actes ne nécessitant pas une autorisation

Cette disposition est le pendant de l'art. 17. Afin de mieux cerner les notions utilisées par l'art. 17, l'art. 18 donne une liste exemplative d'actes ne nécessitant pas une autorisation. La let. a mentionne en particulier les cas où les démarches menées par les autorités étrangères sont dépourvues de conséquences juridiques. A noter que, pour éviter un conflit avec la législation suisse, les autorités étrangères devraient attirer l'attention des personnes auxquelles les renseignements sont demandés sur le fait qu'elles sont libres de les donner ou de les refuser⁸⁶. Par ailleurs, s'agissant de la let. a, il importe de préciser que si les informations transmises concernent des tiers, alors l'art. 17 al. 3 s'applique. En d'autres termes, cela signifie que dans un tel cas une autorisation est nécessaire. Nous notons que la let. d couvre également les inspections opérées par l'acheteur pour vérifier que la marchandise produite correspond bien à la commande passée. Un tel contrôle peut, le cas échéant, avoir lieu sur territoire étranger. On peut en particulier penser au contrôle de biens encombrants dont le contrôle doit se faire de préférence avant qu'ils ne soient livrés. A noter que la lit. d n'inclut pas les contrôles sur place opérés par des autorités étrangères.

⁸³ JAAC 1976.49 (40 II) p. 117

⁸⁴ URSULA CASSANI, «Pretrial Discovery» sur sol suisse et protection pénale de la souveraineté territoriale, SZW/RSDA 1/92, p. 14

⁸⁵ PHILIPP VISCHER/ALEXANDRE RICHA, U.S. Pretrial Discovery on Swiss Soil, Bâle 2010, n. 116; CASSANI, op. cit. p. 12; ATF 114 IV 130.

⁸⁶ JAAC 1976.49 (40 II) p. 118

Art. 19 *Décision de constatation*

Les art. 17 et 18 ne permettent peut-être pas de déterminer, dans tous les cas, si un acte est susceptible ou non de tomber sous le coup de l'art. 271 CP. Or, les personnes concernées ont besoin d'être au clair et de vérifier que l'acte prévu n'est pas punissable selon l'art. 271 CP. C'est pour répondre à un besoin de sécurité juridique que l'art. 19 du projet prévoit qu'il est possible de demander à l'autorité compétente une décision de constatation établissant si l'acte envisagé est soumis à autorisation ou non. On peut partir du principe que l'autorité de poursuite pénale (concrètement : le Ministère public de la Confédération) se fonde sur l'appréciation juridique des autorités administratives. Face à une dénonciation pour infraction à l'art. 271 CP, elle examine tout au plus s'il existe une autorisation. Si c'est le cas, l'acte dénoncé n'est pas punissable. En l'absence d'une autorisation, elle vérifie si l'autorité administrative a examiné le cas. Jusqu'à présent, il n'est jamais arrivé que l'autorité de poursuite pénale s'écarte des conclusions de l'autorité administrative.

Art. 20 *Dispositions accessoires de la décision*

L'autorisation individuelle devrait en principe viser un cas unique et être octroyée à une personne physique ou à une personne morale. Une autorisation ne devrait par contre pas être adressée à une association à l'attention de ses membres. Dans un tel cas, le cercle des destinataires de l'autorisation n'est pas suffisamment déterminé. Par ailleurs, il est probable que, dans un tel cas, on soit en présence d'un cas qui est destiné à se produire de manière répétée. Or, il ressort de la disposition de principe que, s'il est prévisible que l'acte visé peut se produire de manière répétée, l'autorisation doit découler d'un acte législatif (loi ou ordonnance du Conseil fédéral) ou d'un traité international. Le fait qu'une autorisation doive viser un cas unique peut résulter directement du type d'acte autorisé. Par exemple, la production de documents dans le cadre d'une procédure déterminée.

Si la limitation ne découle pas directement de l'acte autorisé, la présente disposition de la loi prévoit que l'autorisation doit être limitée dans le temps et assortie de conditions.

Cette disposition répond indirectement aux critiques exprimées par le rapport des Commissions de gestion du 30 mai 2010, «Les autorités suisses sous la pression de la crise financière et de la transmission de données clients aux Etats-Unis» au sujet de l'autorisation délivrée le 7 novembre 2000 par le Département fédéral des finances en lien avec les accords d'intermédiaires qualifiés (Qualified Intermediary Withholding Agreement, QIA). En l'espèce, l'autorisation du Département fédéral des finances, délivrée sur demande de l'association suisse des banquiers, autorisait toutes les personnes, organes, employés et représentants des banques et négociants en valeurs mobilières de procéder aux actes prévus par le «Final Qualified Intermediary Withholding Agreement», en particulier le prélèvement d'impôts à la source selon le droit américain, la transmission d'informations y relatives à des tiers ainsi que les contrôles des opérations précitées. Ainsi formulée, l'autorisation avait une portée générale puisqu'elle autorisait un nombre indéterminé de personnes à procéder aux actes prévus par le QIA. A noter également que si l'autorisation avait été délivrée à l'attention de l'entité qui en avait fait la demande, à savoir l'Association suisse des banquiers, elle était en fait destinée aux instituts amenés à conclure un accord d'intermédiaire qualifié avec l'autorité fiscale américaine. L'autorisation délivrée par le DFF le 7 novembre 2000 n'était pas limitée dans le temps et n'était pas assortie de

conditions. Les Commissions de gestion ont ainsi critiqué son absence de limites. A noter que, selon la réglementation posée par le présent projet, une autorisation de ce type aurait dû être réglée autrement que par une décision individuelle, puisqu'elle était destinée à régler un nombre indéterminé de cas.

De manière générale, la présente disposition met en évidence la nécessité, pour l'autorité qui octroie l'autorisation, de mettre des cautions et de veiller à limiter la portée d'une décision individuelle.

Art. 21 Autorités compétentes

Cette disposition règle les questions de compétence pour délivrer les autorisations. Elle reprend ce faisant les al. 1, 2 et 3 de l'art. 31 OLOGA. Pour des raisons de clarté, il importe que toutes les dispositions concernant l'octroi des autorisations induites par 271 CP soient regroupées dans le même acte. Le Conseil fédéral devra ainsi abroger les al. 1, 2 et 3 de l'art. 31 OLOGA. Sur le fond, les questions de compétence de délivrer les autorisations ne sont pas remises en question. Le système prévu semble en effet donner satisfaction et n'a pas été remis en cause lors des discussions menées par le groupe interdépartemental déjà mentionné. Les départements et la Chancellerie fédérale sont compétents pour agir dans leur domaine (al. 1). Le Conseil fédéral peut déléguer la compétence de délivrer des autorisations à des groupements, offices ou autres unités administratives (par exemple les autorités de surveillance instituées par des lois spéciales); par contre, cette compétence ne peut pas être déléguée par les départements. A noter que la délégation s'entend de la compétence de décider; une délégation de la signature reste par contre possible. Le projet prévoit que les cas d'importance majeure sur le plan politique ou autre doivent être soumis au Conseil fédéral. Encore faut-il déterminer les cas qui entrent dans cette catégorie. Pour simplifier l'application de cette disposition, l'al. 3 donne une liste exemplative des cas considérés comme étant d'importance majeure. C'est au département concerné ou à la Chancellerie fédérale qu'il appartiendra le cas échéant de déterminer qu'un cas est d'importance majeure. En cas de doute, l'al. 2, deuxième phrase, prévoit que l'OFJ doit être consulté. Il appartiendra ainsi à l'OFJ de porter une appréciation sur la question et, le cas échéant, de recommander qu'un cas soit tranché par le Conseil fédéral. Selon l'art. 24 du projet, toutes les décisions doivent être communiquées à l'Office de la justice qui dispose ainsi de la vue d'ensemble des autorisations délivrées. Dans le doute, il devrait être la règle que le cas soit tranché par le Conseil fédéral. Le projet prévoit l'obligation de consulter le Département fédéral des finances s'agissant des cas qui concernent les principes de collaboration en matière fiscale. Le projet prévoit également une obligation de consulter le Département fédéral des affaires étrangères, s'agissant des cas susceptibles de compromettre la politique étrangère suisse. Le Département fédéral des affaires étrangères dispose en effet des éléments d'appréciation nécessaires pour déterminer les cas susceptibles de compromettre la politique étrangère suisse.

A noter que le système prévu laisse le soin aux autorités de déterminer les cas d'importance majeure. Par contre il n'existe pas de droit des personnes concernées à voir un cas pour lequel ils sollicitent une autorisation être traité par le Conseil fédéral plutôt que par un Département.

Art. 22 *Critères d'autorisation*

La finalité de l'art. 271 ch. 1 CP est de réprimer les atteintes à la souveraineté suisse. Si l'acte en question est autorisé, l'art. 271, ch. 1, CP ne trouve pas application et l'auteur de l'acte n'est ainsi pas punissable. L'octroi ou non d'une autorisation résulte d'une pesée des intérêts. L'al. 1 de cette disposition pose le principe de la pesée d'intérêts et fait l'inventaire des intérêts à prendre en compte. L'al. 2 fixe, de manière générale, dans quels cas l'autorisation doit être refusée. Il s'agit en d'autres termes pour l'autorité de déterminer les conséquences de l'octroi de l'autorisation sur l'ordre juridique suisse et d'examiner si l'octroi d'une telle autorisation est susceptible de porter atteinte à la souveraineté suisse. Afin de faciliter la tâche de l'autorité, le projet fournit une liste de critères que l'autorité devra prendre en compte pour effectuer sa pesée des intérêts. La loi fournit ainsi une liste exemplative d'intérêts publics (al. 1, let. a) et une liste exemplative d'intérêts privés (al. 1, let. b). Les autorités étatiques peuvent avoir intérêt à une collaboration efficace avec l'étranger et au respect des engagements découlant des traités et, partant, vouloir autoriser un certain comportement. Il peut être nécessaire, pour des motifs économiques, de permettre à une personne privée de collaborer avec l'étranger parce qu'un refus causerait à elle et à sa branche des désavantages concurrentiels majeurs et durables. A l'inverse, les personnes privées peuvent avoir besoin d'une autorisation pour pouvoir se défendre efficacement dans une procédure judiciaire ou administrative étrangère et y défendre leurs droits. Ou bien elles peuvent avoir intérêt à ce que l'autorisation soit refusée, parce qu'elles devraient sans cela divulguer à l'autorité étrangère des informations internes à l'entreprise ou des secrets d'affaires. Les autorités compétentes visées à l'art. 21 doivent déterminer quels sont tous les intérêts en présence, les mettre en balance et les confronter au bien juridique visé par l'art. 271 CP : la protection de la souveraineté suisse.

A noter que la protection des intérêts privés pourrait être une réponse partielle au besoin des juristes d'entreprises de voir leurs écrits bénéficier d'une forme de protection. A cet égard, le rapport du Conseil fédéral du 4 juin 2010 concernant le classement de la motion 07.3281 de la Commission des affaires juridiques du Conseil national⁸⁷ rappelait que, au regard des avis exprimés dans la consultation, le problème de l'absence d'un *attorney-client privilege* dont les juristes d'entreprises suisses engagés dans une procédure civile de droit américain pourraient se prévaloir, ne constitue qu'une partie d'un problème de droit international plus large. Celui-ci réside dans l'application unilatérale de mesures juridiques par certains Etats étrangers qui portent ainsi atteinte à la souveraineté de la Suisse. Un refus d'autorisation basé sur l'admission de la prépondérance d'intérêts privés (comme le secret d'affaires prévu par l'art. 321a CO) pourrait le cas échéant être un instrument protégeant l'activité de certaines catégories professionnelles, en particulier les juristes d'entreprises. A noter qu'il appartiendra à l'autorité de décision de déterminer s'il existe ou non un intérêt prépondérant justifiant le refus d'autorisation.

Art. 23 *Emoluments*

Les décisions prises jusqu'à présent ont fixé des émoluments en prenant en compte des bases légales disparates. A titre d'exemples de bases légales utilisées, on peut citer l'ordonnance sur les frais et indemnités en procédure administrative (RS 172.041.0) ou l'ordonnance sur les frais et indemnités en procédure pénale administrative

⁸⁷ FF 2010 3731

(RS 313.32). Or, les émoluments dus pour des décisions de même type doivent être fixés selon les mêmes principes. En prévoyant que le Conseil fédéral fixe le tarif des émoluments, cette disposition n'oblige pas forcément le Conseil fédéral à prévoir une nouvelle réglementation. Elle lui permet également de renvoyer à une réglementation existante. Ce qui importe, c'est que la réglementation posée en matière d'émoluments soit uniforme et que l'on n'applique pas, comme cela a semble-t-il été le cas jusqu'ici, des réglementations différentes sans que la situation ne le justifie. A noter que les décisions de constatation prévues par l'art. 19 de la loi sont rendues sans frais.

Art. 24 Communication de la décision

L'OFJ doit naturellement faire partie des instances auxquelles les décisions doivent systématiquement être communiquées. Cette vision d'ensemble est indispensable pour assurer la fonction de coordination et de conseil.

Section 4 Autres mesures de protection de la souveraineté suisse

Art. 25

Cette disposition est une transposition au niveau de la loi des mesures que le Conseil fédéral peut prendre, aujourd'hui déjà, sur la base des art. 184, al. 3 et art. 185, al. 3, Cst. Rappelons que, selon ces dispositions, le Conseil fédéral prend, lorsque la sauvegarde des intérêts du pays l'exige, des mesures pour préserver la sécurité extérieure, l'indépendance et la neutralité de la Suisse.

Les mesures du Conseil fédéral basées sur l'art. 184 al. 3 Cst. doivent respecter les conditions suivantes:

1. Les mesures doivent répondre à un intérêt public et respecter le principe de la proportionnalité;
2. Les mesures prises doivent être limitées dans le temps;
3. Il faut des circonstances extraordinaires et une situation d'urgence à laquelle on ne peut pas faire face en utilisant la procédure législative ordinaire.

En d'autres termes, le Conseil fédéral peut, aux conditions fixées par la Constitution fédérale, édicter des ordonnances de substitution et des décisions sans base légale formelle. Dans cette disposition, la constitution relativise le principe de légalité en cas de situation extraordinaire. Il s'agit là d'une règle d'exception. La pratique adoptée par le Conseil fédéral en relation avec cette disposition tient compte du caractère exceptionnel de cette disposition constitutionnelle. Il en a ainsi rarement fait usage⁸⁸.

La rareté des mesures prises sur cette base par le Conseil fédéral s'explique de deux manières. D'une part, le Parlement est partisan d'une attitude restrictive du Conseil

⁸⁸ Voir en particulier les considérations développées par le Conseil fédéral dans son avis du 17 juin 2009 au sujet du rapport de la Délégation des Commissions de gestion des Chambres fédérales du 19 janvier 2009, FF **2009** V 4551 (4554). Pour un état des lieux complet des ordonnances et décisions du Conseil fédéral se basant sur l'art. 184, al. 3 et 185, al. 3, Cst., voir le rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 5 février 2010, FF **2010** 1438, ch. 1.3.2 et 1.3.3.

fédéral⁸⁹. D'autre part, le législateur a, ces dernières années, créé davantage de bases légales formelles⁹⁰ susceptibles de rendre inutiles ce genre de mesures du Conseil fédéral basées directement sur la constitution.

La question des mesures du Conseil fédéral basées directement sur les articles 184, al. 3, Cst. et 185, al. 3, Cst. a également fait l'objet d'un examen approfondi 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 extraordinaires⁹¹. Cette loi, proposée par la voie d'une initiative parlementaire, fait suite aux mesures prises par le Conseil fédéral dans le contexte de la crise financière et, en particulier à l'édiction de l'ordonnance sur le recapitalisation de l'UBS SA. Se montrant critique sur la manière dont le Conseil fédéral a exercé ses compétences dans ce cadre, le législateur a souhaité donner un cadre juridique plus précis à leur exercice.

La loi fédérale sur la sauvegarde de la démocratie, de l'Etat de droit et de la capacité d'action dans les situations extraordinaires⁹² est un acte modificateur d'autres actes (Mantelerlass) qui ajoute notamment de nouvelles dispositions à la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA, RS 172.010) et à la loi sur le Parlement (LParl, 171.10). Ces dispositions règlent avant tout l'exercice des compétences du Conseil fédéral, à savoir la durée des mesures prises et l'information que le Conseil fédéral doit fournir à l'organe compétent de l'Assemblée fédérale (en l'occurrence la Délégation des finances) dans les 24 heures qui suivent sa décision.

Les dispositions précitées de la LOGA trouvent application lorsque le Conseil fédéral se base directement sur la constitution pour prendre des mesures. Par contre, si l'assemblée fédérale charge, au moyen d'une loi, directement le Conseil fédéral de prendre des mesures, il va de soi qu'elle renonce à appliquer les cautions prévues par les articles 7c-7e LOGA.

La présente disposition vise pour l'essentiel deux objectifs. Premièrement elle donne une liste exemplative des mesures que le Conseil fédéral peut prendre en cas d'atteinte à la souveraineté. Deuxièmement, elle définit, également de manière exemplative, les formes que peuvent prendre les atteintes à la souveraineté. A noter que les formes que peuvent prendre les atteintes à la souveraineté sont, à l'heure actuelle, essentiellement liées aux effets extraterritoriaux des législations ou mesures prises par d'autres Etats. L'actualité fourmille d'exemples et on ne peut actuellement plus tabler aujourd'hui sur le fait que ce type d'atteinte à la souveraineté soit une situation

⁸⁹ Voir en particulier la recommandation 4 de la Délégation des Commissions de gestion, FF **2009** 4554: «La Délégation des Commissions de gestion 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 examen approfondi des circonstances».

⁹⁰ Voir les exemples cités par le Conseil fédéral, FF **2009** 4555. Comme autre exemple de ce type, on peut encore mentionner le mandat du 11 mai 2011 du Conseil fédéral au DFAE, d'élaborer une base légale formelle habilitant à bloquer, à titre conservatoire, les avoirs de personnes politiquement exposées et de leur entourage.

⁹¹ Voir le rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 5 février 2010 au sujet de l'initiative parlementaire «Sauvegarde de la démocratie, de l'Etat de droit et de la capacité d'action dans les situations extraordinaires», FF **2010** 1431.

⁹² RO **2011** 1381

extraordinaire ou imprévisible⁹³. Il est au contraire prévisible que le phénomène ira en s'intensifiant. Il est ainsi justifié de légiférer en la matière et de faire la liste des mesures qui peuvent être prises. Le fait que la liste soit exemplative permet la souplesse nécessaire pour prendre des mesures adaptées et proportionnées aux circonstances. A noter que la mesure prévue par l'al. 1, let. e (surveillance particulière de l'Etat sur certains secteurs d'activité d'une entreprise), est une mesure proposée par la FINMA et est directement inspirée des turbulences traversées par les milieux financiers, en particulier bancaire, ces dernières années. L'idée de la FINMA est de pouvoir, si nécessaire, prendre des mesures comparables aux mesures prévues dans le cadre de l'assainissement des banques (art. 28 à 32 de la loi sur les banques, LB, RS 952.0).

Le choix des mesures à prendre pour faire face aux menaces contre la souveraineté, qu'il s'agit de concrétiser au niveau législatif, se fonde sur l'actualité récente. Il a par exemple été envisagé d'empêcher la production ou la communication de documents d'entreprise à des services étrangers et de geler leur transmission. Lorsque la loi parle ici de « document », il s'agit tant de documents papier que de documents informatiques. En d'autres termes, peu importe le support. Suite à la demande d'assistance administrative que les Etats-Unis avaient présentée dans l'affaire UBS, il s'était avéré qu'une base légale claire serait utile pour ordonner expressément la transmission de ce type de document, même si les obligations légales de garder le secret, comme le secret bancaire, s'opposait à leur communication. Il importe de conférer au Conseil fédéral, par le biais de cette nouvelle disposition, la possibilité de réagir rapidement et de donner les injonctions nécessaires relativement aux détails tels que la forme et les voies de la communication des documents, l'anonymisation éventuelle des données ou certaines restrictions d'accès ou d'utilisation ultérieure des données. Les compétences qui sont les siennes en vertu de l'art. 184, al. 3, Cst. ne sont en principe pas touchées, mais il devra fournir une motivation particulière pour se fonder directement sur la Constitution et non sur la nouvelle disposition légale, comme c'est aujourd'hui le cas par exemple dans le domaine des embargos.

Section 5 Voies de droit

Art. 26

Cette disposition mentionne que les voies de droit sont réglées par les dispositions générales de la procédure fédérale. Font partie de cette réglementation générale les dispositions de la loi sur le Tribunal administratif et de la loi sur le Tribunal fédéral concernant la compétence matérielle et les autorités précédentes.

⁹³ Un exemple de menace est constitué par les mesures unilatérales que les autorités américaines ont prises ou ont menacé de prendre à l'encontre de banques suisses. On songe en particulier à l'affaire UBS ou, plus récemment aux mesures envisagées ou prises à l'encontre de diverses autres banques. Ces mesures unilatérales placent autorités et particuliers devant des exigences découlant de deux ordres juridiques contradictoires. En obéissant à l'un, on ne peut que désobéir à l'autre. Le droit suisse doit prévoir des issues pour réagir à ce type de situation.

Al. 1

Selon les dispositions générales de la procédure fédérale, les décisions de l'administration fédérale fondées sur la présente loi sont en principe susceptibles de recours au Tribunal administratif fédéral. Le recours au Tribunal administratif fédéral est irrecevable contre les décisions concernant la sûreté intérieure ou extérieure du pays, la neutralité, la protection diplomatique et les autres affaires relevant des relations extérieures, à moins que le droit international ne confère un droit à ce que la cause soit jugée par un tribunal. (art. 32, al. 1 lit. a LTAF). Cette exception est toutefois interprétée de manière restrictive; elle ne trouve application que lorsque la décision considérée repose effectivement pour l'essentiel sur des considérations politiques (ATF 137 I 371 c. 1.2). Les décisions relatives à l'assistance administrative ou à l'entraide judiciaire ne relèvent, dans la plupart des cas, pas de cette exception. Elles reposent en effet sur des critères juridiques et peuvent dès lors être revues par un Tribunal.

Les décisions qui sont susceptibles de recours au Tribunal administratif fédéral ne peuvent en principe pas être rendues par le Conseil fédéral (cf. art. 47 al. 6 LOGA). Pour permettre au Conseil fédéral de prendre des décisions de première instance dans le domaine couvert par la présente loi, la disposition de la LTAF relative aux autorités précédentes doit être complétée (voir le nouveau ch. 6 de l'art. 33, lit. b, LTAF).

Dans le domaine couvert par la présente loi, les autorités doivent agir rapidement. Par ailleurs les autorités suisses ne peuvent collaborer avec les autorités étrangères que lorsque ces dernières prévoient une protection juridique suffisante (art. 8, al. 3, lit. b). C'est pourquoi le projet prévoit que le recours au Tribunal fédéral est irrecevable contre les décisions visées par la loi sur la collaboration et la protection de la souveraineté (cf. art. 83, lit. a^{bis} LTF). Les décisions du Tribunal administratif fédéral sont ainsi définitives. La même limitation des instances de recours s'applique en règle générale en matière d'entraide administrative internationale (cf. art. 83, lit. h, LTF).

Al. 2

Le droit en vigueur prévoit que les décisions concernant les affaires relevant des relations extérieures ne sont pas susceptibles de recours, à moins que le droit international ne confère un droit à ce que la cause soit jugée par un Tribunal (art. 32 lit. a LTAF). Les décisions prévues par les sections 3 et 4 de la présente loi concernent des affaires relevant des affaires extérieures. Pour écarter tout doute à ce sujet, l'al. 2 prévoit que les décisions du Conseil fédéral prévues par les sections précitées de la loi sont définitives et peuvent au plus être portées devant le Tribunal administratif fédéral, pour autant que le droit international confère un droit à ce que la cause soit jugée par un tribunal.

Section 6 Dispositions finales

Art. 27 Modification du droit en vigueur

L'avant-projet comprend la modification de plusieurs lois fédérales. Les offices ont également été priés de faire l'inventaire des dispositions de leurs domaines respectifs qu'ils souhaitaient voir modifiées en fonction de la teneur du présent projet. L'autorité de surveillance des réviseurs a fait usage de cette possibilité et proposé

diverses modifications de la loi sur la surveillance de la révision (LSR, RS 221.302). Pour les commentaires relatifs à ces dispositions, voir ci-après (commentaires relatifs à l'annexe).

Art. 28 Disposition transitoire

Sous l'empire du droit en vigueur, de nombreuses autorisations de procéder à des actes relevant des pouvoirs publics ont été délivrées par les autorités compétentes. Ces autorisations ne sont pas forcément limitées dans le temps. Il importe donc, pour des raisons de sécurité du droit, de limiter leur durée au moyen d'une disposition transitoire. La durée prévue est suffisamment longue pour, le cas échéant et si nécessaire, convertir les autorisations individuelles en normes législatives ou les transposer dans un traité international.

Art. 29 Référendum et entrée en vigueur

L'acte normatif que nous proposons est une loi fédérale et donc sujet au référendum selon l'art. 141, al. 1, let. a, Cst. Comme il entraînera des adaptations de procédures internes à l'administration, il est plus indiqué que le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur.

Annexe (art. 27) Modifications du droit en vigueur

Modification de la procédure administrative

Comme on l'a vu dans le commentaire de l'art. 10, l'avant-projet vise à simplifier la notification de documents officiels de l'étranger vers la Suisse et vice-versa. Une modification de l'art. 11b PA est nécessaire à cet effet.

Modification des lois sur le Tribunal fédéral et sur le Tribunal administratif fédéral

Suite à l'inscription dans la Constitution de la garantie de l'accès au juge, à la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant la « procédure relative aux clients de négociants » au sens de l'art. 38 LBVM et à certaines incertitudes liées à l'art. 83, let. a, de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF), il est nécessaire de clarifier la situation juridique. Le fait que la collaboration administrative avec l'étranger soit la conséquence directe d'un engagement de politique extérieure ou d'une obligation conventionnelle de la Suisse n'exclut pas d'emblée l'accès normal aux voies de droit⁹⁴. La question de la protection juridique et celle des instances compétentes dépendent des exigences de forme concernant la décision : du moment qu'un acte d'assistance administrative fait l'objet d'une décision formelle, la voie du recours est ouverte. Le fait que l'art. 83, let. h, LTF exclue le recours au Tribunal fédéral en matière d'entraide administrative internationale⁹⁵ ne permet pas de clari-

⁹⁴ Arrêt du Tribunal fédéral du 10 octobre 2005 (1A.173/2005 et 1A.203/2005), consid. 3.3: « Certes, toute transmission de renseignement à une autorité étrangère ne saurait relever de l'acte de gouvernement; dans la majorité des cas d'entraide – judiciaire ou administrative –, les relations extérieures sont sans doute en jeu, mais les décisions prises à ce propos s'inscrivent dans le cadre de relations conventionnelles préétablies, et ne revêtent pas de caractère politique marqué justifiant la soustraction à tout contrôle judiciaire. »

⁹⁵ Voir à ce sujet FF 2001 4000, p. 4121. Ce nouveau motif d'exclusion visait à accélérer l'exécution des mesures d'assistance administrative. Le Conseil fédéral donnait l'argument suivant : « Il s'agit là d'un atout considérable de la Suisse dans un domaine où notre pays est soumis à de fortes pressions au niveau international. »

5.1 Convention européenne du 24 novembre 1977 sur la notification à l'étranger des documents en matière administrative

5.1.1 Contenu de la convention

La Convention européenne sur la notification à l'étranger des documents en matière administrative (STE n° 94) fait obligation aux Etats contractants de s'accorder mutuellement assistance pour la notification de documents en matière administrative. Ouverte à la signature en 1977, elle est entrée en vigueur en 1982. A ce jour, elle a été ratifiée par l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la France, l'Italie, le Luxembourg, l'Espagne et l'Estonie. La Suisse l'a signée le 24 novembre 1977 mais sans la ratifier par la suite. Dans son neuvième rapport sur la Suisse et les conventions du Conseil de l'Europe⁹⁷, le Conseil fédéral a annoncé son intention d'examiner l'éventualité d'une ratification.

La convention est applicable à toutes les affaires administratives, à l'exception des affaires fiscales et pénales. Les Etats peuvent étendre ou limiter son champ d'application par une déclaration. La convention ne comporte pas de définition de la « matière administrative ». Sur le fond, elle s'inspire largement des conventions de La Haye relatives à la procédure civile et à la notification des actes à l'étranger. Elle prévoit que chaque Etat désigne une autorité centrale chargée de recevoir les demandes de notification. Les Etats fédéraux peuvent désigner plusieurs autorités centrales (l'Autriche et l'Allemagne ont fait usage de cette possibilité).

La convention prévoit d'autres possibilités de notification que la notification via l'autorité centrale, sauf déclaration contraire de l'Etat partie concerné. Par exemple, un document peut être notifié par un employé consulaire de l'Etat requérant. Autre option particulièrement importante dans la perspective d'une simplification des voies de transmission, les actes peuvent être notifiés directement par la voie postale.

5.1.2 Situation juridique actuelle

Pour qu'une décision puisse prendre effet, elle doit être communiquée sous la forme prescrite (voir art. 34, al. 1, PA), c'est-à-dire que son contenu doit être porté à la connaissance du destinataire⁹⁸. La notification, elle, est un processus « technique » par lequel la décision est remise au destinataire ; elle est donc une action qui fait partie du processus de communication⁹⁹. En principe, les décisions destinées aux personnes qui se trouvent à l'étranger doivent leur être notifiées par la voie diplomatique ou consulaire¹⁰⁰; la voie postale n'est admise que pour de simples communications sans effet juridique¹⁰¹. L'injonction à une partie de désigner un « domicile de

⁹⁷ FF 2008 4077

⁹⁸ FELIX UHLMANN/ALEXANDRA SCHWANK, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [éd.], Praxiskommentar VwVG, Zurich/Bâle/Genève 2009, art. 34, n° 2.

⁹⁹ UHLMANN/SCHWANK (note 98), n° 9.

¹⁰⁰ Voir par ex. l'arrêt du Tribunal fédéral du 13 mai 2009 (2C_182/2009), consid 3: « La notification de son arrêt par le Tribunal fédéral à l'adresse étrangère [du recourant] serait contraire au droit international. L'arrêt doit donc être communiqué par la voie d'une publication dans la Feuille fédérale. » (*Traduction*)

¹⁰¹ VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [éd.], Praxiskommentar VwVG, Zurich/Bâle/Genève 2009, art. 11b n° 6. Voir aussi l'arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 18 juillet 2006 (K 18/04), consid. 1.2.

notification » (art. 11b PA)¹⁰² n'est plus une lettre informelle – sauf règle spéciale d'un traité ou d'une loi – et doit donc être notifiée par la voie diplomatique ou consulaire¹⁰³; elle doit en outre indiquer quelles sont les conséquences d'une omission. Si, malgré cette demande, aucun domicile de notification n'est désigné en Suisse, l'autorité peut communiquer les décisions en les publiant dans une feuille officielle¹⁰⁴. On est en droit de se demander, cependant, si, dans les cas où une notification par la poste n'est pas possible, il ne faudrait pas vérifier si la décision peut être notifiée par la voie diplomatique ou consulaire avant d'opter pour la publication officielle¹⁰⁵.

En droit fédéral, et encore plus dans les traités internationaux, le nombre de dispositions qui autorisent une notification directe des actes administratifs par la poste¹⁰⁶ ne cesse de croître¹⁰⁷. Le droit suisse en matière d'entraide judiciaire prévoit d'ailleurs (unilatéralement) que la notification depuis l'étranger peut avoir lieu directement par voie postale dans certains domaines¹⁰⁸.

5.1.3 Avantages d'une adhésion de la Suisse

La situation juridique actuelle crée régulièrement des incertitudes. Même les tribunaux fédéraux n'ont pas de pratique uniforme et consolidée quant à la manière de notifier des documents administratifs à des destinataires se trouvant à l'étranger. Il est important, pour les services administratifs, que les documents dont ils sont à l'origine puissent être envoyés à l'étranger rapidement, de manière sûre et en conformité avec le droit. Les intéressés ont eux aussi fortement intérêt à ce que les décisions, surtout celles qui sont en leur faveur, leur parviennent directement (idéalement par la poste). Bien que relativement peu d'Etats du Conseil de l'Europe aient ratifié la convention, les quatre grands voisins de la Suisse font partie de ceux-là, or un grand nombre de notifications ont pour expéditeur ou pour destinataire des per-

¹⁰² Des lois spéciales peuvent déroger à cette obligation. Voir par ex. l'art. 12, al. 3, de la loi du 26 juin 1998 sur l'asile (RS 142.31) : « La personne qui dépose une demande d'asile de l'étranger n'a pas l'obligation d'indiquer une adresse de notification en Suisse. »

¹⁰³ Par ex. arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 18 juillet 2006 (K 18/04), consid. 3: « Comme la conséquence juridique prévue par l'art. 29, al. 4, OJ, soit la non-notification ou la notification par sommation publique, ne peut avoir lieu qu'après injonction de désigner une adresse de notification, cette injonction a des effets juridiques et ne constitue donc pas une communication au contenu purement informatif. En conséquence, elle ne doit pas être adressée au recourant en France directement par la poste. » (*Traduction*) Voir aussi MARANTELLI-SONANINI/HUBER (note 101), n° 12.

¹⁰⁴ RES NYFFENEGGER, in: Auer/Müller/Schindler (éd.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zurich/St-Gall 2008, art. 11b n° 4; LORENZ KNEUBÜHLER, in: Auer/Müller/Schindler (éd.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zurich/St-Gall 2008, art. 36 n° 7.

¹⁰⁵ UHLMANN/SCHWANK (note 98), n° 19.

¹⁰⁶ Dans chaque cas, il faut distinguer la question de la forme de la notification et celle de la langue de la notification (langue originale de l'expéditeur ou traduction dans la langue [officielle] du destinataire).

¹⁰⁷ Par ex., l'avenant à la convention de double imposition avec la France prévoit une notification par courrier postal des créances fiscales, voir FF 2009 1389, p. 1400.

¹⁰⁸ Voir les art. 68 EIMP et 30 OEIMP et l'art. 53 de la convention d'application de l'accord de Schengen (CAAS ; RS 0.362.31). Voir aussi l'art. 23 de la loi fédérale du 21 décembre 1995 relative à la coopération avec les tribunaux internationaux chargés de poursuivre les violations graves du droit international humanitaire (RS 351.20): « Les actes de procédure et les décisions judiciaires des tribunaux internationaux peuvent être notifiés directement par la voie postale à leur destinataire en Suisse. »

sonnes se trouvant dans ces pays. Une enquête de la Direction du droit international public auprès des autorités compétentes en France, en Autriche et en Allemagne a montré que ces trois Etats accueilleraient favorablement une adhésion de la Suisse, qui faciliterait considérablement la collaboration administrative. La statistique de l'OFJ pour 2011 recense un nombre total de demandes de notification en matière administrative en provenance d'Etats étrangers de 119, dont 118 en provenance d'Etats parties à la convention. La Suisse a pour sa part émis 128 demandes à des Etats étrangers, dont 76, soit plus de la moitié, étaient destinées à des Etats parties à la convention.

5.2 Convention européenne du 15 mars 1978 sur l'obtention à l'étranger d'informations et de preuves en matière administrative

La convention européenne du 15 mars 1978 sur l'obtention à l'étranger d'informations et de preuves en matière administrative (STE n° 100) est entrée en vigueur en 1983; elle a été ratifiée par l'Azerbaïdjan, la Belgique, l'Allemagne¹⁰⁹, l'Italie, le Luxembourg et le Portugal. La Suisse l'a signée en 1978 mais ne l'a pas ratifiée.

Elle règle au plan international l'assistance administrative et l'entraide judiciaire en matière administrative. Par assistance administrative, on entend la collaboration à la demande d'un service administratif sur une affaire administrative. L'entraide judiciaire recouvre la collaboration en matière administrative sur commission rogatoire d'une autorité exerçant des fonctions juridictionnelles. La convention ne donne pas de définition de la « matière administrative ». Un Etat contractant peut étendre ou limiter son champ d'application par une déclaration. Il a en tout temps la possibilité de déclarer que la convention s'applique, pour les demandes d'assistance qui lui sont adressées, en matière fiscale ou à toute procédure pénale visant des infractions dont la poursuite et la répression ne sont pas de la compétence de ses autorités judiciaires. Dans les cinq ans suivant l'entrée en vigueur de la convention pour l'Etat concerné, ce dernier peut déclarer qu'il ne l'appliquera pas à certaines matières administratives¹¹⁰. Chaque Etat contractant doit désigner une autorité centrale chargée de recevoir les demandes d'assistance et d'y donner suite. Les Etats fédéraux peuvent désigner plusieurs autorités centrales. Par exemple, chaque *Land* allemand a désigné sa propre autorité. De plus, chaque Etat contractant peut désigner d'autres autorités, subsidiaires, dont il fixe la compétence territoriale. L'autorité requérante peut en tout temps s'adresser à l'autorité centrale. L'Etat requis peut refuser d'exécuter la demande si la matière qu'elle concerne n'est pas couverte par la convention, mais il ne peut pas le faire sous le simple prétexte qu'elle concerne une matière qui relèverait d'un tribunal civil sur son territoire. Il peut aussi opposer à l'autorité requérante une fin de non-recevoir si l'exécution de la demande est de nature à porter atteinte à sa souveraineté, à sa sécurité, à son ordre public ou à d'autres de ses intérêts essentiels (au nombre desquels il faut compter les intérêts économiques). Autre motif de refus,

¹⁰⁹ L'Allemagne a édicté une loi de mise en œuvre des deux conventions (BGBl. 1981 I p. 665).

¹¹⁰ L'Italie a déclaré la convention non applicable aux affaires fiscales, aux questions de commerce avec l'étranger (échanges de marchandises et de services, transactions financières et paiements) et aux interdictions et restrictions des échanges transfrontaliers de marchandises. Elle l'a déclarée applicable aux affaires pénales, avec cependant une réserve en cas de non-réciprocité.

l'incompatibilité avec son droit ou ses usages internes. Enfin, il peut rejeter la demande si son exécution est de nature à porter atteinte aux droits fondamentaux ou aux intérêts essentiels de la personne à qui se réfère l'information demandée, ou si la demande porte sur des informations confidentielles qui ne peuvent pas être divulguées.

Concernant l'assistance administrative, la convention couvre trois cas de figure. D'abord, lorsqu'une autorité demande à l'autorité d'un autre Etat contractant une information sur le droit, les règlements et les usages de ce dernier en matière administrative, la seconde lui donne une réponse impartiale et objective, qui peut être accompagnée de commentaires explicatifs et prendre la forme d'un rapport sur l'application. Si c'est plus indiqué, ou pour des raisons d'organisation, l'autorité centrale peut déléguer l'élaboration de la réponse, avec l'agrément de l'autorité requérante, à un organisme privé ou à un juriste qualifié. Deuxième cas, l'autorité requise fournit des informations de fait dont elle dispose en matière administrative et délivre des expéditions, des copies ou des extraits de documents administratifs. Enfin, elle peut être saisie d'une demande d'enquête; en ce cas, elle doit se procurer activement les informations demandées, par exemple en inspectant un immeuble, en faisant des recherches sur le comportement moral ou social d'une personne, en procédant à une attestation administrative, etc. Il n'est pas nécessaire que son droit national prévoie explicitement le procédé employé dans cette enquête, mais l'autorité requise peut refuser d'exécuter la demande si ce procédé est contraire au droit national. Elle ne peut pas utiliser des moyens de contrainte.

Pour s'assurer que les informations et documents qu'elle fournit sont bien utilisés exclusivement aux fins décrites par la demande, l'autorité requise doit chaque fois indiquer que tel doit être le cas. Les Etats dont la législation sur la publicité des dossiers administratifs n'autorise pas un accès lié à un but donné peuvent en tout temps faire une réserve en ce sens. L'autorité centrale de l'Etat requis peut à son tour refuser d'exécuter une demande provenant d'un Etat qui a fait une telle réserve. Elle peut rédiger elle-même la réponse si elle en a la compétence, ou bien déléguer cette tâche à l'autorité idoine.

La demande et ses annexes doivent être rédigées ou traduites dans une langue officielle de l'Etat requis. Sauf raison particulière, l'autorité centrale est cependant tenue d'accepter les demandes rédigées en français ou en anglais, qui sont les langues officielles du Conseil de l'Europe. La réponse est rédigée dans une langue officielle de l'Etat requis, du Conseil de l'Europe ou de l'Etat requérant. L'exécution de la demande est en principe gratuite pour l'Etat requérant, à ceci près qu'il doit prendre en charge les honoraires des experts et des interprètes et les sommes dues à l'organisme privé ou au juriste qualifié qui s'est chargé de la réponse à une demande d'informations.

5.3 Déclarations de la Suisse concernant les deux conventions

L'arrêté fédéral proposé habilite le Conseil fédéral à ratifier les deux conventions du Conseil de l'Europe. De plus, il lui enjoint de faire plusieurs déclarations, comme le permettent les deux textes. Ces déclarations portent sur la non-application des conventions aux procédures en matière fiscale, sur la désignation de l'OFJ comme autorité centrale et sur l'admissibilité des actes de procédure exécutés par des fonc-

tionnaires consulaires. Elles correspondent aux déclarations et aux réserves faites par la Suisse en relation avec les traités internationaux concernant l'entraide judiciaire en matière pénale et civile.

6 Conséquences en matière de finances et de personnel

Sous réserve de tâches de coordination et de conseil qui pourraient être confiées à l'OFJ ou à une autre unité, et qui pourraient générer le besoin d'une fraction de poste supplémentaire, le présent projet n'a pas de conséquences financières ou d'effets sur l'état du personnel.

7 Relations avec le programme de la législature et les stratégies nationales du Conseil fédéral

7.1 Relation avec le programme de la législature

Le projet n'est pas annoncé dans le message du 25 janvier 2012 sur le programme de la législature 2011 à 2015¹¹¹, mais le Conseil fédéral a inscrit dans ses Objectifs 2012, sous l'objectif 8 (« La Suisse est bien connectée sur le plan mondial et sa position dans le contexte international comme au sein des institutions multilatérales est affermie »), qu'il enverrait un avant-projet en consultation¹¹².

7.2 Relation avec les stratégies nationales du Conseil fédéral

L'avant-projet n'a aucun lien direct avec les stratégies nationales du Conseil fédéral.

8 Aspects juridiques

8.1 Constitutionnalité

La constitutionnalité des deux avant-projets peut être appréciée comme suit :

- L'avant-projet de loi se fonde pour une part sur l'art. 54, al. 1, Cst., qui donne à la Confédération une compétence générale et globale en matière d'affaires étrangères. Cette compétence inclut non seulement le domaine de la politique extérieure elle-même mais aussi le pouvoir d'édicter des normes de droit interne et notamment des lois sur les relations avec l'extérieur. De telles normes doivent codifier de manière globale une politique établie dans un domaine donné. Tel est précisément le but de l'avant-projet de loi, qui fixe des principes applicables à l'ensemble de la collaboration avec des autorités étrangères et à la protection de la souveraineté suisse.
- L'autre base constitutionnelle de l'avant-projet de loi est l'art. 173, al. 2, Cst. Cette disposition sert en règle générale à fonder les compétences fédérales

¹¹¹ FF 2012 349

¹¹² Objectifs 2012 du Conseil fédéral, vol. 1, p. 24

qui découlent de l'existence et de la nature mêmes de la Confédération et pour lesquelles aucune attribution de compétence explicite n'est prévue par la Constitution (compétences fédérales inhérentes). C'est essentiellement le cas lorsqu'il s'agit de créer des autorités fédérales et de régler leurs tâches, leurs attributions et les procédures qui leur sont liées. Il en va ainsi dans l'avant-projet de loi ci-joint, qui règle l'ordre de compétences et les procédures que les autorités suisses devront respecter lorsqu'elles collaboreront avec des autorités étrangères.

- La base constitutionnelle de l'adhésion aux deux conventions est l'art. 54, al. 1, Cst., qui habilite la Confédération à conclure des traités avec d'autres Etats. En vertu de l'art. 166, al. 2, Cst., l'Assemblée fédérale doit approuver ces traités. Selon l'art. 141, al. 1, let. d, Cst., les traités internationaux sont sujets au référendum s'ils sont d'une durée indéterminée et ne sont pas dénonçables (ch. 1), s'ils prévoient l'adhésion à une organisation internationale (ch. 2) ou s'ils contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales (ch. 3). Les deux conventions dont il est ici question sont d'une durée indéterminée mais peuvent être dénoncées en tout temps. Aucune adhésion à une organisation internationale n'est prévue. Reste à déterminer si les conventions contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit. Aux termes de l'art. 22, al. 4, de la loi du 13 décembre 2002 sur le Parlement, sont réputées fixant des règles de droit les dispositions générales et abstraites d'application directe qui créent des obligations, confèrent des droits ou attribuent des compétences. Une norme du droit international est également à considérer comme importante si, de par son objet, elle entre dans le champ d'application de l'art. 164, al. 1, Cst. et requiert l'adoption de dispositions de droit national sous la forme d'une loi fédérale. Or les conventions portent sur des questions de notification et d'assistance administrative qui, en Suisse, sont réglées au niveau de la loi. Elles contiennent donc des dispositions importantes fixant des règles de droit. En conséquence, l'arrêté fédéral portant approbation des deux conventions sera sujet au référendum en matière de traités internationaux conformément à l'art. 141, al. 1, let. d, Cst.

8.2 Forme de l'acte

Le premier avant-projet a la forme d'une loi fédérale au sens de l'art. 163 Cst. Quant à l'approbation des deux conventions, elle a lieu sous forme d'un arrêté fédéral soumis au référendum (voir ch. 8.1).

8.3 Délégation de compétences législatives

La nouvelle loi donnera au Conseil fédéral les compétences législatives suivantes :

- il pourra prévoir dans une ordonnance la possibilité de notifier directement aux destinataires en Suisse des documents officiels étrangers (art. 10, al. 5, let. a) ;
- il pourra conclure des traités internationaux sur la notification de documents officiels (art. 10, al. 5, let. b);

- il pourra déléguer aux organes inférieurs la compétence de délivrer des autorisations au sens de la section 4 de la loi (art. 21, al. 1) ;
- il fixera le tarif des émoluments dus pour les décisions au sens de la section 4 de la loi (art. 23, al. 2);
- il pourra déléguer à l'ASR sa compétence de conclure des traités internationaux dans le domaine de la surveillance de la révision (art. 26, al. 4, et 27, al. 5, LSR).

8.4 Conformité à la législation sur la protection des données

Se référer au commentaire de l'art. 5 de l'avant-projet de loi.

