



Berne, le 6 octobre 2021

**Recommandation  
selon l'art. 14 de la loi sur la transparence  
concernant la procédure de médiation entre**

**X,  
représentée par Y  
(demanderesse)**

**et**

**l'Office fédéral de la justice OFJ**

**I. Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence constate :**

1. Dans son communiqué de presse du 11 septembre 2020, le Département fédéral des affaires étrangères (DFAE) a signalé que la Suisse et l'Ouzbékistan avaient signé un accord-cadre, le "Memorandum of Understanding on the Framework for the Restitution of Illegally Acquired Assets Forfeited in Switzerland to the Benefit of the Population of the Republic of Uzbekistan" (cité Memorandum of Understanding)<sup>1</sup>, en vue de la restitution à l'Ouzbékistan d'avoirs confisqués. L'accord porte d'une part sur environ 131 millions de dollars qui ont déjà été définitivement confisqués dans le cadre de l'une des procédures pénales en lien avec Gulnara Karimova, la fille de l'ancien président ouzbek. Il s'applique d'autre part aux valeurs patrimoniales qui pourraient à l'avenir être confisquées définitivement dans le cadre des procédures pénales encore en cours. L'accord fixe les principes et les étapes à suivre pour cette restitution. Les fonds doivent bénéficier à la population ouzbèke.<sup>2</sup> Parmi les principes du Memorandum of Understanding figurent la transparence et l'obligation de rendre des comptes dans le processus de restitution et l'implication potentielle d'acteurs non étatiques. D'après l'accord-cadre, les signataires, pour la restitution du premier versement, ont l'intention de conclure deux accords distincts mais interdépendants. Le premier accord ("Sharing-Agreement") portera sur le principe de la restitution des avoirs confisqués à l'Ouzbékistan et le second accord ("Restitution-Agreement") contiendra les modalités de la restitution.
2. Conformément à la loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (Loi sur la transparence, LTrans, RS 152.3), la demanderesse (organisation non gouvernementale), par l'intermédiaire de son avocat, après avoir été informée par le DFAE de la conclusion du "Sharing-Agreement", a déposé, le 28 avril 2021, une demande d'accès auprès de l'Office fédéral de la justice (OFJ) afin d'obtenir ledit accord.

<sup>1</sup> Consultable sous [20200908-USBEK-MoU-framework-sign\\_EN.pdf \(admin.ch\)](#)

<sup>2</sup> [DFAE, communiqué de presse du 11 septembre 2020.](#)



3. Par courriel du 6 mai 2021, l'OFJ a informé le représentant de la demanderesse qu'il est "chargé de l'entraide internationale en matière pénale, y compris la négociation et la conclusion d'accords de partage avec des Etats étrangers et le partage national des avoirs. Une telle procédure de partage international entre la Suisse et un Etat étranger fait partie de la procédure d'entraide judiciaire, raison pour laquelle elle relève de l'exception prévu à l'art. 3 al. 1 lit. a ch. 3 LTrans. Ainsi, la LTrans ne s'applique pas. Les droits d'inspection sont plutôt régis par la Loi sur l'entraide en matière criminelle (EIMP)<sup>3</sup>. Conformément à l'art. 80b IMAC [sic] applicable et à la jurisprudence y afférente, la seule personne habilitée à consulter les dossiers est celle qui a le droit de déposer une plainte en vertu de l'art. 80h lit. b IMAC [sic]."
4. Le 11 mai 2021, la demanderesse, par l'intermédiaire de son représentant, a indiqué à l'OFJ qu'à son avis l'entraide judiciaire en matière pénale comprend toutes les mesures prises par un Etat sur demande d'un autre Etat en vue de soutenir la poursuite et la répression d'infractions pénales dans l'Etat requérant et qu'en l'espèce il s'agit de convenir des modalités de partage d'avoirs suite à un jugement rendu en Suisse, ce qui implique que l'EIMP n'est pas applicable. En outre, elle a signalé que même si la négociation de l'accord devait relever de la procédure d'entraide judiciaire, une fois l'accord conclu, la procédure est close et le résultat de la négociation doit être accessible. A son avis, le Sharing-Agreement ayant été conclu, l'accès à cet accord doit être autorisé.
5. Par courriel du 20 mai 2021 adressé au représentant de la demanderesse, l'OFJ a précisé que l'art. 3 al. 1 lit. a ch. 3 LTrans ne se limitait pas à l'EIMP mais englobait toutes les procédures d'entraide internationale en matière pénale et que la procédure de sharing en faisant partie, elle n'était donc pas soumise à la LTrans. L'autorité a également ajouté que même si la LTrans devait être applicable, l'accès ne pourrait être accordé en application de l'art. 8 al. 4 LTrans car les négociations en lien avec le dossier actuel n'étaient pas encore conclues.
6. Le 21 mai 2021 en réponse au courriel de l'OFJ, le représentant de la demanderesse a argumenté que selon les indications qu'il avait reçu du DFAE, les négociations étaient closes et l'accord conclu, il ne serait donc pas question d'un document contenant une prise de position au sens de l'art. 8 al. 4 LTrans. Il a aussi souligné qu'il ressort "de la volonté du législateur fédéral que les accords internationaux de partages des valeurs confisquées par la Suisse, soit une étape postérieure à la clôture de la procédure pénale et distincte de cette dernière, doivent être soumis à la LTrans. On ne voit d'ailleurs pour quelles raisons de tels accords internationaux fixant les modalités de la restitution de valeurs patrimoniales d'origine illicite devraient être soumis au secret." Finalement, le représentant a requis de l'OFJ qu'il lui communique par écrit les motifs de refus.
7. Par courrier du 7 juin 2021, l'OFJ a répondu au représentant de la demanderesse et lui a indiqué qu'il existe deux accords différents, à savoir le Sharing-Agreement (négocié par l'OFJ) et le Memorandum of Understanding (négocié par le DFAE), et qu'ils ne reposaient pas sur les mêmes bases légales. D'après l'autorité, "l'accord de partage de l'OFJ est basé sur la loi fédérale sur le partage des valeurs patrimoniales confisquées (LVPC)<sup>4</sup> et non sur la loi fédérale sur le blocage et la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées à l'étranger (LVP)<sup>5</sup>. En outre, les fonds sur lesquels reposaient les deux accords n'ont pas été gelés sur la base de la LVP, mais sur la base du Code pénal suisse

---

<sup>3</sup> Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (Loi sur l'entraide pénale internationale, EIMP; RS 351.1).

<sup>4</sup> Loi fédérale sur le partage des valeurs patrimoniales confisquées (LVPC; RS 312.4).

<sup>5</sup> Loi fédérale sur le blocage et la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées à l'étranger (Loi sur les valeurs patrimoniales d'origine illicite, LVP; RS 196.1).



(CP)<sup>6</sup>, sur la base duquel ils ont finalement été confisqués avec effet juridique. Par conséquent, vos commentaires sur la LVP et la LTrans ne sont pas satisfaisants." L'autorité a poursuivi en constatant qu'une procédure de partage international entre la Suisse et un Etat étranger fait partie de la procédure d'entraide judiciaire et qu'elle relève donc de l'exception prévue à l'art. 3 al. 1 let. a ch. 3 LTrans qui n'englobe, selon elle, pas uniquement l'EIMP mais toutes les procédures d'entraide internationale en matière pénale. L'OFJ a conclu sa prise de position en précisant que "même si la LTrans devait être applicable, elle ne donnerait pas de droit d'accès au document en question. Conformément à l'art. 8 al. 4 de la LTrans, les documents officiels concernant les diverses positions dans les négociations en cours et futures ne sont en aucun cas accessibles. Les négociations dans cette affaire n'ont pas encore été conclues. Par conséquent, nous ne pouvons pas vous accorder le droit d'accès au document en question."

8. Par courrier daté du 16 juin 2021, la demanderesse, par l'intermédiaire de son représentant, a déposé une demande en médiation auprès du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (Préposé). Le représentant de la demanderesse a motivé la demande en soulignant que sa mandante ne cherchait pas à obtenir des documents de négociations au sens de l'art. 8 al. 4 LTrans, seul était visé par sa requête l'accord de partage entre les autorités suisses et les autorités ouzbèkes. Le représentant a ajouté que le point central de désaccord avec l'OFJ portait sur l'application de l'art. 3 al. 1 let. a ch. 3 LTrans. Il a notamment précisé dans la demande en médiation qu'en matière d'entraide pénale internationale l'EIMP trouvait application et que celle-ci prévoyait à l'art. 74a EIMP que, sur requête d'un Etat étranger, la Suisse pouvait lui remettre des valeurs afin qu'il les confisque. Le représentant a souligné que cette procédure d'entraide étaient à distinguer d'une confiscation prononcée par une autorité suisse sur la base d'une compétence suisse, à savoir sur la base des art. 71 CP, 72 CP ou 25 LStup<sup>7</sup>, soit subsidiairement sur la base des art. 15 à 16 LVP car dans une telle configuration, cela ne serait pas l'EIMP qui trouverait application mais la LVPC ou la LVP. D'après lui, "ce dualisme a des conséquences importantes, car la LVPC ne donne expressément aucun droit à un Etat étranger de percevoir une partie des valeurs confisquées en Suisse (art. 11 al. 3 LVPC); la restitution d'avoirs confisqués sis en Suisse dépend donc du seul bon vouloir de la Suisse, la majorité des accords de partage étant d'ailleurs conclus avec des Etats de l'OCDE. [...] Ces procédures de partage des avoirs entre Etats ne font pas partie d'une procédure d'entraide administrative ou judiciaire. Elles sont par ailleurs totalement indépendantes des procédures pénales ou administratives les ayant précédées et qui ont résulté dans la confiscation des valeurs en cause. L'argent pourrait ainsi tout aussi bien ne pas être partagé, mais être versé au budget général." Le représentant de la demanderesse a également signalé qu'il ressort du message du Conseil fédéral relatif à la loi sur les valeurs patrimoniales d'origine illicite que la LTrans est applicable aux accords de partage<sup>8</sup>. Il est également mentionné dans la demande en médiation qu'il est surprenant que l'OFJ invoque l'art. 3 al. 1 let. a ch. 3 LTrans pour refuser l'accès alors que l'accord-cadre de 2020 a été publié par le DFAE sur internet. Finalement, le représentant de la demanderesse a mentionné que l'OFJ ne saurait invoquer l'un des motifs de restriction listés à l'art. 7 LTrans car il existe "un intérêt indubitable à ce que le public, et en particulier la société civile ouzbèke, puisse avoir accès à l'entier du contenu d'un accord ayant pour objectif la restitution à ladite société civile par la Suisse de fond mal acquis [...]."

<sup>6</sup> Code pénal suisse (CP; RS 311.0).

<sup>7</sup> Loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes (Loi sur les stupéfiants, LStup; RS 812.121).

<sup>8</sup> Message relatif à la loi sur les valeurs patrimoniales d'origine illicite du 21 mai 2014, FF 2014 5121, FF 2014 5186.



9. Par courrier du 21 juin 2021, le Préposé a accusé réception de la demande en médiation et, le même jour, a informé l'OFJ du dépôt de celle-ci et lui a imparti un délai au 1<sup>er</sup> juillet 2021 pour lui transmettre les documents concernés ainsi qu'une prise de position complémentaire.
10. En date du 1<sup>er</sup> juillet 2021, l'OFJ a remis au Préposé les documents concernés et a renoncé à rendre une prise de position complémentaire.
11. Suite à des reports dus à divers empêchements des participants, une séance de médiation a finalement eu lieu le 19 août 2021, mais celle-ci n'a toutefois pas permis aux parties de trouver un accord.
12. Les allégations de la demanderesse, de son représentant et de l'OFJ ainsi que les documents déposés sont pris en compte, dans la mesure où cela s'avère nécessaire, dans les considérants ci-après.

## **II. Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence considère ce qui suit :**

### **A. Considérants formels : Médiation et recommandation selon l'art. 14 LTrans**

13. La demanderesse, par l'intermédiaire de son représentant, a déposé une demande d'accès au sens de l'art. 10 LTrans auprès de l'OFJ et a reçu une réponse négative. Etant partie à la procédure préliminaire de demande d'accès, elle est légitimée à déposer une demande en médiation (art. 13 al. 1 let. a LTrans). Celle-ci a été remise selon la forme prescrite (forme écrite simple) et dans le délai légal (20 jours à compter de la réception de la prise de position de l'autorité) au Préposé (art. 13 al. 2 LTrans).
14. La procédure de médiation peut se dérouler par écrit ou par oral (en présence de tous les intéressés ou de certains d'entre eux), sous l'égide du Préposé. C'est à lui qu'il incombe de fixer les modalités.<sup>9</sup> Si la médiation n'aboutit pas ou si aucune solution consensuelle n'est envisageable, le Préposé est tenu par l'art. 14 LTrans de formuler une recommandation fondée sur son appréciation du cas d'espèce.

### **B. Considérants matériels**

15. Selon l'art. 12 al. 1 de l'ordonnance sur le principe de la transparence dans l'administration (Ordonnance sur la transparence, OTrans, RS 152.31), le Préposé examine la licéité et l'adéquation de l'appréciation de la demande d'accès par l'autorité. Il peut ainsi vérifier dans le cadre de la procédure de médiation si la demande d'accès a été traitée conformément à la loi par l'autorité.<sup>10</sup>
16. Dans son argumentaire, l'OFJ relève que le Sharing-Agreement a été conclu sur la base de la LVPC puisque les fonds concernés par l'accord ont été gelés sur la base du Code pénal. L'autorité note en outre que la validité du Sharing-Agreement est dépendante de la conclusion du Restitution-Agreement, dont les négociations ne sont, à ce jour, pas closes. Pour ces motifs, l'OFJ dit ne pas pouvoir remettre à la demanderesse le document demandé car il appartient à une procédure de partage international pendante entre la Suisse et un Etat étranger. Cette

<sup>9</sup> Message relatif à la loi fédérale sur la transparence dans l'administration (Loi sur la transparence, LTrans) du 12 février 2003, FF 2003 1807 (cité : FF 2003), FF 2003 1865.

<sup>10</sup> GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader (Eds.), Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Berne 2008 (cité: Handkommentar zum BGÖ), n° 8 ad art. 13.



dernière étant une procédure d'entraide judiciaire, elle relève donc de l'exception prévue à l'art. 3 al. 1 let. a ch. 3 LTrans qui n'englobe, d'après l'OFJ, pas uniquement l'EIMP mais toutes les procédures d'entraide internationale en matière pénale.

17. La demanderesse, par l'intermédiaire de son représentant, soulève que les "procédures de partage des avoirs entre Etats ne font pas partie d'une entraide administrative ou judiciaire" et qu'elles "sont par ailleurs totalement indépendantes des procédures pénales ou administratives les ayant précédées et qui ont résulté dans la confiscation des valeurs en cause." Elle ajoute également qu'il existe un intérêt manifeste de la population à connaître le contenu d'un tel accord, que la transparence, au regard du message relatif à la LVP, semble s'appliquer aux accords de partage et qu'il est "surprenant que l'OFJ invoque l'art. 3 al. 1 let. a ch. 3 LTrans pour s'opposer à l'accès à un accord de partage entre Etats visant à la restitution de fonds mal acquis à la société civile ouzbèke dans le cadre défini par l'accord-cadre de 2020 entre la Suisse et l'Ouzbékistan qui lui a été publié par le DFAE sur internet, communiqué de presse à l'appui."
18. Il convient d'examiner si le document demandé entre dans le champ d'application matérielle de la loi sur la transparence ou s'il relève, comme le soutient l'OFJ, d'une procédure d'entraide judiciaire ou administrative internationale et en est, de ce fait, exclu en application de l'art. 3 al. 1 let. a ch. 3 LTrans.
19. L'article 3 LTrans règle le champ d'application matérielle de la loi au moyen d'une liste négative. L'art. 3 al. 1 let. a LTrans exclu l'accès aux documents officiels d'un certain nombre de procédure car, l'accès aux documents contenus dans ces procédures est réglé dans les lois de procédure qui sont applicables et demeurent réservées.<sup>11</sup> Afin d'éviter une collision de normes, il est ainsi impossible de recourir à la loi sur la transparence dans le but d'éluder les règles spéciales concernant l'accès aux documents relevant des procédures topiques.<sup>12</sup> Il convient de préciser que d'après la doctrine et la pratique du Préposé, seuls les documents relatifs à des procédures pendantes sont exclus du champ d'application matériel de la loi sur la transparence.<sup>13</sup> En outre, tous les documents en lien avec une procédure pendante ne sont pas exclus d'office, ils doivent faire partie intégrante du dossier de la procédure et entretenir un lien étroit avec l'objet du litige ou avoir une relation directe avec la décision attaquée.<sup>14</sup>

L'art. 3 al. 1 let. a ch. 3 LTrans prévoit que la loi sur la transparence ne s'applique pas aux documents relevant d'une procédure d'entraide judiciaire et administrative internationale. Les termes d'entraide ou d'assistance ne sont définis ni dans la loi sur la transparence, ni utilisés uniformément dans la pratique. D'après la doctrine, il suffit qu'une autorité d'un autre Etat soit impliquée pour pouvoir parler d'assistance internationale.<sup>15</sup> Concernant l'entraide internationale en matière pénale, l'EIMP — qui règle, à moins que d'autres lois ou accords internationaux n'en disposent autrement toutes les procédures relatives à la coopération internationale en matière pénale — liste les actes relevant de l'entraide internationale aux art. 1<sup>16</sup> et 63 EIMP.

---

<sup>11</sup> FF 2003 1832.

<sup>12</sup> TAF, arrêt A-8073/2015 du 13 juillet 2016, consid. 5.2.1 ; TAF, arrêt A-4186/2015 du 28 janvier 2016, consid. 7.3.1 ; cf. ég. Recommandation du PFPDT du 22 décembre 2016 : BAG/Akten Preisprüfung, ch. 16.

<sup>13</sup> SCHWEIZER/WIDMER, Handkommentar zum BGÖ, Art. 3, ch. 12; AMMANN/LANG, in: Passadelis/Rosenthal/Thür [édit.], Datenschutzrecht, Bâle 2015, ch. 25.22; Recommandation du PFPDT du 18 décembre 2012: BAZL/Verwaltungsstrafverfahren, ch. 18.

<sup>14</sup> TF, arrêt 1C\_367/2020 du 12 janvier 2021, consid. 3.4; Recommandation du PFPDT du 2 décembre 2019: OFAC/ Documents relatifs à l'intervention de la conseillère fédérale Simonetta Sommaruga dans le cadre de la motion CTT-CN 19.3531, ch. 15.

<sup>15</sup> SCHWEIZER/WIDMER, Handkommentar BGÖ, Art. 3, ch. 25.

<sup>16</sup> STAMM-PFISTER, in: Maurer/Lambrou/Blechta (édits.), Basler Kommentar zum Öffentlichkeitsgesetz (cité BSK BGÖ), 3ème éditions, Bâle 2014, ch. 15.



L'art. 63 al. 2 EIMP porte sur les "autres actes d'entraide" et indique qu'en font notamment partie a) la notification de documents, b) la recherche de moyens de preuve, en particulier la perquisition, la fouille, la saisie, l'ordre de production, l'expertise, l'audition et la confrontation de personnes; c) la remise de dossiers et de documents et d) la remise d'objets ou de valeurs en vue de confiscation ou de restitution à l'ayant droit. La doctrine souligne qu'en plus des actes listés dans l'EIMP, les autres formes de collaboration en matière pénale relèvent également de l'entraide internationale en matière pénale.<sup>17</sup>

20. La LVPC régit en cas d'entraide internationale en matière pénale, le partage entre la Suisse et les Etats étrangers, des valeurs patrimoniales qui sont confisquées en vertu du droit suisse ou qui font l'objet d'une mesure de confiscation ou d'une mesure analogue en vertu du droit étranger. Dans le cadre du *partage international actif*, les autorités suisses confisquent, en coopération avec un Etat étranger, des avoirs illicites dans une procédure pénale menée par elles-mêmes sur la base du droit suisse. Elles remettent ensuite une partie de ces avoirs à l'Etat étranger qui les a aidées dans la procédure. Pour se faire la Confédération peut conclure un accord sur le partage des valeurs patrimoniales confisquées (art. 11 LVPC). L'OFJ est l'autorité suisse compétente pour mener les négociations en vue de conclure un accord de partage.<sup>18</sup> L'accord de partage fixe les modalités du partage et la clé de répartition. Les valeurs patrimoniales faisant l'objet de cet accord et se trouvant en Suisse, sont ensuite remises à l'office, qui transfère à l'Etat étranger la part lui revenant.
21. En l'espèce, le Préposé constate que l'OFJ et l'Ouzbékistan ont conclu un Sharing-Agreement ayant pour bases légales les art. 11 à 14 LVPC. Il relève également que le Sharing-Agreement ne représente qu'une des deux étapes dans le processus de partage et que sa validité est conditionné à la conclusion d'un second accord (Restitution-Agreement) qui règlera les modalités de la restitution<sup>19</sup>. D'après les informations en possession du Préposé, la conclusion du second accord n'a jusqu'à présent pas eu lieu, la procédure et les négociations sont partant toujours ouvertes.
22. De l'avis du Préposé, afin de mener à bien la conclusion des accords susmentionnés ainsi que la restitution des avoirs confisqués, une coopération avec l'Etat étranger paraît nécessaire. Par ailleurs, les normes de l'EIMP relatives à la restitution de valeurs (art. 63 al. 2 let. d et 74a EIMP) sont clairement définies comme étant de l'entraide internationale. Les documents officiels élaborés dans le cadre de ces entraides et ayant un lien direct et étroit avec celles-ci, sont de ce fait exclus du champ d'application matérielle de la LTrans. Il semble probable qu'il en soit de même pour les documents officiels résultant de la procédure de partage international au sens du chapitre 3 de la LVPC. Le Préposé rejoint donc l'avis de l'OFJ qui a rendu vraisemblable que l'exception prévue à l'art. 3 al. 1 let. a ch. 3 LTrans n'englobe pas uniquement l'EIMP mais toutes les procédures d'entraide internationale en matière pénale.
23. *Le Préposé arrive à la conclusion que la motivation de l'OFJ peut être suivie. Le Sharing-Agreement étant un document officiel faisant partie d'une procédure pendante d'entraide internationale en matière pénale (art. 3 al. 1 let. a ch. 3 LTrans), il n'entre, pour l'instant, pas dans le champ d'application matérielle de la loi sur la transparence.*
24. La loi sur la transparence n'étant pas applicable au document officiel demandé, l'application d'autres dispositions de la loi sur la transparence est exclue. L'examen des autres arguments amenés par le représentant de la demanderesse ou par l'OFJ n'est ainsi pas nécessaire.

<sup>17</sup> SCHWEIZER/WIDMER, Handkommentar BGÖ, Art. 3, ch. 27.

<sup>18</sup> OFJ, Partage des valeurs patrimoniales confisquées (sharing), p. 2.

<sup>19</sup> Memorandum of Understanding, p. 3.



**III. Se fondant sur les considérants susmentionnés, le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence recommande ce qui suit :**

25. L'OFJ maintient, en application de l'art. 3 al. 1 let. a ch. 3 LTrans, son refus d'accorder l'accès au document demandé .
26. Dans les dix jours à compter de la réception de la recommandation, la demanderesse peut requérir que l'OFJ rende une décision selon l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA; RS 172.021) si elle n'est pas d'accord avec la recommandation (art. 15 al. 1 LTrans).
27. L'OFJ rend une décision selon l'art. 5 PA s'il n'est pas d'accord avec la présente recommandation (art. 15 al. 2 LTrans).
28. L'OFJ rend la décision dans les 20 jours à compter de la réception de la recommandation ou de la requête de décision (art. 15 al. 3 LTrans).
29. La présente recommandation est publiée. Afin de protéger les données relatives aux participants à la procédure de médiation, le nom de la demanderesse et de son représentant sont anonymisés (art. 13 al. 3 OTrans).
30. La recommandation est notifiée à :
  - Recommandé (R) avec avis de réception  
X
  - Recommandé (R) avec avis de réception  
Office fédéral de la justice  
Bundesrain 20  
3003 Berne

Reto Ammann  
Chef Domaine de direction  
Principe de la transparence

Mélissa Beutler  
Juriste Domaine de direction  
Principe de la transparence