

LE SECRET BANCAIRE ET L'USAGE PAR LES AUTORITÉS ÉTRANGÈRES D'INFORMATIONS VOLÉES

1. Préambule

Ce que recouvre la notion de secret bancaire en Suisse

2. La situation juridique d'après le droit suisse

2.1. Quel comportement est punissable ?

Art. 47 al. 1 Loi sur les banques (LB)

Art. 143 al. 1 Code pénal : Soustraction de données

Art. 162 Code pénal : Violation du secret de fabrication ou du secret commercial

Art. 271 para. 1 Code pénal : Actes exécutés sans droit pour un Etat étranger

Art. 273 Code pénal : Service de renseignements économiques

2.2. Conséquences de l'illicéité de l'obtention des informations sur leur exploitabilité par les autorités fiscales suisses

Règles sur l'exploitabilité des preuves illicites en procédure pénale (arts 140 et 141 Code de procédure pénale) : application par analogie ?

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral : arrêt 2C_514/2007 du 2 Octobre 2007 (« Liechtenstein »).

Selon les autorités politiques suisses : voir réponses du Conseil fédéral aux motions parlementaires 12.3137 et 12.3302.

2.3. Qu'en est-il à l'étranger ?

3. La problématique de la coopération internationale du point de vue Suisse

3.1. Règles applicables par la Suisse

Art. 5 Ordonnance du 1er septembre 2010 relative à l'assistance administrative d'après les conventions contre les doubles impositions (OACDI)

Loi sur l'assistance administrative fiscale (pas encore en vigueur)

Circulaire de l'Office fédéral de la justice du 4 octobre 2010 « Vol de données bancaires et entraide judiciaire »

Réponse du Conseil fédéral à la motion parlementaire 12.3302

4. Réflexion sur la collision de différentes règles morales

4.1 L'obligation de payer les impôts

4.2 La bonne foi dans les rapports entre le citoyen et l'administration

4.3 La bonne foi dans les rapports interétatiques

5. Conclusion

ANNEXE – EXTRAITS DES TEXTES PERTINENTS

Les extraits suivants sont présentés dans l'ordre dans lequel ils seront abordés.

Ad 2.1 (Quel comportement est punissable ?)

Art. 47 al. 1 Loi sur les banques (LB)

¹ Est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire celui qui, intentionnellement:

- a. en sa qualité d'organe, d'employé, de mandataire ou de liquidateur d'une banque, ou encore d'organe ou d'employé d'une société d'audit, révèle un secret à lui confié ou dont il a eu connaissance en raison de sa charge ou de son emploi;
- b. incite autrui à violer le secret professionnel.

Art. 143 al. 1 Code pénal : Soustraction de données

¹ Celui qui, dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime, aura soustrait, pour lui-même ou pour un tiers, des données enregistrées ou transmises électroniquement ou selon un mode similaire, qui ne lui étaient pas destinées et qui étaient spécialement protégées contre tout accès indu de sa part, sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Art. 162 Code pénal : Violation du secret de fabrication ou du secret commercial

Celui qui aura révélé un secret de fabrication ou un secret commercial qu'il était tenu de garder en vertu d'une obligation légale ou contractuelle, celui qui aura utilisé cette révélation à son profit ou à celui d'un tiers, sera, sur plainte, puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Art. 271 para. 1 Code pénal : Actes exécutés sans droit pour un Etat étranger

1. 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 de 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.

Art. 273 Code pénal : Service de renseignements économiques

Celui qui aura cherché à découvrir un secret de fabrication ou d'affaires pour le rendre accessible à un organisme officiel ou privé étranger, ou à une entreprise privée étrangère, ou à leurs agents, celui qui aura rendu accessible un secret de fabrication ou d'affaires à un organisme officiel ou privé étranger, ou à une entreprise privée étrangère, ou à leurs agents, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire ou, dans les cas graves, d'une peine privative de liberté d'un an au moins. En cas de peine privative de liberté, une peine pécuniaire peut également être prononcée.

Ad 2.2 : (Conséquences de l'illicéité de l'obtention des informations sur leur exploitabilité par les autorités fiscales suisses)

Arts 140 et 141 Code de procédure pénale (CPP)

Art. 140 Méthodes d'administration des preuves interdites

¹ Les moyens de contrainte, le recours à la force, les menaces, les promesses, la tromperie et les moyens susceptibles de restreindre les facultés intellectuelles ou le libre arbitre sont interdits dans l'administration des preuves.

² Ces méthodes sont interdites même si la personne concernée a consenti à leur mise en oeuvre.

Art. 141 Exploitation des moyens de preuves obtenus illégalement

¹ Les preuves administrées en violation de l'art. 140 ne sont en aucun cas exploitables. Il en va de même lorsque le présent code dispose qu'une preuve n'est pas exploitable.

² Les preuves qui ont été administrées d'une manière illicite ou en violation de règles de validité par les autorités pénales ne sont pas exploitables, à moins que leur exploitation soit indispensable pour élucider des infractions graves.

³ Les preuves qui ont été administrées en violation de prescriptions d'ordre sont exploitables.

⁴ Si un moyen de preuve est recueilli grâce à une preuve non exploitable au sens de l'al. 2, il n'est pas exploitable lorsqu'il n'aurait pas pu être recueilli sans l'administration de la première preuve.

⁵ Les pièces relatives aux moyens de preuves non exploitables doivent être retirées du dossier pénal, conservées à part jusqu'à la clôture définitive de la procédure, puis détruites.

Jurisprudence du Tribunal fédéral : arrêt 2C_514/2007 du 2 Octobre 2007 (« Liechtenstein »)

Arrêt non publié aux ATF, disponible sur internet (en langue originale allemande) :
http://www.polyreg.ch/d/informationen/bgeunpubliziert/Jahr_2007/Entscheide_2C_2007/2C.514__2007.html

Commenté notamment par :

D. HOLENSTEIN, 'Dürfen im Ausland illegal erworbene Beweismittel in schweizerischen Nachsteuer-, Strafverfahren und in Rechtshilfeverfahren verwendet werden?', StR 63/2008 p. 316

R. WYSS, 'Illegal beschaffte Daten – eine Grundlage für Internationale Amts- und Strafrechtshilfe in Fiskalsachen?' AJP 2011 p. 731

G. STRATENWERTH / W. WOHLERS, 'Schwarzgeld – Strafbarkeitsrisiken für die Mitarbeiter schweizerischer Banken', ZStrR 128/2010 p. 429

Réponses du Conseil fédéral aux motions parlementaires 12.3137 et 12.3302 (extraits)

12.3137 : « Le Conseil fédéral admet une lacune dans les sanctions pénales réprimant l'utilisation intentionnelle de données acquises de manière illicite dans le domaine des marchés financiers et se montre favorable à une adaptation des lois sur les marchés financiers. »

Disponible sur internet :

http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20123137

12.3302 : « Dans le droit national, aucune règle explicite n'existe qui interdirait aux autorités fiscales suisses d'utiliser des données à leur disposition qui ont été initialement obtenues illégalement par des tiers; le code de procédure pénale (RS 312.0) règle uniquement la question de l'exploitation de preuves obtenues illégalement par les autorités (cf. art. 141 CPP). Il n'est pas exclu que la jurisprudence applique ces règles par analogie aux moyens de preuve qui ont été obtenus illégalement par des personnes privées. Par conséquent, les preuves que l'Etat n'aurait pas pu se procurer lui-même légalement ou dont l'utilisation est contraire au principe de la bonne foi (art. 3 al. 2 let. a CPP) ne sont pas utilisées par les autorités fiscales dans les procédures de taxation et de répression de la soustraction. »

Disponible sur internet :

http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20123302

Ad 3.1 (Règles applicables par la Suisse en matière de coopération internationale)

Art. 5 Ordonnance du 1er septembre 2010 relative à l'assistance administrative d'après les conventions contre les doubles impositions (OACDI)

² La demande [d'assistance administrative en matière fiscale] est rejetée si:

- a. elle n'est pas compatible avec les valeurs fondamentales du droit suisse (ordre public) ou va à l'encontre des intérêts essentiels de la Suisse;
- b. elle ne respecte pas le principe de la bonne foi; ou si
- c. elle est fondée sur des renseignements qui ont été obtenus ou transmis par des actes punissables selon le droit suisse.

Message du Conseil fédéral du 6 juillet 2011 relatif à la nouvelle Loi sur l'assistance administrative fiscale (pas encore en vigueur)

« L'AFC n'entre pas en matière lorsque la demande viole le principe de la bonne foi, notamment si elle se fonde sur des renseignements obtenus par des actes punissables au regard du droit suisse. C'est par exemple le cas de données bancaires obtenues illégalement, puis remises ou vendues à un Etat. »

Disponible sur internet : <http://www.admin.ch/ch/ff/2011/5771.pdf>

Circulaire de l'Office fédéral de la justice du 4 octobre 2010 « Vol de données bancaires et entraide judiciaire »

« (...) le vol de données bancaires, a fait l'objet de plusieurs affaires retentissantes dans notre pays et au Liechtenstein. Ces données ont ensuite circulé dans plusieurs pays étrangers. Certains de ces Etats les ont même achetées aux auteurs des vols commis en Suisse. A l'avenir, il est donc possible que des demandes d'entraides soient adressées à la Suisse dans le cadre de procédures pénales étrangères fondées sur ces données volées.

En qualité d'autorité de surveillance en matière d'entraide judiciaire, nous estimons que ces demandes doivent être rejetées comme contraire au principe de la bonne-foi entre Etats, un élément de l'ordre public international.

Le respect de cette règle est un élément central du principe de la confiance entre Etats, qui permet à l'Etat requis de tenir pour vrais et licites les faits et éléments qui sont à la base d'une demande d'entraide, sauf abus manifeste. Un Etat ne saurait en effet présenter de bonne-foi une demande d'entraide basée sur des données acquises de manière illicite, que ce soit en Suisse ou dans un pays tiers. »



Disponible sur internet :

<http://www.rhf.admin.ch/etc/medialib/data/rhf/recht.Par.0019.File.tmp/kreisschreiben-datendiebstahl-f.pdf>

Réponse du Conseil fédéral à la motion parlementaire 12.3302 (extrait)

« 3. Depuis le printemps 2010, la Suisse avise ses partenaires, dans le cadre des négociations sur les conventions contre la double imposition, qu'elle n'accorde aucun échange d'informations si les demandes correspondantes reposent sur des données acquises illégalement. En outre, l'AFC exige, en cas de demande d'assistance administrative, une confirmation de l'Etat étranger que la demande ne repose pas sur des données obtenues ou transmises en violation du droit pénal suisse.

4. Le refus d'assistance administrative dans les questions fiscales reposant sur des données acquises illégalement ne correspond en principe pas à la position qui prédomine au sein de la communauté internationale. Malgré cela, la Suisse peut défendre son propre point de vue, à savoir qu'elle n'assure aucune assistance administrative en réponse à des demandes s'appuyant sur des données acquises illégalement. »

Disponible sur internet :

http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20123302