Entraide internationale en matière pénale et secret bancaire suisse

Carlo Lombardini
Avocat au barreau de Genève
Poncet, Turrettini, Amaudruz, Neyroud & Associés

Le droit suisse de l'entraide internationale en matière pénale a connu un profond développement dans les dernières années pour deux motifs :

• la modification de la loi sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP), entrée en vigueur le 1er février 1997 ;
• les très nombreuses commissions rogatoires en matière pénale reçues par la Suisse des autorités judiciaires étrangères, principalement françaises et italiennes, dans le cadre des enquêtes anti-corruption qu'elles menaient.

Nous nous concentrerons sur les commissions rogatoires en matière pénale qui doivent permettre au juge pénal étranger d'acquérir la documentation relative à un compte en banque en Suisse (documents d'ouverture, relevés, avis d'exécution de transactions) en essayant de souligner certaines questions qui peuvent intéresser les opérateurs économiques étrangers (1).

Nous rappellerons que :

• les textes de droit suisse applicables sont principalement la loi sur l'entraide internationale en matière pénale (ci-après EIMP) et son ordonnance d'application (2) ; l'EIMP réglemente toutes les formes de coopération internationale en matière pénale, y compris l'extradition ;
• une banque en Suisse doit toujours connaître l'identité de son cocontractant et du bénéficiaire économique des avoirs qui sont déposés en ses livres (3). Si, dans le cadre de l'exécution d'une commission rogatoire, la magistrature suisse découvre qu'une banque n'a pas les informations qui lui permettent de satisfaire aux obligations qui lui sont imposées en la matière, la banque court le risque d'être sanctionnée tant par l'autorité de surveillance que par le juge pénal (4).

I Les principes fondamentaux

La Suisse octroie l'entraide en matière pénale en appliquant les principes de la procédure administrative.

Dès lors :

• la décision d'octroyer ou non l'entraide appartient à la Suisse (5). L'État requérant ne participe pas à la procédure interne suisse (6) ;
• il n'est pas possible de s'opposer à la requête d'entraide étrangère en utilisant des arguments relatifs au fondement de l'enquête étrangère ou à l'innocence des personnes qui y sont poursuivies ;
• les personnes physiques ou morales touchées par l'exécution d'une requête d'entraide (7) bénéficient de divers droits dans la procédure. D'autres pays, contrairement à la Suisse, ne donnent dans certains cas aucune suite à des requêtes d'entraide étrangères, mais lorsqu'ils décident de les exécuter, ceux qui sont visés par la requête d'entraide ne sont avertis ni de son arrivée, ni de son contenu ou de son exécution ;
• les informations reçues de la Suisse ne peuvent, en vertu du principe de la spécialité (8), être utilisées directement ou indirectement pour poursuivre des infractions politiques, fiscales (9) ou douanières, ou des infractions pénales qui ne permettraient pas d'obtenir l'entraide de la Suisse. Les autorités suisses présument que l'État étranger respecte le principe de la spécialité même si en vertu de ses règles de droit interne le juge étranger est obligé de dénoncer à ses autorités fiscales d'éventuelles infractions fiscales qu'il a découvert lors de ses enquêtes (10). Le principe de la spécialité n'empêche pas que la documentation bancaire recueillie lors de l'exécution d'une commission rogatoire soit utilisée dans le cadre d'une autre procédure pénale (pour autant qu'elle ait pour objet des infractions pénales qui permettent d'obtenir l'entraide pénale des autorités suisses) ou qu'elle soit utilisée dans une procédure civile (11).

Justement, compte tenu du fait que les commissions rogatoires étrangères doivent être exécutées selon certains principes, une requête formelle doit toujours être présentée par les autorités pénales étrangères (12). La requête étrangère doit : contenir les faits pertinents et les dispositions légales applicables ; expliquer pour quels motifs l'entraide est sollicitée ; requérir des actes d'entraide proportionnés par rapport à l'enquête en cours.

L'entraide ne doit pas avoir pour but de découvrir des infractions (*fishing expedition*) que l'autorité requérante ne connaît pas. Elle doit permettre de prouver l'existence d'infractions plus ou moins identifiées. Dans les dernières années, la jurisprudence a réduit les exigences en matière de motivation d'une requête étrangère (13).

L'indication par l'autorité étrangère des dispositions légales applicables doit permettre de s'assurer que le principe de la double incrimination soit respecté (14), c'est-à-dire que les infractions poursuivies à l'étranger soient également des infractions en droit suisse. En pratique, le principe de la double incrimination a beaucoup perdu de son importance. Il n'est en effet pas nécessaire que l'infraction poursuivie à l'étranger soit identique à celle contenue dans le code pénal suisse, ni même que les normes pénales violées protègent des intérêts identiques.

En théorie, l'autorité étrangère doit recevoir uniquement ce dont elle a besoin pour son enquête et elle ne doit pas recevoir plus d'informations que celles qu'elle a demandées (15). Dans la règle, l'autorité étrangère formule des requêtes très vastes sans poser de limites temporelles et effectivement, elle est libre de décider de quelles informations elle a besoin. En revanche, dans quelques rares cas, les informations requises par l'autorité étrangère sont manifestement insuffisantes (16).

Le principe de la proportionnalité n'est pas d'une application aisée et il est difficile de s'en prévaloir uniquement en affirmant péremptoirement dans le cadre d'un recours qu'il a été violé. Il est préférable, pour essayer d'obtenir le respect de ce principe, d'entamer rapidement un dialogue avec le magistrat requis de l'exécution de la commission rogatoire, et négocier une renonciation au droit de recours moyennant une exécution limitée.

En dernier lieu, la procédure dans l'État requérant ne doit pas présenter de défauts graves et doit respecter les principes de la Convention européenne des Droits de l'homme (art. 2 EIMP). Le simple fait que la requête étrangère trouve son origine dans le cadre d'une procédure ayant des origines politiques et des répercussions médiatiques ou que des informations obtenues lors de l'exécution d'une commission rogatoire soient révélées par la presse étrangère en violation du secret de l'instruction, ne permet pas de conclure à l'absence de garanties suffisantes.

L'appréciation que la Suisse peut être amenée à effectuer de la procédure dans l'État requérant peut poser des problèmes délicats lorsqu'il s'agit d'apprécier, parfois avec un oeil critique, des systèmes juridiques connaissant des principes et une réalité fondamentalement différents des nôtres (par exemple, quand des pays du Tiers Monde requièrent des informations relatives aux comptes en banque de leurs ex-gouvernants) (17).

II La procédure

En théorie, la commission rogatoire doit être adressée à l'Office fédéral de la police qui dépend du Département fédéral de justice et police et qui en examine l'admissibilité prima facie (18). En pratique, les autorités judiciaires correspondent souvent directement (19).

Si, en principe, la commission rogatoire est exécutée par l'autorité cantonale, l'Office fédéral de la police peut charger de l'exécution l'autorité suisse qui serait compétente si les faits décrits dans la commission rogatoire s'étaient déroulés dans un contexte purement interne. Certaines conséquences pratiques importantes peuvent découler du choix de l'autorité chargée de l'exécution (20).

L'autorité chargée d'exécuter la commission rogatoire rend lorsqu'elle la reçoit une décision dite d'entrée en matière après avoir examiné si la commission rogatoire satisfait aux principes posés par la loi. Elle notifie sa décision à la banque où se trouve la documentation qui doit être acquise. Après avoir reçu la documentation bancaire, le juge suisse examine si elle est pertinente pour l'enquête étrangère et décide de la transmettre à l'autorité requérante en tout ou partie (21). Cette décision dite de clôture peut faire l'objet d'un recours qui a effet suspensif de par la loi (22). La décision d'entrée en matière ne peut faire l'objet d'un recours (23).

On mentionnera qu'avant la dernière révision de l'EIMP, il était possible de recourir contre la décision d'entrée en matière et de ce fait la banque communiquait au magistrat helvétique les documents demandés par ce dernier uniquement une fois que la décision d'entrée en matière devenait définitive.

III Quelques observations pratiques

Le client qui estime que son compte peut être l'objet d'une commission rogatoire doit déterminer si le compte existe toujours, qui en est (ou en était) le titulaire effectif, et si la banque a les instructions nécessaires pour l'avertir ou son mandataire, en cas de notification d'une décision de l'autorité judiciaire (24).

Ces questions ont une grande importance pratique pour les éventuelles oppositions qui peuvent être formées eu égard aux principes posés par la loi et la jurisprudence :

- le recours contre la décision de transmettre de la documentation bancaire peut être interjeté uniquement par le titulaire du compte (25). Le simple représentant du titulaire, signataire sur le compte, n'a pas la qualité pour recourir. Si le compte est ouvert au nom d'une société, l'actionnaire de la société peut recourir si la société est liquidée (26). Si la société n'est pas liquidée, elle doit interjeter elle-même recours ;
- les banques ne s'opposent plus en principe à l'exécution des commissions rogatoires dans le souci de garder de bons rapports avec la magistrature ;
- si le compte au sujet duquel de la documentation doit être acquise est ouvert au nom d'une société *offshore*, il n'est pas facile de convaincre les administrateurs suisses de la société *offshore* d'interjeter un recours. Parfois, la justice helvétique a, informellement, attiré l'attention de ces derniers sur le fait que s'ils entreprenaient des démarches pour entraver l'exécution de la commission rogatoire, leur comportement passé serait examiné d'un oeil critique pour examiner s'ils avaient respecté leurs obligations légales en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (27).

Dans certains cas, les autorités étrangères sollicitent non seulement l'acquisition de la documentation bancaire, mais également l'audition des personnes qui au sein de la banque s'occupaient du rapport avec le client concerné.

On observera à ce propos ce qui suit :

- dans certains cas les requêtes d'audition d'employés de banque ont été formulées en même temps que les requêtes de saisie de la documentation bancaire. De telles requêtes sont perçues comme une tentative de l'autorité étrangère d'acquérir rapidement des informations qu'elle ne devrait recevoir qu'à l'issue de la procédure. Il ne leur est donc pas habituellement donné suite ;
- si la requête d'audition des employés de la banque a lieu après l'exécution d'une commission rogatoire ayant permis d'obtenir la documentation bancaire on peut se demander si elle a réellement une utilité. Les documents bancaires sont souvent suffisamment clairs et la justice suisse est réticente à procéder à des auditions inutiles.

Le témoin peut recourir contre la commission rogatoire qui demande son audition uniquement si les informations qu'il doit fournir le concernent personnellement. L'employé de banque, convoqué comme témoin pour s'exprimer sur un compte ouvert dans les livres de la banque ne peut pas s'opposer ; en revanche, le titulaire peut assister à l'audition, recevoir copie du procès verbal et s'opposer à sa communication à l'étranger.

Le juge suisse est chargé de poser les questions aux témoins. Les représentants de l'autorité étrangère peuvent participer aux auditions mais le juge suisse doit diriger les opérations et ne peut assumer un rôle purement passif. Si, lors de l'audition, le témoin doit s'exprimer sur des renseignements couverts par le secret bancaire, qui doivent rester confidentiels en attendant qu'une décision de communication formelle soit rendue et puisse être attaquée (telle que de l'identité d'un titulaire d'un compte en banque) les représentants de l'autorité étrangère doivent être éloignés.

Le témoin qui, convoqué, défère à la convocation et refuse de répondre sans indiquer de motifs ne commet aucune infraction aux règles de droit pénal suisse. Il peut par ailleurs (art. 65 EIMP) refuser de répondre en affirmant qu'il court le risque de s'accuser d'une infraction (28).

L'autorité étrangère peut être tentée de procéder à l'audition de témoins suisses, détenteurs de secrets protégés par le droit suisse (par exemple, l'employé d'une banque dans les livres de laquelle est ouvert un compte qui intéresse l'autorité requérante), sur son propre territoire, ce pour essayer de procéder avec plus de souplesse. Le témoin peut se trouver dans une situation embarrassante s'il refuse de répondre et renvoie l'autorité étrangère à la voie de l'entraide internationale en matière pénale. Même si de tels incidents surviennent parfois ils restent rares ; toute mesure de contrainte exercée par l'autorité étrangère sur le témoin pour l'inciter à dévoiler ses secrets nous semblerait illégale si le pays concerné peut acquérir l'information désirée par le biais de l'entraide.

* *
*

Il est inutile de rappeler que la clientèle des banques désire une grande discrétion. Trop de commissions rogatoires, avec la publicité qui leur est attachée, sont susceptibles de porter préjudice à la réputation de discrétion que la Suisse essaie, malgré tout, de conserver.

Malgré cette réalité, la Suisse n'a jamais estimé que son intérêt à maintenir le secret permettait de ne pas donner suite à une commission rogatoire en matière pénale ayant pour objet un compte en banque. Le principe de base n'est plus la protection du secret mais une coopération efficace au niveau international pour autant bien entendu que l'enquête étrangère ne soit pas purement fiscale. Il est regrettable que face à cette réalité pourtant bien connue, certaines autorités étrangères se plaignent encore du fait que le secret bancaire suisse les empêcher de progresser dans leurs enquêtes. ■

(1) Nous ne traiterons pas des problèmes posés par le blocage d'avoirs déposés sur un compte en banque dans le cadre d'une commission rogatoire si ce n'est pour observer que :
- le blocage est dans la règle demandé par l'autorité judiciaire étrangère,
- les remarques que nous formulons valent également pour les demandes de blocage d'avoirs ; les exigences que les commissions rogatoires doivent respecter sont identiques à celles que nous décrivons,
- le blocage des avoirs est provisoire (même si le provisoire peut parfois durer longtemps). il ne signifie pas confiscation des avoirs. La confiscation dépendra de l'issue de la procédure pénale ouverte à l'étranger. Les avoirs bloqués pénalement peuvent également faire l'objet de séquestres civils ce qui compliquera encore plus la situation notamment pour déterminer si le créancier séquestrant a des droits qui priment sur ceux de la saisie pénale.

(2) La Convention européenne sur l'entraide judiciaire du 20 avril 1959 s'applique avec les pays qui l'ont souscrite, dont la France ; des traités d'entraide ont été conclus avec l'Allemagne, les États-Unis, l'Australie, la France, le Canada et l'Autriche.

(3) Nom, prénom et domicile. Le bénéficiaire économique ne doit pas être dévoilé dans les cas suivants :
- le titulaire du compte n'est pas une société dite de domicile mais est une société déployant véritablement une activité avec du personnel et des locaux,
- le titulaire du compte est un notaire ou un avocat suisse qui dépose sur ce compte des fonds qu'il reçoit dans le cadre de son activité juridique. Son mandat n'est pas limité à la détention d'avoirs. On rappellera que par le passé le notaire ou l'avocat suisse étaient de façon générale dispensés de déclarer les bénéficiaires économiques des avoirs qu'ils déposaient dans des banques.

(4) L'art. 305 ter du code pénal Suisse sanctionne pénalement l'intermédiaire financier qui n'identifie pas l'ayant droit économique d'avoirs dans le cadre d'une transaction financière, ce même si les avoirs ne sont pas d'origine illégale.

(5) Les décisions rendues en matière d'entraide n'ont pas de force de chose jugée et l'autorité étrangère est toujours libre de présenter une nouvelle commission rogatoire même si une requête antérieure n'a pas eu de succès.

(6) Arrêt du Tribunal fédéral (TF) 1er juillet 1987, *Semaine Judiciaire* (SJ) 1987, p. 609 ss.

(7) Il s'agira, dans le contexte qui nous intéresse, du titulaire du compte en banque au sujet duquel des informations sont demandées ; le simple fait d'être partie à la procédure pénale étrangère ne donne pas la qualité de partie dans la procédure d'entraide. La qualité de partie implique le devoir d'accès au dossier, de se faire assister par un conseil et de recourir contre les mesures ordonnées. Le droit d'accès au dossier ne peut être restreint que dans des cas limités.

(8) Le principe est contenu à l'art. 67 EIMP et il a fait l'objet d'une réserve formulée par la Suisse à l'art. 2 lit b de la Convention européenne.

(9) Doit être réservé le cas de l'escroquerie en matière fiscale (art. 3 lit. a EIMP) telle qu'elle est définie par le droit pénal administratif suisse. Fondamentalement il s'agit d'une escroquerie de droit commun (notamment avec l'emploi de faux documents ou d'une construction astucieuse qui rend difficile de déterminer ce qui s'est passé) au détriment de l'autorité fiscale (TF, 27 novembre 1985, *SJ* 1986 p. 266 ss).

(10) TF, 7 mars 1984, *SJ* 1986, p. 243 ss.

(11) TF, 15 avril 1996, *Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral* (ATF) volume 122, II partie, p. 134 ss.

(12) Une commission rogatoire en matière pénale doit en principe être décernée par le juge pénal. Il a été admis que les autorités de surveillance des marchés boursiers aient le droit de décerner des commissions rogatoires si elles disposent de pouvoirs d'enquêtes étendus et si elles peuvent saisir le juge pénal (pour la Security and Exchange Commission, TF 19 juillet 1994, SJ 1995, p. 13 ss ; pour la Cob, TF, 20 mai 1995, SJ 1996, p. 190 ss). Dans le cas Marcos, le Tribunal fédéral a admis qu'une commission gouvernementale étrangère, dont l'enquête devait aboutir à une procédure pénale, avait le droit de solliciter l'entraide (TF, 1er juillet 1987, *SJ* 1987, p. 609 ss).

(13) Des soupçons sont suffisants sans que l'autorité étrangère ne doive présenter des preuves et sans que les soupçons ne soient vraisemblables.

(14) Ce principe est contenu à l'art. 64 EIMP et fait l'objet d'une réserve formulée par la Suisse à l'art. 5 lit. a de la Convention européenne d'entraide judiciaire.

(15) TF 17 février 1989, *ATF* 115 Ib, p. 186 ss.

(16) Par exemple, si l'autorité étrangère requiert des informations sur un compte qui n'est qu'un compte de transit intermédiaire et que le compte dont l'examen peut réellement intéresser la magistrature étrangère est un autre compte, alimenté par le compte de transit.

(17) On pense ici à l'affaire Marcos (op. cit. note 12) O. Ugarte (ministre du général Stroessner (TF, 1 mars 1991, *ATF* 117, Ib, p. 64 ss) ou plus

récemment encore l'entraide accordée au Zaïre après le départ de M. Mobutu ; l'entraide accordée à l'Inde fait l'objet d'un arrêt du TF du 16 avril 1996 (*SJ* 1996, p. 507 ss) et celle à la Russie d'un arrêt du 17 avril 1997 (*ATF* 123, II, p. 161 ss). Dans ce dernier cas des garanties étendues ont été demandées par la Suisse en faveur des personnes visées dans la procédure pénale étrangère et touchées par la requête d'entraide.

(18) L'Office fédéral de la police est chargé de surveiller l'application de l'EIMP et a la qualité pour recourir contre les décisions rendues en matière d'EIMP ; dès le moment où une commission rogatoire est annoncée, il peut ordonner des mesures de blocage ; il peut subordonner l'octroi de l'assistance au respect de certains engagements par l'État étranger ; l'Office fédéral de la police dispose de compétences plus étendues en matière d'entraide avec les États-Unis d'Amérique.

(19) La communication directe existe avec la France, l'Italie, l'Autriche et l'Allemagne. La Convention européenne prévoit la possibilité d'une communication directe dans les cas urgents.

(20) Ainsi si la commission rogatoire est exécutée par l'autorité cantonale, une voie de recours au niveau cantonal existe avant le recours au Tribunal fédéral ; si la commission rogatoire est exécutée par le Ministère public de la confédération, le recours doit être interjeté directement au Tribunal fédéral.

(21) C'est à ce stade qu'il faut essayer d'entamer une discussion avec l'autorité helvétique pour essayer de négocier une communication limitée.

(22) Devant l'autorité cantonale et ensuite au Tribunal fédéral, ou au Tribunal fédéral directement.

(23) En vertu de l'art. 80e EIMP seule peut faire l'objet d'un recours avant la clôture la décision qui cause un préjudice immédiat et irréparable ; la décision du juge suisse d'ordonner à la banque de lui communiquer des documents ne crée pas de préjudice immédiat et irréparable.

(24) Le contact avec le client peut être difficile (compte clôturé, client à l'étranger). Dans certains cas il peut être fait interdiction à la banque d'avertir le client mais une telle mesure doit se justifier eu égard aux circonstances (enquête en cours et arrestations en vue).

(25) La personne visée par la procédure pénale étrangère n'a pas qualité de ce seul fait pour participer à la procédure d'entraide si elle n'est pas titulaire du compte au sujet duquel des renseignements sont demandés ou si l'acte d'entraide sollicité ne lèse pas ses droits dans la procédure à l'étranger. Tel serait le cas, par exemple, s'il faut procéder à l'interrogatoire d'un témoin en Suisse et le témoin risque de ne plus pouvoir être entendu à l'étranger.

(26) Mais il doit déposer le recours en son nom et non au nom de la société.

(27) Le juge suisse peut en prenant connaissance d'une commission rogatoire constater que des infractions ont été commises en Suisse. Il peut même décerner une commission rogatoire à l'étranger pour recueillir plus d'informations à propos de ces infractions. Dans certains cas l'entraide dite active a été employée pour faire parvenir plus rapidement au magistrat étranger les informations qu'il recherchait.

(28) Le témoin qui reconnaît avoir géré des avoirs d'origine illicite peut s'accuser de blanchiment d'argent.

Bibliographie

P. Bernasconi, «Rogatorie penali italo-svizzere», Milano 1997.

M. Harari, «Dix ans de pratique de l'EIMP, un état des lieux», in *Journée 1994 de droit bancaire et financier*, Genève 1995, p. 119 ss.

M. Harari, «Remise internationale d'objets et de valeurs : réflexions à l'occasion de la modificaton de l'EIMP», *in Etudes en l'honneur* de Dominique Poncet, Genève 1997.

K. Markees, «Entraide internationale en matière pénale. La loi fédérale du 20 mars 1981 (EIMP)», *Fiches juridiques Suisses*, 421, 421 a, 421 b, 422 Genève 1995 et 1996.

M. Rusca, «Le misure provvisionali nell'assistenza internazionale in materia penale», *Revue de droit Suisse*, NF 116, 1997, II, p. 137 ss.

AVIS AUX LECTEURS Les articles publiés par la revue *Banque & Droit* n'expriment que le point de vue de leurs auteurs respectifs. Le contenu de ces articles n'engage pas la revue *Banque* ou l'AFB qui n'entendent pas prendre position à leur égard.

La reproduction totale ou partielle des articles publiés dans *Banque & Droit*, sans accord écrit de la Société Revue Banque Sarl, est interdite conformément à la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique.

BANQUE & DROIT *Une publication de la Revue Banque* – 18 rue La Fayette, 75009 Paris ☐ Fondateur : François de Juvigny

Adresse Internet : www.revue-banque.fr **e-mail :** banque@ iplus.fr **Fax** 01 48 24 12 97.

☐ Directeur gérant : Olivier Robert de Massy ☐ **RÉDACTION** rédacteur en chef : Colette Cova ; assistante : Christine Hauvette (01 48 00 54 10) ; secrétaire de rédaction : Marie-Madeleine Martin (01 48 00 54 16) ; maquette : Emmanuel Gonzalez, Alexandra Démétriadis.

☐ **COMITÉ DE LECTURE** Mme Bloch, MM. Bonneau, Cerles, Crédot, Dibout, Ducaroir, Gardella, Guillot, Mattout, Menneteau, Rives-Langes, Vasseur, Vedrenne, Wissing ☐ **ABONNEMENTS** Johan Defert (01 48 00 54 02),

VENTES AU NUMERO Ondine Franca (01 48 00 54 54) ☐ **PUBLICITÉ GÉNÉRALE** Danièle Billon (01 48 00 54 20).

CPPAP – N° 70 756, Imprimé par Léonce Deprez, Béthune, Dépôt légal 4e trimestre 1998.