Collecte en Suisse et remise sur sol étatsunien de données bancaires : condamnation pour actes exécutés sans droit pour un État étranger (art. 271 CP) confirmée

Arrêt TF 6B_216/2020 (d) du 1er novembre 2021* (ATF 148 IV 66)

Par Kastriot Lubishtani, le 10 mars 2022

La collecte en Suisse d'une liste de clients d'une société de gestion de fortune, le voyage jusqu'aux États-Unis pour remettre ces données au *U.S. Department of Justice* en vue d'un *Non Prosecution Agreement* et leur remise effective à cette autorité étrangère sur sol étatsunien est un procédé qui a pour effet de contourner l'assistance administrative et l'entraide judiciaire, car il relève de la compétence exclusive des autorités suisses. Ce comportement réalise par conséquent les éléments constitutifs objectifs et subjectifs de l'art. 271 CP incriminant les actes exécutés sur territoire suisse et sans droit pour un État étranger.

I. En fait

Le conseil d'administration de la société de gestion de fortune B SA conduit un audit interne sur ses relations d'affaires dans le contexte du différend fiscal entre la Suisse et les États-Unis d'Amérique. Celui-ci révèle qu'entre 2002 et 2012 plusieurs des clients de la société ou ses filiales n'étaient pas en règle avec les règles étatsuniennes en ne s'étant pas déclarés au fisc américain.

En octobre 2012, A, président du conseil d'administration de la société, dépose une dénonciation spontanée auprès du *Department of Justice* (U.S. DoJ) dans la perspective d'un *Non Prosecution Agreement*. Aucun nom n'est communiqué à ce stade, même si une liste des clients en cause a été préparée au préalable par une étude d'avocats zurichoise et un collaborateur de B SA. Malgré une proposition en ce sens, l'autorité américaine refuse d'emprunter la voie de l'entraide judiciaire en matière pénale ou administrative pour obtenir la liste des clients non déclarés et la réclame de B SA directement.

La société cherche donc à s'assurer que la remise de la liste à l'autorité étrangère est conforme au droit suisse par rapport à l'infraction d'actes exécutés sans droit pour un État étranger (art. 271 CP). L'étude d'avocats de B SA conclut dans une *legal opinion* qu'il est peu probable que la remise constitue une infraction (*rather unlikely [...] probably does not expose*), sans néanmoins l'exclure en raison d'un risque résiduel, car il s'agit d'une zone grise. En outre, un avis de droit d'un Professeur renommé et d'un juriste est sollicité. Ceux-ci parviennent à la conclusion que la réalisation des éléments constitutifs de l'art. 271 CP ne peut être exclue sans une autorisation, mais que la remise est en tout cas (*auf jeden Fall*) justifiée par l'état de nécessité (art. 17 CP) et la sauvegarde des intérêts légitimes ou, au moins, par l'état de nécessité excusable (art. 18 al. 2 CP).

Au mois de novembre 2013, A voyage depuis la Suisse aux États-Unis et fait remettre au U.S. DoJ, par l'intermédiaire d'un tiers, la clé USB contenant la liste des clients de B SA et de ses filiales.

Condamné par la voie de l'ordonnance pénale par le Ministère public de la Confédération (MPC), A est acquitté par le Tribunal pénal fédéral en première instance au motif que l'élément subjectif fait défaut dès lors qu'il s'est fondé sur la *legal opinion* et l'avis de droit précités pour apprécier la licéité de son action, même si l'élément objectif de l'infraction est réalisé (TPF SK.2017.64 du 9.5.2018). Sur recours du MPC, le Tribunal fédéral casse toutefois ce jugement et le renvoie à l'instance inférieure en considérant que c'est à l'aune de l'erreur sur l'illicéité (art. 21 CP) que le cas d'espèce devait être analysé et que celle-ci était en l'occurence évitable (TF 6B_804/2018 du 4.12.2018). Aussi bien la Cour des affaires pénales que la Cour d'appel du Tribunal pénal fédéral reconnaissent ensuite A coupable d'actes exécutés sans droit pour un État étranger (TPF SK.2018.71 du 2.5.2019 et CA.2019.6 du 5.12.2019).

A forme recours au Tribunal fédéral en concluant principalement à son acquittement.

II. En droit

Le recourant fait grief à l'autorité inférieure d'avoir retenu que les éléments constitutifs objectifs de l'art. 271 ch. 1 al. 1 CP étaient réunis. Dès lors que les données remises se trouvaient également au Liechtenstein, comme le Tribunal pénal fédéral l'a établi dans son premier arrêt SK.2017.64, le recourant n'aurait pas contourné la voie de l'entraide (c. 1.1).

Dans un premier temps, le Tribunal fédéral présente le raisonnement de l'autorité inférieure ensuite de son arrêt 6B_804/2018 de renvoi (c. 1.2), puis traite de son effet contraignant pour le pouvoir de cognition du Tribunal pénal fédéral qui a nouvellement été saisi (c. 1.3 ss). Après avoir écarté les griefs du recourant à cet égard, notre Haute Cour s'adonne ensuite à l'examen des éléments constitutifs objectifs de l'infraction dans le cas d'espèce (c. 1.4).

L'art. 271 ch. 1 al. 1 CP incrimine « celui qui, sans y être autorisé, aura procédé sur le territoire suisse pour un État étranger à des actes qui relèvent des pouvoirs publics ». L'infraction vise, d'une part, à empêcher l'exercice de la puissance publique étrangère sur le territoire suisse et, d'autre part, à protéger le monopole de la puissance publique et la souveraineté suisses. C'est donc l'État qui est titulaire du bien juridiquement protégé, à l'exclusion de tout particulier qui ne peut être qu'indirectement touché. Le Tribunal fédéral précise que ce bien est violé lorsqu'il est porté atteinte au droit de la Suisse à ce que l'action étatique sur son territoire soit exclusivement conduite par ses institutions (c. 1.4.1).

Au centre des préoccupations relatives à cette infraction se trouve aujourd'hui la nécessité de recourir à l'assistance administrative ou l'entraide judiciaire pour des actes liés à des ordres juridiques et procédures étrangères et donc de ne pas contourner les règles y relatives. Indépendamment de la personne de l'auteur, c'est le caractère officiel, selon sa nature et son but, d'un acte qui permet de le qualifier comme « relevant des pouvoirs

publics » selon l'énoncé de fait légal. En outre, l'infraction réprime un comportement commis pour un État étranger, c'est-à-dire dans son intérêt, en l'absence d'une autorisation de l'autorité compétente. Enfin, le comportement doit avoir eu lieu en Suisse et la doctrine majoritaire considère qu'il suffit que seule une partie des actes punissables ait été réalisée en Suisse (c. 1.4.1).

Le Tribunal fédéral retient qu'il n'est pas contesté dans le cas présent que l'acte du recourant, c'est-à-dire la remise des dossiers des clients au U.S. DoJ, a été accompli dans l'intérêt des États-Unis d'Amérique, soit pour un État étranger, sur le territoire suisse et sans autorisation. Reste toutefois litigieux le point de savoir si l'acte revêt un caractère officiel, question qui doit être résolue à l'aide du bien juridique. À cet égard, il est très largement admis dans la doctrine que l'art. 271 CP appréhende l'acte violant ou contournant le droit suisse ou international de l'assistance administrative ou de l'entraide judiciaire ou encore l'acte relevant, selon le même droit, de la compétence des pouvoirs publics ou de fonctionnaires suisses (c. 1.4.2 1er par.).

Les juges fédéraux retiennent une atteinte au bien juridique protégé déterminante *in casu* dans l'hypothèse de la remise d'informations et de documents qui, en Suisse, ne pourrait avoir lieu que sur ordre des pouvoirs publics. Dans tous les cas de figure, ne peut être remis que ce dont on peut librement disposer. À défaut d'un tel droit de disposition, seule la voie de l'assistance administrative et l'entraide judiciaire offre un cadre procédural permettant de tenir compte des obligations du secret et de confidentialité, ainsi que de garantir le principe de spécialité. Enfin, il n'est pas possible de disposer des informations permettant d'identifier une personne qui ne sont pas librement accessibles (c. 1.4.2 2e par.).

En l'espèce, les documents remis par le recourant au U.S. DoJ avaient été confiés à B SA en tant que gestionnaire de fortune sur la base de la relation contractuelle la liant aux banques et selon des conditions contractuelles claires. N'ayant pas été autorisé à les transmettre directement à l'autorité américaine, le recourant aurait dû emprunter la voie de l'assistance administrative ou l'entraide judiciaire. Par son comportement, il a donc contourné cette voie et, ce faisant, accompli pour un État étranger un acte réservé aux autorités helvétiques (c. 1.4.3 1er par.).

Le fait que des données, conformément à leur finalité, se trouvaient déjà dans un autre État étranger et qu'il aurait également été possible de transmettre ces données depuis cet autre État ne change rien à cette appréciation, car, il est incontestable que les données remises par le recourant *in casu* ne se trouvaient pas aux États-Unis. Puisque les données collectées en Suisse n'auraient dû être remises que par les autorités helvétiques, par la voie de l'assistance administrative ou l'entraide judiciaire et dans le respect des dispositions légales applicables, le recourant a porté atteinte à la souveraineté de la Confédération (c. 1.4.3 2e par.).

Pour terminer, notre Haute Cour explique pourquoi les références doctrinales dont se prévaut le recourant ne lui sont d'aucun secours. D'après GRAF, les informations devant être divulguées dans le cadre d'une procédure à l'étranger et qui se trouvent déjà à l'étranger

peuvent être transmises, y compris depuis la Suisse (Damian K. GRAF, Mitwirkung in ausländischen Verfahren im Spannungsfeld mit Art. 271 StGB, *in* : GesKR 2/2016, 169 ss, 179). Toutefois, l'usage du terme « étranger » (« *Ausland* ») ne permet pas de déterminer si l'auteur désigne un autre État (tiers) que celui dans lequel la procédure est menée. C'est de la même manière que peut être interprétée l'opinion de ROSENTHAL pour qui, en outre, l'administration de preuves qui se trouvent en Suisse n'a pas lieu sur le territoire suisse lorsque ces moyens de preuve sont de toute façon également disponibles à l'étranger et qu'il peut y être accédé depuis l'étranger (David ROSENTHAL, Art. 271 StGB N 35, *in* : Rosenthal/Jöhri (éds), Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zurich/Bâle/Genève 2008). Le cas d'espèce diverge de l'hypothèse envisagée par cet auteur, notamment car les données n'ont pas été récoltées depuis l'étranger, mais transmises depuis la Suisse vers l'étranger (c. 1.4.3 3e par.).

En définitive, le comportement du recourant réalise les éléments constitutifs de l'art. 271 CP, de sorte que sa condamnation s'avère conforme au droit fédéral (c. 1.5). Le recours est par conséquent rejeté (c. 2).

III. Commentaire

Le présent arrêt a suscité passablement de réactions, les uns y voyant une précision bienvenue du champ d'application de l'art. 271 ch. 1 CP (Célian HIRSCH, Les données clients remises aux autorités américaines : un contournement de l'entraide pénale ?, 25.12.2021, *in* : lawinside.ch/1126), les autres regrettant au contraire l'absence de clarification apportée par cet arrêt au sujet d'une incrimination source d'insécurité juridique (Dominique MÜLLER *et al.*, New precedent does not provide clear guidance on the boundaries of the Swiss blocking statute, 3.12.2021, *in* : lexology.com). En particulier, VILLARD constate que la punissabilité de la collecte de données sur sol suisse reste encore indécise (Katia VILLARD, Transmission de données clients aux États-Unis. Condamnation d'un gérant de fortune, 26.11.2021, *in* : cdbf.ch/1211).

Dans le cas présent, le Tribunal fédéral a eu à juger d'un comportement décrit comme « la remise des dossiers clients au U.S. DoJ » (« *Übergabe der Kundendossiers an das DoJ* ») et juge établi qu'il correspond à un « acte exécuté sans droit » ayant été « réalisé sur le territoire Suisse » (« *auf schweizerischem Gebiet [...] erfolgte* ») (c. 1.4.2 1er par.). Selon nous, il est toutefois regrettable que le comportement tombant sous le coup de l'art. 271 CP n'ait pas été mieux détaillé ou séquencé par notre Haute Cour, car l'affirmation précitée apparaît contestable étant donné que la remise a indubitablement eu lieu, non pas en Suisse, mais aux États-Unis.

Le Tribunal fédéral semble partir de l'idée que la remise comprend non seulement la remise effective ou finale qui constitue l'épilogue du comportement reproché au recourant et dont la punissabilité apparaît certaine, mais aussi les actes qui la précèdent nécessairement, à savoir en tout cas le voyage, débuté en Suisse (c. 1.4.3 2e par.), et plus antérieurement encore la collecte de données qui a également eu lieu en Suisse. Si la remise effective ou la communication des données en cause avait eu lieu par voie électronique, elle aurait sans

conteste été localisée dans notre pays. Dans l'arrêt, les juges fédéraux ont semble-t-il assimilé à ce mode de communication le déplacement physique du recourant de la Suisse vers l'étranger. Or, pris isolément, la collecte et le voyage apparaissent comme des actes préparatoires qui, faute d'avoir été expressément incriminés, sont hors d'atteinte du droit pénal (Nathalie DONGOIS/Kastriot LUBISHTANI, Un droit pénal *publicisé* dans le contexte de la sécurité nationale à l'épreuve de la menace terroriste, *in* : Véronique Boillet/Anne-Christine Favre/Vincent Martenet (éds), Le droit public en mouvement. Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier, Genève/Zurich/Bâle, 2020, 167 ss, 179 s.). Sous l'angle de la territorialité (art. 8 CP) qui plus est, de tels actes préparatoires ne suffisent pas pour que le droit pénal entre en jeu (Andrés PAYER, Territorialität und grenzüberschreitende Tatbeteiligung, Zurich/St-Gall 2021, 73 et références citées), même si l'art. 4 CP est en l'occurence applicable. Si la doctrine considère suffisante pour l'application de l'art. 271 CP que seule « *ein Teil der strafbaren Handlungen* » soit réalisée en Suisse (c. 1.4.1), encore faudrait-il que les actes en cause soient punissables *per se*, ce qui apparaît discutable en l'espèce et a pour effet de rendre encore plus flous les contours de l'art. 271 CP selon nous.

Pour des éléments pratiques concernant la remise de documents depuis la Suisse à destination de l'étranger, nous renvoyons à l'article de ROSENTHAL, Pre-Trial Discovery : So geht es mit der Datenlieferung aus der Schweiz.

Proposition de citation : Kastriot LUBISHTANI, Collecte en Suisse et remise sur sol étatsunien de données bancaires : condamnation pour actes exécutés sans droit pour un État étranger (art. 271 CP) confirmée, in : https://www.crimen.ch/87/ du 10 mars 2022