

## La transmission directe d'informations concernant des clients au Gouvernement américain (271 CP)

Auteur : Célian Hirsch

Date : 1 septembre 2018

[TPF, 09.05.2018, SK.2017.64](#)

*Lorsqu'une personne, qui a procédé sur le territoire suisse pour un État étranger à des actes qui relèvent des pouvoirs publics (271 CP), croyait en la légalité de ses actes, vu une legal opinion et un avis de droit allant dans ce sens, les éléments subjectifs de l'art. 271 ne sont pas remplis. Son comportement n'est ainsi pas pénalement répréhensible.*

### Faits

Dans le cadre du [conflit fiscal entre la Suisse et les États-Unis](#), une société de gestion de fortune constate qu'un certain nombre de ses clients ne sont pas déclarés auprès du fisc américain. La société engage une étude d'avocat afin de faire établir un dossier sur une **clé USB contenant les clients** « *US-Tax subjects* ». Elle s'annonce ensuite auprès du **Department of Justice** américain, lequel veut les noms des clients.

La société demande à son **étude d'avocats une legal opinion**, dont la conclusion est la suivante : « *For the above outlined reasons, we are of the opinion that a disclosure within the terms of the Scenario is rather unlikely to infringe art. 271 SPC (Swiss Penal Code). **Disclosing the Client Data probably does not expose those acting on behalf of [the company] to the risk of being held criminally culpable** (...) for having violated art. 271 SPC. However, as regards the applicability of art. 271 SPC, this is a grey area and arguments for the applicability of art. 271 SPC to the Scenario cannot be excluded so that a residual risk of violating art. 271 remains* » (mise en évidence ajoutée). Le président du conseil administration de la société, ayant encore des doutes, demande un **avis de droit** à un professeur. L'avis de droit affirme que **la transmission de données peut être justifiée "dans tous les cas"** par l'état de nécessité licite ([art. 17 CP](#)) et par l'état de nécessité excusable ([art. 18 al. 2 CP](#)).

Fort de ces constats, **le président du conseil d'administration de la société se rend aux États-Unis et transmet la clé USB, via une étude d'avocat, au DoJ** en vue d'un *Non Prosecution Agreement*.

Le MPC ouvre une procédure à l'encontre du président pour violation de l'[art. 271 CP](#). **Il le condamne** à 160 jours amendes à CHF 1'650 par ordonnance pénale contre laquelle le prévenu forme opposition.

Le Tribunal pénal fédéral est ainsi amené à **préciser l'application de l'art. 271 CP lors de transmission de données bancaires aux États-Unis sans autorisation du Conseil fédéral**.

### Droit

L'[art. 271 al. 1 ch. 1 CP](#) prévoit que celui qui, sans y être autorisé, aura procédé sur le territoire suisse pour un État étranger à des actes qui relèvent des pouvoirs publics 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. Ainsi, **la personne qui remet des informations concernant des tiers, qui sont protégées par l'ordre public suisse, à une autorité étrangère**

**en dehors de l'entraide administrative ou judiciaire, ou sans autorisation, commet l'infraction prévue par l'[art. 271 CP](#).** Le secret bancaire suisse fait notamment partie de l'ordre public. **Les informations permettant d'identifier les clients d'une banque suisse** - qu'elles proviennent de la banque, d'un avocat ou d'une fiduciaire - **sont soumises à la protection de l'ordre public suisse.**

En l'espèce, la société était contractuellement obligée à respecter le secret bancaire. Partant, en réunissant dans une clé USB des informations protégées par le secret bancaire en vue de la transmettre au DoJ, **le prévenu a rempli les éléments objectifs prévus par l'[art. 271 CP](#).**

D'un point de vue de l'**élément subjectif**, l'[art. 271 al. 1 ch. 1 CP](#) exige un acte intentionnel. L'auteur doit au moins accepter qu'il entreprend une action en faveur d'un État étranger à laquelle est habilité un fonctionnaire ou une autorité. L'[art. 271 CP](#) a comme particularité le fait que **la connaissance de l'interdiction d'un comportement précis est un élément constitutif subjectif**. Contrairement à l'erreur de droit prévu par l'[art. 21 CP](#), une erreur sur l'illicéité trouve application dans le cas de l'[art. 271 CP](#) même si l'erreur en question avait pu être évitée. La question se pose donc de savoir si l'auteur a reconnu, au moins dans le sens d'un dol éventuel, avoir commis un acte illégal pour un État étranger.

En l'espèce, le Tribunal pénal fédéral considère que les déclarations du prévenu selon lesquelles il croyait en la légalité de son acte **en raison de la réputation des experts** (son étude d'avocats et le professeur), semblent crédibles au vu de la complexité de la question juridique en question. En effet, il existe, dans la doctrine juridique, des thèses qui soutiennent la légalité de tels actes. **Le président du conseil d'administration n'avait ainsi pas pris en compte la possibilité d'avoir agir illégalement pour un État étranger.**

Partant, les éléments subjectifs de l'infraction reprochée ne sont pas remplis. Le Tribunal pénal fédéral **acquitte** donc le prévenu.

## **Note**

Dans son considérant sur les éléments subjectifs, le Tribunal pénal fédéral critique tant la *legal opinion* de l'étude d'avocats zurichoise que l'avis de droit établi par le professeur. Concernant la première, il considère qu'elle n'est pas pleinement indépendante en raison du fait que l'étude d'avocats s'occupait également des problèmes fiscaux de la société. Concernant l'avis de droit, il ne respecte pas les règles de l'art et ne pouvait, vu l'inexistence d'une doctrine majoritaire, utiliser la formule apodictique « dans tous les cas » (*«auf jeden Fall»*).

Suite au **recours du MPC** auprès du Tribunal fédéral, l'arrêt résumé ci-dessus a été annulé ([6B 804/2018](#), résumé in : [LawInside.ch/693](#)).