

[2 | 2017]

ANWALTS

REVUE

DE L'AVOCAT

GIAN SANDRO GENNA

Sind wir Anwälte fit für die Digitalisierung? SEITE / PAGE 55

PHILIPPE VLADIMIR BOSS

L'autorisation d'exécuter un acte pour un État étranger dans la pratique récente SEITE / PAGE 77

BENOÎT CHAPPUIS/ALEXANDRE STEINER

Le secret de l'avocat dans le CPP et le CPC: entre divergence et harmonie SEITE / PAGE 87



Stämpfli Verlag

SAV  FSA

INHALTSVERZEICHNIS

TABLE DES MATIÈRES

IM FOKUS DES VORSTANDS SAV	51
LE POINT DE MIRE DU CONSEIL FSA	53
<hr/>	
THEMA / QUESTION DU JOUR	
Gian Sandro Genna Sind wir Anwälte fit für die Digitalisierung?	55
Markus Kaiser / Michael Noth Wem gehört die Schweiz? Ein Überblick über die neuen Swissness-Regeln gemäss dem revMSchG und revWSchG	63
<hr/>	
ANWALTSPRAXIS / PRATIQUE DU BARREAU	
Philippe Vladimir Boss L'autorisation d'exécuter un acte pour un État étranger dans la pratique récente	77
<hr/>	
RECHTSPRECHUNG / JURISPRUDENCE	83
<hr/>	
ANWALTSRECHT / DROIT DE L'AVOCAT	
Benoît Chappuis / Alexandre Steiner Le secret de l'avocat dans le CPP et le CPC: entre divergence et harmonie	87
<hr/>	
SAV – KANTONALE VERBÄNDE / FSA – ORDRES CANTONAUX	
Der SAV teilt mit / La FSA vous informe	95

IMPRESSUM

Anwaltsrevue / Revue de l'avocat
20. Jahrgang 2017 / 20^e année 2017
ISSN 1422-5778 (Print)
e-ISSN 2504-1436 (Online)

Erscheinungsweise / Parution
10-mal jährlich / 10 fois l'an

Zitervorschlag / Suggestion de citation
Anwaltsrevue 5/2013, S. 201 ff.
Revue de l'avocat 5/2013, p. 201 ss

Herausgeber / Edité par
Stämpfli Verlag AG
Schweizerischer Anwaltsverband/
Fédération Suisse des Avocats

Chefredaktion / Rédacteur en chef
Peter von Ins, Rechtsanwalt (vl)
Bollwerk 21, CH-3001 Bern
Tel. 031 328 35 35, Fax 031 328 35 40
peter.vonins@bollwerk21.ch

**Kontakt Verlag /
Contact maison d'édition**
Martin Imhof
Stämpfli Verlag AG
Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 99, Fax 031 300 66 88
www.staempfliverlag.com
anwaltsrevue@staempfli.com
revueavocat@staempfli.com

Mitarbeiter / Collaborateur
Thomas Büchli, Rechtsanwalt (Bü)
Flávio Trepado, MLaw (FTr)

Sekretariat SAV / Secrétariat FSA
Marktgasse 4, Postfach 8321,
CH-3001 Bern
Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16
info@sav-fsa.ch, www.sav-fsa.ch

Inserate / Annonces
Stämpfli AG
Postfach, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 41, Fax 031 300 63 90
inserate@staempfli.com

Auflage / Tirage
9193 Exemplare / exemplaires
(notariell beglaubigt / authentifié par
un notaire)

Vertrieb / Distribution
Stämpfli Verlag AG
Periodika
Wölflistrasse 1, Postfach 5662
CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88
periodika@staempfli.com
Mitglieder des SAV melden sich für
Adressänderungen bitte direkt beim SAV.
Les membres de la FSA s'adressent
directement à la FSA pour leurs change-
ments d'adresse.

Preise / Prix
Jährlich / Annuel:
CHF 198.-, EUR 248.- (Print und Online);
CHF 159.-, EUR 159.- (Online)
Studenten / Etudiants: CHF 98.-
Preise inkl. MwSt. (Online 8% / Print 2,5%)
und Versandkosten.
Einzelheft / Numéro séparé:
CHF 26.-, EUR 26.-
Mitglieder des SAV gratis/
Membres FSA gratuit
Alle Preise inkl. 2.5% MwSt./
Tous les prix incluent la TVA de 2.5%
Die Preisangaben in € gelten nur
für Europa.
Les prix indiqués en € ne sont valables
que pour l'Europe.

Copyright
©Titel <<Anwaltsrevue / Revue de
l'Avocat>> by Schweizerischer Anwalts-
verband, Bern
© Inhalt by Schweizerischer Anwaltsver-
band, Bern und Stämpfli Verlag AG, Bern
© Gestaltung und Layout by Schweizeri-
scher Anwaltsverband, Bern.
Gestalter: grafikraum, Bern

Alle Rechte vorbehalten. Die Zeitschrift
und ihre Teile sind urheberrechtlich ge-
schützt. Veröffentlicht werden nur bisher
noch nicht im Druck erschienene Original-
beiträge. Die Aufnahme von Beiträgen
erfolgt unter der Bedingung, dass das aus-
schliessliche Recht zur Vervielfältigung
und Verbreitung an den Stämpfli Ver-
lag AG und den Schweizerischen Anwalts-
verband übergeht. Jede Verwertung und
Vervielfältigung bedarf der vorherigen
schriftlichen Einwilligung des Verlages.
Tous droits réservés. La revue est protégée
par la législation sur le droit d'auteur.
Ne sont publiées que des contributions
originales qui n'ont pas encore été diffu-
sées sous forme imprimée. Les contribu-
tions ne sont acceptées qu'à la condition
que le droit exclusif de reproduction et de
diffusion soit accordé à Stämpfli Editions
SA et à la Fédération Suisse des Avocats.
Toute exploitation et reproduction néces-
site l'accord écrit de l'éditeur.

Die in dieser Zeitschrift von Autorinnen
und Autoren geäußerte Meinungen und
Ansichten müssen sich nicht mit denjeni-
gen der Redaktion oder des SAV decken.
Les opinions exprimées dans cette revue
par les auteurs sont personnelles et n'en-
gagent ni la rédaction ni la FSA.

L'AUTORISATION D'EXÉCUTER UN ACTE POUR UN ÉTAT ÉTRANGER DANS LA PRATIQUE RÉCENTE

PHILIPPE VLADIMIR BOSS

Dr. en droit, avocat, Lausanne¹

Mots-clés: actes exécutés sans droit pour un État étranger, obtention de preuve à l'étranger, entraide judiciaire internationale en matière civile

La pratique récente du Département fédéral de justice et police donne certains éclairages sur les avis d'expert, affidavits et autres transmissions de données d'un groupe de sociétés effectués par une partie sise en Suisse dans le cadre d'une procédure civile à l'étranger.

I. Introduction

La participation à une procédure à l'étranger d'une personne (physique ou morale) domiciliée en Suisse pose fréquemment la question de l'application éventuelle de l'art. 271 CP, soit la possible exécution (illicite) d'un acte au profit d'un État étranger. En 2016, le Département fédéral de justice et police (DFJP) a rendu public plusieurs décisions (certaines datant d'années précédentes) sur requête de personnes parties à une procédure à l'étranger. Un court état des lieux non exhaustif s'impose, limité aux questions mises à jour par les décisions évoquées².

II. L'art. 271 CP dans la coopération interétatique

Selon l'art. 271 ch. 1 al. 1 CP, *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*. Le bien juridique protégé est le monopole étatique de puissance publique et la souveraineté suisse³, et non pas les intérêts privés⁴. En effet, le droit international exclut tout exercice de la puissance publique d'un État sur le territoire d'un autre État sans le consentement de ce dernier⁵.

L'art. 271 CP peut en particulier être enfreint par le contournement des règles de coopération interétatique⁶, qu'il s'agisse d'entraide judiciaire internationale en matière pénale⁷ ou d'assistance administrative en matière fiscale⁸, mais également en matière d'entraide judiciaire internationale en matière civile⁹. Dans ce dernier cas, il s'agira en particulier de la Convention conclue à La Haye le 18.3.1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en ma-

tière civile ou commerciale¹⁰. Ces réglementations n'empêchent pas nécessairement une personne de coopérer librement avec une autorité étrangère, tant que cette coopération ne viole pas l'art. 271 CP¹¹. Cette disposition a

- 1 L'auteur remercie Me Norbert Schenk, avocat-stagiaire, pour sa relecture attentive.
- 2 Pour une analyse plus globale de l'art. 271 CP dans ce cadre, voir GAUTHEY/MARKUS, *Zivile Rechtshilfe und Artikel 271 Strafgesetzbuch in RDS/ZSR 134 (2015) I*, 359; BSK-HUSMAN, art. 271 StGB, Bâle 2013; FISCHER/RICHA, *U. S. pretrial discovery on Swiss soil*, Bibliothek zur ZSR, Beiheft 49, Bâle 2010, pp. 44-57.
- 3 Arrêt du Tribunal fédéral 6B_402/2008 du 6.11.2008 consid. 2.3.2.
- 4 Arrêt du Tribunal fédéral 8G.125/2003 du 9.12.2003 consid. 1.3; décisions du Tribunal pénal fédéral BB.2012.133 du 25.4.2013 consid. 2.2.1; BB.2012.117 du 5.10.2012 consid. 1.4.
- 5 Arrêts du Tribunal fédéral 2C_197/2011 du 22.3.2011 consid. 2; 2C_201/2011 du 7.10.2011 consid. 2.1.
- 6 L'intention de contourner les règles de l'entraide constitue l'élément subjectif de l'infraction de l'art. 271 CP: v. SCHRAMM, *Entwicklungen bei der Strafbarkeit von privaten Zeugenbefragungen in der Schweiz durch Anwälte für ausländische Verfahren*, in *AJP/PJA 4/2006*, p. 492. À l'inverse, la notification conforme d'une ordonnance au domicile à l'étranger ne contourne pas les règles d'entraide et ne réalise pas l'infraction de l'art. 271 CP: v. décision du Tribunal pénal fédéral RR.2008.110 du 2.6.2008 consid. 2.5.
- 7 V. décision du Tribunal pénal fédéral RR.2015.196-198 du 18.11.2015 consid. 2.2.1.
- 8 V. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-4695/2015 du 2.3.2016 consid. 6.6.1.
- 9 JAAC 2016.4, 38-43 consid. 11.
- 10 CLaH 1970, RS 0.274.132. La Suisse a formulé une réserve par laquelle elle a indiqué que la Convention s'applique de manière exclusive et que *priorité doit être donnée en tout état de cause aux procédures prévues par celle-ci pour les demandes d'obtention de preuves à l'étranger* (réserve ad art. 1 CLaH 1970); sur la portée de cette réserve v. GAUTHEY/MARKUS, *L'entraide judiciaire internationale en matière civile*, Berne 2014, § 546.
- 11 Arrêt du Tribunal administratif fédéral B-5579/2013 du 14.10.2014 consid. 3.3.3.

pourtant notamment pour but d'éviter que les dispositions suisses sur l'entraide en matière civile ou pénale puissent être détournées¹². Certains auteurs considèrent même que celui qui donnerait suite à une ordonnance judiciaire étrangère contrevenant à l'art. 271 CP serait lui-même punissable¹³.

Une autorisation administrative suisse est alors nécessaire aux fins d'éviter à celui qui la requiert que son acte ne soit punissable au regard de l'art. 271 CP¹⁴. Il faut, pour qu'une telle autorisation soit octroyée, que la coopération internationale ne soit pas exclue en principe, mais paraisse vaine ou impossible à mettre en pratique¹⁵. Cette autorisation, si elle est octroyée, ne dispense pas son bénéficiaire de respecter d'autres dispositions de l'ordre juridique suisse (notamment celles de la Loi sur les banques¹⁶, la Loi sur la protection des données¹⁷ ou les dispositions découlant du droit du travail¹⁸)¹⁹. En vertu de l'art. 31 al. 1 et 2 de l'Ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration²⁰, *dans leur domaine, les départements et la Chancellerie fédérale décident des autorisations de procéder, pour un État étranger, à des actes qui relèvent des pouvoirs publics, prévues à l'art. 271 ch. 1 du code pénal. Les cas d'importance majeure, sur le plan politique ou autre, doivent être soumis au Conseil fédéral*²¹. Ce fut notamment le cas des autorisations octroyées aux banques suisses de participer au programme américain²².

Ainsi donc, l'autorisation de l'art. 31 OLOGA doit permettre à une partie en Suisse d'effectuer, lorsque l'entraide n'est pas praticable, certains actes relevant des pouvoirs publics, sans risquer de se rendre coupable de l'infraction à l'art. 271 CP.

III. Dans le cadre de l'entraide judiciaire en matière civile en particulier

Quatre décisions publiées en 2016 relatives à des demandes d'autorisations adressées au DFJP apportent un éclairage utile sur les restrictions imposées aux parties domiciliées en Suisse dans une procédure civile étrangère comme sur les démarches à envisager dans ce cadre.

Nous examinerons les rappels et précisions de la portée de l'art. 271 CP par le DFJP, en particulier sur la notion «d'acte relevant des pouvoirs publics» (1.), avant d'évoquer les différents cas pratiques soumis à la connaissance du DFJP (2.).

1. Quelques précisions apportées par le DFJP

Dans les différentes affaires lui ayant été soumises, le DFJP a rappelé que la production de pièces dans une procédure civile étrangère par une partie n'est, en principe, pas un acte qui relève d'un pouvoir public suisse²³. Il en va de même des informations fournies au tribunal étranger quant à la simple existence des pièces en question²⁴. En revanche, la remise d'ordonnance de preuve à des entités sises en Suisse constitue des *actes relevant des pouvoirs publics [suisses]* au sens de l'art. 271 CP²⁵. De tels actes doivent dès lors être exécutés dans le respect des règles d'entraide judiciaire en matière civile²⁶.

Le DFJP a clairement retenu que les voies de l'entraide internationale en matière civile ne doivent pas nécessairement être empruntées si le non-respect, par la partie sise en Suisse, de ses obligations de procédure ne peut pas avoir de conséquences pénales²⁷. Le critère de distinction entre la production spontanée de pièces par une partie et la production sur ordre du tribunal étranger réside ainsi essentiellement dans les potentielles sanctions en cas de non-production de la pièce. Lorsque le tribunal étranger invite ou autorise une partie à produire une pièce, sans conséquence en cas de non-production autre que la perte d'une chance de gagner le procès, il s'agit seulement d'une production spontanée, ne pouvant être ni soumise à autorisation ni constitutive d'une infraction à l'art. 271 CP²⁸.

Ainsi, l'autorité judiciaire étrangère, de même que l'avocat agissant sur son autorisation, en communiquant en Suisse une menace de sanction pénale en cas de non-respect d'une ordonnance de procédure (p.ex. *subpoena* américaine), peut commettre l'infraction de l'art. 271 CP²⁹. Pour le cas où l'ordonnance serait contraire à l'art. 271 ch. 1 al. 1 CP, la production de pièces s'y conformant pourrait même engager la responsabilité pénale de la partie à la procédure au titre de l'art. 271 ch. 1 al. 3 CP, qui réprime la «favorisation» («*Vorschubleisten*») de la commission d'actes relevant des pouvoirs publics suisses³⁰.

12 Décision du Tribunal pénal fédéral BB.2012.133 du 25. 4. 2013 consid. 4.2.3; v. ég. arrêt du Tribunal pénal fédéral SK.2012.20 du 29. 1. 2013 consid. 2.1 (confirmé par arrêt du Tribunal fédéral 6B_235/2013 du 22. 7. 2013 consid. 1.4); JAAC 2016.4, 38-43 consid. 11.

13 GAUTHEY/MARKUS, L'entraide judiciaire, § 226. Au sujet de l'acte de favorisation de l'art. 271 al. 1 ch. 3 CP: V. SCHRAMM, *op. cit.*, p. 493.

14 En matière d'entraide judiciaire internationale en matière pénale, l'autorisation interviendra plutôt par la voie de l'art. 65a EIMP (RS 351.1).

15 Décision du Conseil fédéral 25. 6. 1997 in JAAC 61.82 consid. 4; Décision du Tribunal pénal fédéral BB.2012.133 du 25. 4. 2013 consid. 4.2.3.

16 LB; RS 952.0.

17 LPD; RS 235.1.

18 Notamment Art. 328 CO; RS 220.

19 v. ATF 141 III 119 consid. 8.5; moins catégorique ATF 141 I 201 consid. 4.7; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-4695/2015 du 2. 3. 2016 consid. 6.5.2. Il s'agit bien d'apprécier l'acte au regard du droit suisse et non du droit étranger: v. arrêt du Tribunal pénal fédéral SK.2014.16 du 24. 9. 2014, consid. 2.1.2.1.

20 OLOGA; RS 172.010.1.

21 Cette procédure correspond en partie à la faculté réservée aux art. 15 à 17 de la CLaH 1970 (et la Réserve n° 5 de la Suisse).

22 «Musterverfügung» du 3. 7. 2013 du Département fédéral des finances: <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/31820.pdf>.

23 JAAC 2016.4, 38-43 consid. 10; JAAC 2016.7 56-61, consid. 7; JAAC 2016.8, 62-70 consid. 8.

24 JAAC 2016.4, 38-43 consid. 10; JAAC 2016.7, 56-61 consid. 9.

25 JAAC 2016.4, 38-43 consid. 8.

26 V. JAAC 2016.4, 38-43 consid. 9.

27 JAAC 2016.3, 32-37 consid. 7; JAAC 2016.7, 56-61 consid. 8; JAAC 2016.8, 62-70 consid. 9.

28 V. JAAC 2016.7, 56-61 consid. 8.

29 JAAC 2016.4, 38-43 consid. 8.

30 JAAC 2016.4, 38-43 consid. 10.

Toutefois, le DFJP retient que cette favorisation doit être causale et correspondre réellement à une assistance. Il n'a donc pas considéré que celui qui donne simplement suite à une ordonnance telle que décrite ci-dessus se rend coupable de l'infraction de l'art. 271 CP³¹.

Comme autre clef de définition d'un acte relevant des pouvoirs publics, le DFJP a également laissé entendre, mais en laissant la question ouverte, que tout acte pouvant être effectué directement par une partie dans une procédure civile suisse pouvait également l'être à l'étranger³². Il a également jugé que ne relèvent pas de l'infraction de l'art. 271 CP la collecte et la production de documents qui ne concernent que la partie qui produit elle-même les documents³³, ses collaborateurs s'ils procèdent personnellement et volontairement³⁴, ou les sociétés faisant partie de son groupe³⁵. Il en va de même lorsque les documents à produire sont une simple expertise privée sur des informations à libre disposition³⁶ ou un *affidavit* vidimé devant notaire³⁷. En revanche, toute administration de preuves qu'une partie effectue en Suisse en agissant «comme un organe judiciaire» tombe sous le coup de l'art. 271 CP³⁸.

2. Les cas concrets examinés

Sur la base des éléments rappelés ci-avant, le DFJP a eu à connaître des requêtes suivantes et rendu les décisions correspondantes:

- La première affaire consistait en un procès pendant devant les autorités anglaises, dans le cadre duquel une société sise en Suisse était invitée à produire, sans menace de sanctions pénales, des documents en ses mains ou en mains de sociétés de son groupe. Elle demandait au DFJP l'autorisation d'y procéder. Le DFJP a rejeté la requête en considérant que les conditions de l'art. 271 CP n'étaient pas remplies, en particulier que les documents se trouvaient déjà en mains de la partie à la procédure, voire du groupe dont elle fait partie. Elle n'effectuait ainsi aucune tâche revenant à une autorité judiciaire³⁹.
- La deuxième affaire concernait une procédure de *discovery* aux États-Unis, liée à l'exécution aux États-Unis d'un arrêt américain par ailleurs déclaré exécutoire en Suisse par le Tribunal fédéral. Dans ce cadre, le tribunal américain avait ordonné par *subpoena* à une société suisse de fournir l'intégralité de la documentation, dont une part se trouvait en Suisse, relative aux comptes et aux valeurs patrimoniales de certaines personnes auxquelles elle est liée (notamment ses filiales, succursales, sociétés de groupe ou sœurs, etc.), totalisant pas moins de 80 personnes morales et 30 personnes physiques. La société suisse avait indiqué au tribunal américain que cette demande pourrait contrevenir aux art. 47 LB et 271 et 273 CP, et l'Ambassade de Suisse avait confirmé que la voie de l'entraide internationale devait être empruntée. Le tribunal américain avait jugé que le risque évoqué par la société suisse était abstrait et avait fixé un délai à brève échéance (deux mois) pour fournir la documentation demandée ou fonder au cas par cas la viola-

tion du droit suisse. Deux semaines avant l'échéance de ce délai, la société suisse avait requis le DFJP de l'autoriser à procéder à une recherche parmi les documents requis par le tribunal américain.

Le DFJP a retenu que la transmission de la *subpoena* par le tribunal américain et l'avocat commis à la notification pouvait réaliser l'infraction de l'art. 271 ch. 1 al. 1 CP. Il a toutefois considéré que la fourniture des pièces par la société suisse ne constituait pas un acte relevant des pouvoirs publics suisses dès lors que l'arrêt américain était définitif et avait été définitivement déclaré exécutoire en Suisse. L'acte de la partie concernée ne pouvait pas non plus être considéré comme «favorisation» au sens de l'art. 271 ch. 1 al. 3 CP. Il a néanmoins indiqué qu'en cas de nouvelle ordonnance du tribunal américain contournant les règles de l'entraide, la situation devrait être appréciée de nouveau. En conséquence, le DFJP a considéré que les actes décrits par la société suisse ne constituaient pas les éléments constitutifs de l'infraction à l'art. 271 CP et que, dès lors, sa demande d'autorisation était sans objet⁴⁰.

- La troisième affaire avait trait à une procédure commerciale pendante devant la *Grand Court of the Cayman Island*, devant laquelle une société suisse était atraite pour des prétentions pécuniaires. Dite société entendait remettre à cette autorité divers *affidavits* vidimés devant notaire, par le président de son Conseil d'administration et par l'un de ses membres. Ces *affidavits* devaient renseigner le tribunal étranger sur certains faits de la cause, sur un point qui semble, à lecture de la décision, être de nature essentiellement procédurale. La société et ses deux organes demandaient au DFJP de les autoriser à remettre lesdits *affidavits* à la *Grand Court of the Cayman Island*. Le DFJP a rejeté la requête, considérant que les actes en question n'étaient pas constitutifs d'actes relevant des pouvoirs publics, dès lors que les *affidavits* étaient librement remis à l'autorité étrangère (sans menace de sanction pénale en cas de refus) et ne constituaient pas un acte qu'un tribunal aurait pu effectuer en Suisse⁴¹.

31 JAAC 2016.4, 38-43 consid. 13. Sur la dispute doctrinale: FISCHER/RICHA, *op. cit.*, p. 53, § 135 ss.; BSK-HUSMAN, ad art. 271 StGB, § 39.

32 JAAC 2016.3, 32-37 consid. 9; JAAC 2016.7, 56-61 consid. 9; JAAC 2016.8, 62-70 consid. 11. Dans un même ordre d'idée, certains auteurs soutiennent que l'art. 271 CP ne serait qu'une usurpation de fonctions (art. 287 CP) commise dans un contexte international: FISCHER/RICHA, *op. cit.*, p. 48, § 123; SCHRAMM, *op. cit.*, p. 494. Moins tranché: BSK-HUSMAN, ad art. 271 StGB, § 17.

33 JAAC 2016.4, 38-43 consid. 11.

34 JAAC 2016.7, 56-61 consid. 10.

35 JAAC 2016.3, 32-37 consid. 9.

36 JAAC 2016.8, 62-70 consid. 12-15.

37 JAAC 2016.7, 56-61 consid. 10.

38 JAAC 2016.3, 32-37 consid. 9; JAAC 2016.7, 56-61 consid. 9.

39 JAAC 2016.3, 32-37.

40 JAAC 2016.4, 38-43.

41 JAAC 2016.7, 56-61.

- La quatrième affaire concernait une banque ayant son siège en Suisse, partie à une procédure civile au Royaume-Uni. Dans ce cadre, un ancien client prétendait au non-respect de certaines bonnes pratiques de la banque privée suisse, ayant conduit à une perte de ses avoirs. Le tribunal anglais a autorisé (et non ordonné) aux parties de s'adjoindre chacune un expert appelé à se prononcer au sujet desdites bonnes pratiques et leur respect, ou non, dans le cas d'espèce. Craignant de procéder, ce faisant, à un «acte qui relève des pouvoirs publics suisses», la banque en question avait demandé au DFJP de dire que cet acte ne relevait pas de l'art. 271 CP et, subsidiairement, de l'autoriser à y procéder. La banque précisait que l'avis d'expert demandé ne contiendrait aucune donnée de tiers.

Le DFJP a retenu que la banque n'avait pas d'obligation de produire des pièces (*a fortiori* n'encourrait pas de sanction pénale) mais était libre, si elle souhaitait faire prévaloir sa thèse dans le cadre de la procédure civile anglaise, de soumettre un avis d'expert. Cet expert n'était pas nommé judiciairement, mais se trouvait seulement dans un rapport de droit privé avec la banque en question. Il ne procédait à aucun acte en Suisse, mais donnait seulement son avis sur certaines pratiques. Aucune ordonnance judiciaire n'était notifiée en Suisse. Dès lors que l'étape procédurale consistait en une pure incombance («*Obliegenheit*») et non pas en une obligation comprenant des conséquences pénales éventuelles, la voie de l'entraide ne devait pas être empruntée. Ainsi, aucun acte relevant des pouvoirs publics suisses n'était évité, de sorte qu'aucune autorisation au sens de l'art. 271 CP n'était nécessaire⁴².

IV. Éléments déterminants d'une autorisation découlant de l'art. 271 CP

La pratique administrative ici décrite permet d'identifier certains des éléments essentiels, parmi d'autres⁴³, pour juger de l'éventuelle commission de l'infraction à l'art. 271 CP et, en conséquence, des motifs pouvant mener une partie à demander l'autorisation de l'art. 31 OLOGA.

1. La sanction attachée à l'injonction judiciaire étrangère

Par principe, toute partie est libre de collaborer avec une autorité étrangère en lui remettant les documents en sa possession ou des déclarations qu'elle fait spontanément. Si, en revanche, sa participation intervient ensuite d'une menace de sanction pénale, cette participation doit être requise par l'autorité étrangère par le biais de l'entraide judiciaire internationale en matière civile, à défaut de quoi l'autorité étrangère et la partie en Suisse agissant pour elle se rendent coupables de l'infraction à l'art. 271 CP. La question de la punissabilité de celui qui donne suite à une ordonnance judiciaire étrangère contenant une menace de sanction pénale non notifiée par les voies de l'entraide (indépendamment du type de preuve qu'il transmettrait en exécution de cette ordonnance), demeure à

ce stade ouverte. Le DFJP ne s'est pourtant pas fondé sur ce motif pour déclarer tout bonnement irrecevables les requêtes qui lui ont été présentées, de sorte qu'on ne saurait retenir que celui qui se contente de donner suite à un acte étranger potentiellement contraire à l'art. 271 CP n'est dans tous les cas de figure pas coupable de cette infraction.

La menace de sanctions pénales devrait ainsi être le critère déterminant (mais non indispensable⁴⁴) pour établir si l'on est en présence «d'actes relevant des pouvoirs publics»⁴⁵.

Cela dit, lorsqu'il a constaté que l'autorité judiciaire étrangère avait effectivement contourné les règles de l'entraide (notamment en menaçant d'une sanction pénale)⁴⁶, le DFJP, dans le cadre de l'examen d'une éventuelle autorisation de l'art. 271 CP, n'a pas retenu que la voie de l'entraide paraissait impossible à mettre en pratique⁴⁷. Dans le cas d'espèce, l'argument lié à l'exécution de la décision étrangère ne convainc pas, dès lors précisément que les actes en question ne font pas l'objet d'une demande de reconnaissance et d'exécution en Suisse. Au contraire, le DFJP n'a laissé aucun autre choix à la partie requérante que de donner suite à l'ordre du tribunal américain, pourtant contraire à l'art. 271 CP. C'est alors sous l'angle du droit de l'État étranger qu'il faudrait apprécier les possibilités (*a priori* faibles) de faire constater que l'injonction en question est nulle, car contraire au droit suisse, ce qui paraît regrettable.

2. Le caractère déterminé des preuves à remettre

De l'avis du DFJP, la simple indication au tribunal étranger de l'existence ou non de documents (sans les remettre à ce stade) est compatible avec l'ordre juridique suisse. Ce faisant, le DFJP ne fait aucune mention de la réserve faite par la Suisse à l'art. 23 CLaH 1970. Par cette réserve, «la Suisse déclare que les commissions rogatoires qui ont pour objet une procédure *pre-trial discovery of documents* ne seront pas exécutées si [...] (b) il est exigé d'une personne qu'elle indique quelles pièces relatives au litige se trouvent ou se sont trouvées en sa possession, en sa détention ou en son pouvoir de disposition». Il s'agit d'une interdiction de la *fishing expedition* et d'une protection contre le renversement du fardeau de la preuve⁴⁸.

De longue date, il a été recommandé d'interpréter cet art. 23 CLaH dans le sens donné par la réserve formulée par le Royaume-Uni, qui entend les commissions rogatoires qui ont pour objet une procédure de *pre-trial discovery*

42 JAAC 2016.8, 62-70.

43 V. GAUTHEY/MARKUS, *Zivile Rechtshilfe*, pp. 369-373.

44 Arrêt du Tribunal fédéral 9X.1/1999 du 7.7.2000 consid. 6b.

45 En ce sens, FISCHER/RICHA, *op. cit.*, p. 47, § 121.

46 JAAC 2016.4, 38-43 consid. 14.

47 V. Décision du Conseil fédéral 25.6.1997 in JAAC 61.82 consid. 4; Décision du Tribunal pénal fédéral BB.2012.133 du 25.4.2013 consid. 4.2.3.

48 V. FISCHER/RICHA, *op. cit.*, p. 110, § 293-296.

of documents» comme comprenant «toute commission rogatoire qui exige d'une personne de (a.) déclarer quels documents concernant le cas auquel la commission rogatoire a trait, se trouvent ou se sont trouvés en sa possession, garde ou pouvoir; ou (b.) présenter des documents autres que les documents particuliers spécifiés dans la commission rogatoire comme des documents qui paraissent à la Cour saisie être, ou probablement être, en sa possession, garde ou pouvoir»⁴⁹. L'art 23 CLaH semble dès lors s'appliquer à toutes formes de «discovery», et non seulement aux «pre-trial discovery»⁵⁰. La Conférence de la Haye recommande ainsi à tous les États signataires d'interpréter l'art. 23 CLaH comme le Royaume-Uni⁵¹, et la position de la Suisse ne paraît pas en diverger⁵².

Dès lors, s'agissant de la deuxième affaire évoquée ci-avant où il était question d'une procédure de *discovery* (sans plus de précision à lecture de la décision)⁵³, il semble que, en faisant une injonction vraisemblablement contraire à la réserve de la Suisse à l'art. 23 CLaH 1970 (qui plus est avec menace de sanction pénale), l'autorité étrangère, le cas échéant avec conscience et volonté, a cherché à contourner les règles de l'entraide. Il est alors regrettable que le DFJP n'ait pas analysé le cas sous l'angle de la réserve à l'art. 23 CLaH et tiré toutes les conséquences de la possible infraction à l'art. 271 CP⁵⁴.

3. La distinction entre preuves à disposition et preuves à obtenir

S'agissant de l'acte en soi, on relèvera de ces affaires que la remise d'un *affidavit* n'est pas constitutif d'un acte relevant des pouvoirs publics suisses⁵⁵. Pour rappel, le Tribunal fédéral a tenu pour infraction à l'art. 271 CP le fait pour un avocat de procéder en Suisse à l'audition d'un témoin pour le bénéfice d'un tribunal étranger⁵⁶, alors que le Ministère public zurichois, dans un contexte légèrement différent, en a décidé autrement⁵⁷. La distinction entre *affidavit* et audition de témoin est fine, en particulier lorsque la personne déclarante n'est pas la partie elle-même, mais l'un de ses collaborateurs par exemple (ou tout tiers). La spontanéité des déclarations, ou au contraire la réponse à des questions, devrait être le critère de distinction.

L'avis d'expert, en tant qu'il se contente de rassembler et analyser des informations générales à la libre disposition du public, n'entre pas dans le champ de l'art. 271 CP et ne nécessite pas d'autorisation⁵⁸.

Il en va de même lorsque les preuves à rassembler sont en mains d'un groupe de sociétés et ne doivent pas être obtenues en dehors de ce cadre.

Il est donc décisif de déterminer si les preuves («testimoniales» ou matérielles) demandées sont en possession de la partie concernée (ou ses collaborateurs, ou à l'intérieur de son groupe) ou si celle-ci doit les obtenir par diverses démarches en Suisse (réculte de pièces, auditions, etc.). Ceci dit, à ce jour, le Tribunal fédéral considère que la collecte de moyens de preuve «de toutes sortes»⁵⁹ tombe sous le coup de l'art. 271 CP. Ces incertitudes devraient dès lors enjoindre tout plaideur à la prudence et

conduire à demander, en cas de doute, l'autorisation au DFJP, le cas échéant pour que, moindre mal, celle-ci soit refusée.

V. Conclusions

La procédure d'autorisation de l'art. 31 OLOGA demeure un instrument particulier dans l'arsenal juridique suisse en cela qu'il permet d'obtenir d'une autorité officielle, en amont de la commission d'un acte, l'absolution pénale ou la mise en garde claire contre des conséquences pénales à venir. C'est là un instrument essentiel dont il faut savoir user à bon escient. Le DFJP semble traiter ces requêtes avec célérité, et une décision peut être obtenue en quelques semaines dans certains cas.

Dans les cas analysés ici, le DFJP a rejeté toutes les demandes estimant que les actes envisagés n'entraient pas dans le cadre de l'art. 271 CP. Dans certains cas, il peut s'agir d'un vrai confort pour les plaideurs à l'étranger. Dans d'autres, il apparaît, comme dans tous les domaines de coopération interétatique, que la présomption de bonne foi accordée à l'autorité étrangère paraît sans limite. Enfin, les situations procédurales et les autorités amenées à juger de l'art. 271 CP sont variées: le DFJP

49 Réserve du Royaume-Uni à l'art. 23 de la CLaH 1970: <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/status-table/notifications/?csid=564&disp=resdn>. V. BUREAU PERMANENT DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, Rapport sur les travaux de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la CLaH 1970, La Haye 1978, § 2 (https://assets.hcch.net/upload/scrpt78f_20.pdf).

50 V. BUREAU PERMANENT DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, Rapport sur les travaux de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la CLaH 1970, La Haye 1985, § 4 (https://assets.hcch.net/upload/scrpt85f_20.pdf).

51 CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, Conclusions et recommandations de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions de la Haye Apostille, Obtention des preuves et Notification (28.10.au 4.11.2003), § 29 et 34 (https://assets.hcch.net/upload/wop/lse_concl_f.pdf); CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, Conclusions et recommandations de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions de la Haye Apostille, Notification, Obtention des preuves et Accès à la justice (2 au 12. 2. 2009), § 51.

52 MESSAGE du Conseil fédéral concernant la ratification de quatre instruments internationaux relatifs à l'entraide judiciaire en matière civile et commerciale, FF 1993 III 1185, 1227.

53 JAAC 2016.4, 38-43 consid. 2.

54 Outre la commission de l'infraction, cette démarche aurait pu avoir des conséquences découlant des obligations internationales des États parties à la Convention de la Haye de 1970, voir son art. 36. En ce sens, v. ég. GAUTHEY/MARKUS, L'entraide judiciaire, *op. cit.*, §§ 199.

55 En ce sens: GAUTHEY/MARKUS, *Zivile Rechtshilfe*, p. 368, 375; SCHRAMM, *op. cit.*, p. 499.

56 V. ATF 114 IV 128 consid. 2c, rendu à l'aune des codes cantonaux de procédure et critiqué. V. notamment SCHRAMM, *op. cit.*; FISCHER/RICHA, *op. cit.*, p. 50, § 129; BSK-HUSMAN, ad art. 271 StGB, § 26.

57 V. SCHRAMM, *op. cit.*

58 En ce sens. V. GAUTHEY/MARKUS, *Zivile Rechtshilfe*, pp. 378.

59 «Beweiserhebungen aller Art», arrêt du Tribunal fédéral 6B_402/2008 du 6.11.2008 consid. 2.3.2.

en amont, le Tribunal administratif fédéral ou le Tribunal pénal fédéral pour définir si les règles de coopération étatique ont été violées, les tribunaux cantonaux dans le cadre d'entraide civile, et le Tribunal fédéral. Les motifs d'insécurité sont donc nombreux.

Lorsque la participation d'une personne en Suisse à une procédure civile à l'étranger implique, d'une part, à

tout le moins une sanction en cas de non-exécution, et/ou, d'autre part, la remise de preuves indéterminées ou l'obtention de preuves qui ne sont pas à la disposition directe et immédiate de la partie concernée (ou de ses collaborateurs ou sociétés de son groupe), cette dernière pourrait être inspirée de requérir du DFJP l'autorisation de l'art. 31 OLOGA/271 CP.

Publication officielle de la FSA.



Revue de l'avocat

L'organe professionnel de la Fédération
Suisse des Avocats

Fédération Suisse des Avocats
(éditeur)

Abonnement annuel CHF 198.–

Paraît 10x par année, allemand/français,
broché, 1422-5778

Stämpfli
Editions

Stämpfli Editions SA

Wölflistrasse 1

Postfach 5662

CH-3001 Bern

Tel. +41 31 300 66 44

Fax +41 31 300 66 88

order@staempfli.com

www.staempflishop.com

La revue de l'avocat constitue l'organe officiel de publication de la SAV/FSA. Elle informe chaque mois sur les questions brûlantes de politique professionnelle et juridique, éclaire le développement actuel du droit sous tous ses aspects et montre ce qui est important dans la pratique.

Public cible : avocats, juges, professeurs, étudiants et juristes actifs dans l'administration et l'économie.

Je commande

___ ex. abonnement papier Suisse, CHF 198.–

___ ex. abonnement numérique, CHF 159.–

___ ex. cahier à l'unité (port en sus), CHF 25.–

Prix sans affiliation et rabais.

Sous réserve de modification de prix.

Nom, prénom _____

Entreprise _____

Rue/NPA, lieu _____

E-Mail _____

Je m'abonne à la newsletter

Date, signature _____

1299-44/15