



Note explicative relative à la décision modèle du Conseil fédéral suisse du 3 juillet 2013

Etablie par le Département fédéral des finances et adressée individuellement aux banques suisses qui font une demande d'autorisation au sens de l'article 271 du Code pénal suisse. Le but de cette note explicative est de préciser des éléments essentiels de la décision-modèle.

I. Généralités

La décision modèle du Conseil fédéral suisse a pour objectif d'autoriser les banques suisses à coopérer avec le Département de justice américain (DOJ) et, notamment, à participer au programme volontaire du DOJ qui offre aux banques suisses qui ne font pas actuellement l'objet d'une enquête pénale autorisée par la division fiscalité du DOJ la possibilité de clarifier leur statut en relation avec les procédures en cours au sein du DOJ et qui vise à soutenir le DOJ dans ses efforts pour faire respecter la loi.

L'autorisation du Gouvernement suisse accordée à une banque suisse conformément à l'article 271 du Code pénal suisse permet à la banque concernée de coopérer avec le DOJ dans le cadre des dispositions légales en vigueur et ainsi de participer de manière effective au programme.

Il est entendu que la seule participation des banques suisses au programme n'affecte pas les décisions à prendre par le DOJ.

Cette note explicative s'applique *mutatis mutandis* aux autorisations concernant des banques contre lesquelles le DOJ a déjà engagé une procédure pénale.

II. Remarques spécifiques

1. Concernant le chiffre 1.1 de la décision modèle :

- a) Il est entendu que le terme « Informations générales et documentations » inclut toutes les informations pertinentes exigées en vertu du paragraphe II.D.1 du programme du DOJ.
- b) Il est entendu que le terme « Personnes américaines » utilisé dans ce paragraphe inclut également des personnes juridiques (telles que les sociétés, les sociétés de personnes, les trusts).

2. Concernant le chiffre 1.2 de la décision modèle:

Il est entendu que le terme « Données bancaires du client » comprend uniquement les données d'identification personnelle du client de la banque (telles que le nom, l'adresse, le numéro d'assurance sociale, le numéro de compte).

3. Concernant le chiffre 1.3 de la décision modèle :

Il est entendu que le terme « Leaver Lists » inclut toutes les informations pertinentes exigées en vertu du paragraphe II.D.2 du programme du DOJ.

4. Concernant le chiffre 1.5 de la décision modèle:

Le 29 mai 2013, un accord a été signé entre l'Association des employés de banques, l'Association patronale des banques suisses et l'Association suisse des banquiers. Cet accord entre en vigueur le jour de la publication du programme. La condition fixée au chiffre 1.5 est par conséquent remplie.¹

¹ Sur le plan matériel, cette disposition exige que ceux qui reçoivent les autorisations s'en tiennent effectivement aux dispositions convenues dans l'arrangement.



[Date]

Modèle de Décision du Conseil fédéral

dans la cause

Banque X,

requérante

représentée par [...],

concernant

la requête en autorisation selon l'art. 271 du code pénal suisse du 21 décembre 1937
(CP; RS 311.0) du [...]

I. Exposé des faits

1. *Variante 1 : Depuis [...], la requérante fait l'objet d'une procédure pénale engagée par les autorités américaines pour une possible violation du droit américain en raison de ses relations d'affaires avec des personnes assujetties à l'impôt aux Etats-Unis d'Amérique. Jusqu'à présent, la requérante n'a pas présenté la requête pour obtenir une autorisation au sens de l'art. 271 CP. / La requérante a déjà obtenu une autorisation au sens de l'art. 271 CP le 4 avril 2012, autorisation qui doit être remplacée par la présente.*

Variante 2 : La requérante envisage de participer au programme du Department of Justice (DoJ) visant au règlement du différend fiscal entre les banques suisses et les Etats-Unis d'Amérique. Dans ce contexte, elle présente une requête d'autorisation au sens de l'art. 271 ch. 1 CP.

2. [Contenu de la requête]

II. Bases juridiques

3. Aux termes de l'art. 31 de l'ordonnance du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA; RS 172.010.1), les départements et la Chancellerie fédérale décident, dans leur domaine, des autorisations de procéder pour un Etat étranger à des actes qui relèvent des pouvoirs publics, prévues à l'art. 271 ch. 1 CP. En vertu de l'art. 31 al. 2 OLOGA, les cas d'importance majeure, sur le plan politique ou autre, doivent être soumis au Conseil fédéral.
4. Selon l'art. 271 ch. 1 CP, celui qui, sans y être autorisé, aura procédé sur le territoire suisse pour un Etat étranger à des actes qui relèvent des pouvoirs publics (al. 1), celui qui aura procédé à de tels actes pour un parti étranger ou une autre organisation de l'étranger (al. 2) ou celui qui aura favorisé de tels actes (al. 3) 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. Pour qu'une activité soit qualifiée d'«acte exécuté pour un Etat étranger» au sens de l'art. 271 ch. 1 CP, il suffit qu'elle soit exécutée dans l'intérêt de l'Etat étranger et qu'elle lui soit destinée (MARKUS HUSMANN, in: Basler Kommentar Strafrecht II, 3^e édition, Bâle 2013, art. 271, note 43). L'application de l'art. 271 ch. 1 CP suppose que la nature et le but de l'acte doivent avoir un caractère officiel, selon l'interprétation en droit suisse (arrêt du Tribunal fédéral 6B_402/2008, consid. 2.3.2; ATF 114 IV 130).
5. Les actes exécutés sur le territoire suisse qui font l'objet de la présente évaluation consistent pour l'essentiel dans la collecte, le traitement et la transmission de renseignements et documents au Department of Justice (DoJ). Ceci doit permettre aux autorités américaines d'obtenir les renseignements et documents requis en vue de régler le différend sans déposer de plainte. Les actes de la requérante à évaluer sont exécutés en faveur de la procédure étrangère et, par conséquent, dans l'intérêt d'une autorité étrangère. Il s'agit donc d'actes pour un Etat étranger qui revêtent un caractère officiel.
6. L'art. 271 ch. 1 CP ne contient pas d'éléments ou de directives quant aux conditions dans lesquelles une autorisation doit être accordée. Il faut peser, d'une part, l'intérêt à préserver la territorialité et la souveraineté de la Suisse et, d'autre part, celui à coopérer avec des autorités étrangères, tout en tenant compte de l'intérêt des particuliers concernés.
7. La collecte et la transmission de renseignements aux autorités américaines du fait des relations d'affaires de la requérante avec des personnes assujetties à l'impôt aux Etats-Unis d'Amérique et en lien avec une possible violation du droit américain ne constituent

pas des atteintes excessives à la souveraineté de la Suisse. En outre, l'intérêt de la requérante à coopérer avec les autorités américaines est important. En fin de compte, la collecte et la transmission des renseignements vise à éviter une plainte du DoJ à l'encontre de la requérante. Pour celle-ci, le dépôt d'une plainte aurait des conséquences majeures sur ses relations économiques avec les Etats-Unis. La requérante risque de ne plus pouvoir effectuer de transactions en dollars américains. Les problèmes opérationnels et financiers qui résulteraient d'une telle situation pourraient nuire considérablement à la requérante, voire menacer son existence.

8. L'autorisation prévue à l'art. 271 ch. 1 CP exclut uniquement une punissabilité en vertu de cette disposition. Elle ne dispense cependant pas du respect des autres dispositions du droit suisse, notamment de la prise en compte du secret d'affaires et du secret bancaire existants, des dispositions sur la protection des données et des obligations de l'employeur. La présente autorisation permet par conséquent de coopérer avec les autorités américaines uniquement dans le cadre de la législation suisse.
9. Lors de la pesée des intérêts, il y a lieu de tenir compte des droits de la personnalité des actuels et anciens membres du personnel de la requérante ainsi que des tiers potentiellement concernés en prévoyant une obligation d'informer et un droit d'obtenir des renseignements. Des devoirs d'assistance étendus et une protection appropriée contre la discrimination doivent de plus être prévus pour les actuels et anciens membres du personnel. Les banques récipiendaires des fonds mentionnées sur les «listes Leaver» sont également considérées comme des tiers concernés. Sont réputées «listes Leaver» les listes qui comprennent des données non personnelles ayant trait à la clôture de comptes et au transfert consécutif des fonds concernés dans une autre banque en Suisse ou à l'étranger.
10. La présente autorisation n'englobe pas les données de clients. Celles-ci peuvent être transmises uniquement par la voie de l'assistance administrative, dans le cadre de l'accord contre les doubles impositions qui a été conclu avec les Etats-Unis. Dans ces conditions, aucun intérêt prépondérant de tiers s'opposant à l'octroi d'une autorisation n'est manifeste.
11. Les autorisations fondées sur l'art. 271 ch. 1 CP doivent être accordées pour une durée limitée. Dans le cas d'espèce, l'autorisation est octroyée pour une année. Une prolongation est possible, moyennant une demande motivée. L'autorisation peut être révoquée si des conditions et obligations ne sont pas respectées.
12. En vertu de l'art. 2 al. 1 de l'ordonnance générale du 8 septembre 2004 sur les émoluments (OGE mol; RS 172.041.1), toute personne qui provoque une décision ou sollicite une prestation est tenue de payer un émolument. Dans le cas présent, l'émolument se monte à CHF [...].

Au vu de ce qui précède, **il est décidé:**

1. En rapport avec le règlement de sa situation juridique avec les Etats-Unis et vu l'art. 271 ch. 1 CP, la requérante et les personnes physiques agissant effectivement en son nom sont autorisées à coopérer avec les autorités américaines compétentes, dans le cadre de la législation suisse. L'autorisation est accordée pour les domaines suivants et aux conditions mentionnées ci-après:

1.1 Données pertinentes

L'autorisation s'applique aux renseignements et documentations d'ordre général concernant les pratiques commerciales de la requérante, ainsi qu'aux renseignements sur les relations d'affaires impliquant une personne américaine au sens de l'art. 2 par. 1 ch. 26 de l'accord du 14 février 2013¹ entre la Suisse et les Etats-Unis d'Amérique sur leur coopération visant à faciliter la mise en œuvre du FATCA (Foreign Account Tax Compliance Act).

1.2 Données bancaires de la clientèle

L'autorisation ne s'applique pas aux données des clients des banques. Celles-ci ne peuvent être transmises aux autorités américaines que sur la base d'une requête fondée sur l'art. 26 de la convention du 2 octobre 1996² en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur le protocole du 23 septembre 2009³ modifiant cette convention.

1.3 «Listes Leaver»

- a. Sont réputées «listes Leaver» les listes qui comprennent des données non personnelles ayant trait à la clôture de comptes et au transfert consécutif des fonds concernés dans une autre banque en Suisse ou à l'étranger.
- b. Les banques qui ont leur siège en Suisse et dont le nom figure sur ces listes doivent être informées des données les concernant au moins 20 jours avant la date prévue pour la transmission desdites données aux autorités américaines. Une copie de la lettre d'information doit être remise à l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA).
- c. Les «listes Leaver» remises aux autorités américaines ne doivent pas contenir de renseignements révélant l'identité de clients des banques.
- d. Si les «listes Leaver» contiennent des renseignements révélant l'identité de membres du personnel (actuels ou anciens) ou de tiers, les ch. 1.4 et 1.5 doivent être respectés.

1.4 Données personnelles des membres du personnel et des tiers

- a. Ne peuvent être transmises que des données personnelles de membres du personnel (actuels ou anciens) qui, au sein de la banque, ont organisé, suivi ou surveillé les relations d'affaires visées au ch. 1.1, ainsi que de tiers qui ont agi d'une manière similaire pour des relations d'affaires de ce genre.
- b. Les données personnelles de membres du personnel (actuels ou anciens) et de tiers ne peuvent être communiquées que si les personnes concernées ont été informées, au moins 20 jours avant la date prévue pour la transmission aux autorités

¹ FF 2013 2839

² RS 0.672.933.61

³ FF 2010 229; ratifié par la Suisse, mais pas encore entré en vigueur

américaines, de l'étendue et de la nature desdites données ainsi que de la période à laquelle ces données remontent.

- c. Si elle envisage de communiquer des données contre la volonté de la personne concernée, la requérante signale à cette dernière son droit d'intenter action selon l'art. 15 de la loi sur la protection des données. Elle transmet les données concernant cette personne au plus tôt dix jours après l'exécution de la notification, si aucune plainte relative à une interdiction de divulguer les données n'a été déposée, ou après l'entrée en force du rejet de la plainte.

1.5 Accord avec les associations du personnel

Avant la transmission de données de membres du personnel (actuels ou anciens) et afin de garantir la meilleure protection possible de ceux-ci, un accord avec les associations du personnel doit être conclu. Cet accord doit:

- a. concrétiser les devoirs d'assistance issus du droit du travail et prévoir notamment la prise en charge des frais d'avocat liés à la défense des intérêts des membres du personnel;
 - b. prévoir une réglementation des cas de rigueur pour les membres du personnel que la transmission des données les concernant met dans une situation difficile sur le plan personnel, financier ou professionnel;
 - c. prévoir une protection contre la discrimination selon laquelle les banques renoncent notamment à demander aux personnes qui sollicitent un emploi dans quelle mesure elles sont concernées par la transmission de données aux autorités américaines;
 - d. prévoir une protection contre le licenciement, lorsqu'un membre du personnel établit la vraisemblance d'une discrimination liée à une relation d'affaires avec une personne américaine.
2. L'autorisation est limitée à une année. Une prolongation est possible moyennant une demande motivée. L'autorisation peut être révoquée lorsque des conditions énoncées au ch. 1 ne sont pas respectées.
 3. *[La présente autorisation remplace l'autorisation accordée par le Conseil fédéral le 4 avril 2012].*
 4. La punissabilité en vertu de l'art. 271 CP est levée dans le cadre de la présente autorisation si les conditions énumérées au ch. 1 sont respectées. Toutefois, la requérante reste tenue d'observer les autres dispositions de la législation suisse applicables en l'espèce. Le non-respect des conditions énumérées au ch. 1 peut par ailleurs être puni d'une amende, conformément à l'art. 292 CP.
 5. L'émolument de CHF [...] dû pour la présente décision est à la charge de la requérante. Il est facturé séparément et doit être payé dans les 30 jours.

Notification à:

- la requérante, par le biais de son représentant légal (par lettre recommandée)

Copie à:

- Ministère public de la Confédération, Taubenstrasse 16, 3003 Berne
-