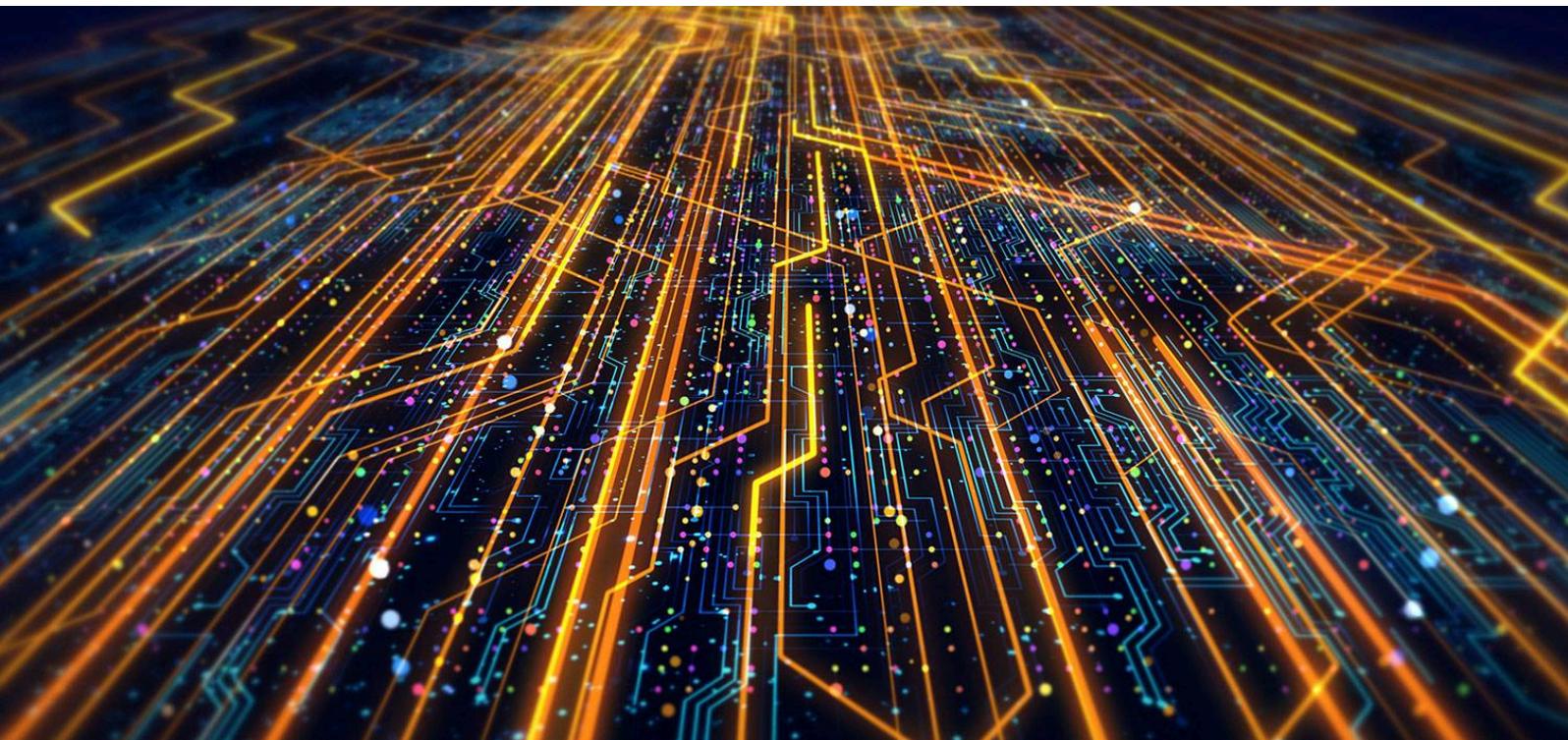


Octobre 2019

Accord bilatéral d'entraide judiciaire entre la Suisse et les Etats-Unis selon le CLOUD Act américain

Prise de position de l'ASB



Accord bilatéral d'entraide judiciaire entre la Suisse et les Etats-Unis concernant l'accès transfrontalier aux moyens de preuve électroniques selon le CLOUD Act américain

Les flux de données transfrontaliers ne cessent de s'intensifier. Les enquêtes pénales s'appuient de plus en plus sur des preuves électroniques non accessibles au public et détenues par des entreprises à l'étranger. Faciliter l'accès transfrontalier aux moyens de preuve électroniques est un nouveau besoin juridique qui a atteint le niveau politique et fait l'objet de débats y compris en Suisse.

L'Association suisse des banquiers (ASB) suit ce processus de près et demande que les points en suspens soient clarifiés.

Position de l'ASB

- L'ASB juge nécessaire que les autorités suisses évaluent des mesures visant à répondre aux **nouveaux besoins juridiques**.
- Elle salue le fait que le Conseil fédéral se penche sur la question d'un **accord bilatéral** (Executive Agreement) **avec les Etats-Unis** selon le CLOUD Act américain. Le processus y relatif est à coordonner avec les négociations concernant le Deuxième protocole additionnel à la Convention de Budapest.
- L'ASB soutient les clarifications préalables en vue de **négoier un Executive Agreement** avec les Etats-Unis, mais à condition que les exigences de la Suisse quant à cet accord assurent une **protection appropriée des citoyennes et citoyens ainsi que des institutions**.
- Pour l'heure, l'ASB considère que les injonctions de produire internationales doivent répondre aux **exigences minimales** suivantes:
 - stricte limitation du cercle des destinataires potentiels ainsi que des personnes physiques et morales, des données et des infractions concernées;
 - garantie des droits des personnes concernées ainsi que de la protection des données et de la protection juridique;
 - protection du secret bancaire.

Un nouveau besoin juridique: l'accès transfrontalier aux moyens de preuve électroniques

Le recours croissant aux médias sociaux, aux services de messagerie électronique et aux applications à des fins – parfois illégales – de communication et de collecte d'informations se traduit par une intensification des flux de données transfrontaliers. Les enquêtes pénales s'appuient donc de plus en plus sur des preuves électroniques non accessibles au public et détenues par des entreprises à l'étranger. Faciliter l'accès transfrontalier aux moyens de preuve électroniques devient dès lors un problème prégnant.

Au sein de l'Union européenne (UE), des preuves électroniques s'avèrent nécessaires dans environ 85 % des enquêtes pénales. Et dans deux tiers de ces enquêtes, il faut se les procurer auprès de prestataires de services en ligne dont le siège est à l'étranger. Entre 2013 et 2018, le nombre des demandes adressées aux principaux prestataires de services en ligne s'est inscrit en hausse de 84 %. Les procédures ordinaires d'entraide judiciaire ne permettent pas de faire face à cette augmentation exponentielle.

Aussi recherche-t-on des moyens efficaces et harmonisés à l'échelon international qui assureraient à la fois, aux procureurs et aux juges, un accès transfrontalier aux preuves électroniques dans le cadre des procédures pénales et, aux personnes concernées, une protection appropriée.

En vertu du droit actuel, lorsque des autorités étrangères demandent la communication d'informations protégées à caractère financier, par exemple à des fins de collecte de preuves lors d'enquêtes pénales, c'est la procédure d'entraide judiciaire qui s'applique. Les informations protégées ne peuvent être communiquées que conformément aux dispositions légales en vigueur, et ce avec l'accord écrit de la banque, en vertu d'une décision rendue par un tribunal suisse compétent ou d'une autorisation émanant d'une autorité suisse compétente.

Initiatives internationales pour une plus grande efficacité des poursuites pénales

En mars 2018, les Etats-Unis ont adopté le CLOUD Act (Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act), qui vise à rendre les poursuites pénales plus efficaces dans le cadre d'enquêtes internationales. Ce texte entend simplifier l'accès transfrontalier aux moyens de preuve électroniques et prévoit que les Etats-Unis, par le biais d'accords bilatéraux (Executive Agreements) conclus avec d'autres pays, aient la possibilité de délivrer des injonctions de produire internationales en dehors des procédures d'entraide judiciaire en vigueur.

Cette nouvelle procédure concerne la collecte de preuves auprès de prestataires de services de télécommunications et de stockage de données et est supposée être plus rapide que le système actuel d'assistance administrative et d'entraide judiciaire.¹ Le CLOUD Act prévoit que les injonctions internationales délivrées par les autorités américaines ne peuvent porter que sur les données de personnes américaines collectées en relation avec des enquêtes sur des infractions graves. Il prévoit par ailleurs que les Executive Agreements octroient des droits réciproques.

A ce jour, seule la Grande-Bretagne a conclu un Executive Agreement avec les Etats-Unis.² A cet effet, le Parlement britannique a adopté en février 2019 une loi qui permet aux autorités britanniques de délivrer, sous certaines conditions, des injonctions de produire internationales portant sur les données de citoyens britanniques.³ Quant à la Commission européenne, dans une déclaration conjointe publiée fin septembre, elle a confirmé le lancement de négociations formelles en vue d'un accord entre l'UE et les Etats-Unis.⁴

¹ Dans le cadre des accords existants en matière d'assistance administrative et d'entraide judiciaire, les demandes sont très bureaucratiques et les procédures fastidieuses, ce qui empêche les autorités de poursuite pénale de réagir rapidement en cas d'infractions graves.

² <https://www.gov.uk/government/publications/ukusa-agreement-on-access-to-electronic-data-for-the-purpose-of-countering-serious-crime-cs-usa-no62019>

³ <https://services.parliament.uk/bills/2017-19/crimeoverseasproductionorders.html>

⁴ https://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-19-5890_fr.pdf

Parallèlement, le Conseil de l'Europe négocie un Deuxième protocole additionnel à la Convention de Budapest sur la cybercriminalité, afin d'améliorer la protection des moyens de preuve électroniques. Un groupe de travail est chargé d'élaborer un projet d'ici décembre 2019, avec des dispositions qui prévoient une procédure simplifiée d'entraide judiciaire ainsi qu'une coopération directe avec les fournisseurs de services dans d'autres pays au moyen d'injonctions de produire internationales. La Suisse est représentée au sein de ce groupe de travail.

Clarifications incombant aux autorités suisses quant à un Executive Agreement avec les Etats-Unis

Pour le secteur bancaire suisse, même quand de nouveaux besoins juridiques se font jour, il est essentiel de fixer des règles claires et de préserver les droits des clients et des collaborateurs concernés par des enquêtes pénales. Le Conseil fédéral est en train d'analyser les questions qui se posent et s'efforce de renforcer la place suisse tout en améliorant l'application du droit sur Internet.⁵

Un accord bilatéral soulève des interrogations quant à sa compatibilité avec des points spécifiques du système juridique existant, y compris les traités et les obligations de droit international, et quant à la nécessité d'un nouveau fondement juridique. Le cas échéant, il conviendra d'éviter ou de résoudre les éventuels conflits de loi.

Afin d'assurer la protection des citoyennes et citoyens ainsi que des institutions, tout Executive Agreement entre la Suisse et les Etats-Unis devra répondre à de strictes exigences de fond. En particulier, il y aura lieu de faire en sorte qu'il soit compatible avec le Deuxième protocole additionnel à la Convention de Budapest.

Pour l'heure, l'ASB considère que les **exigences minimales** sont les suivantes:

- **assurer la réciprocité;**
- **définir le champ d'application territorial des injonctions de produire:** les injonctions de produire des autorités américaines à des sociétés de télécommunications dont le siège se trouve en Suisse ne devraient pouvoir être délivrées que par la voie d'une injonction internationale ou de l'entraide judiciaire. Les sociétés domiciliées en Suisse ne devraient pas pouvoir être destinataires d'une injonction nationale des autorités américaines sur la base d'une interprétation large de la compétence juridictionnelle américaine;
- **définir les destinataires des injonctions:** le cercle des destinataires des injonctions de produire internationales devrait être clairement limité. Il faudrait par exemple exclure la possibilité que des intermédiaires financiers soient qualifiés de prestataires de services de télécommunications en vertu de l'Executive Agreement;
- **limiter le cercle des personnes concernées:** les injonctions de produire des autorités américaines à des prestataires de services de télécommunications dont le siège se trouve en Suisse devraient être limitées aux données des clients de ces prestataires qui sont soit des citoyens américains, soit des personnes morales domiciliées aux Etats-Unis. Par exemple, s'agissant des

⁵ Voir la réponse de la Conseillère fédérale Karin Keller-Sutter du 11.03.2019 (<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=45404>).

données de personnes morales domiciliées en Suisse, leur communication ne devrait pouvoir être demandée que par la voie de l'entraide judiciaire;

- **définir les données entrant dans le champ d'application;**
- **dresser une liste exhaustive des infractions** susceptibles de donner lieu à une procédure en vertu de l'Executive Agreement;
- **s'assurer du respect de la protection des données** par les autorités participantes en convenant de règles contraignantes, ainsi que du respect des prescriptions visant à réduire les données reçues;
- **garantir les droits des personnes poursuivies et des clients**, par exemple en prévoyant une information obligatoire sur les recours possibles contre des injonctions;
- **prévoir des voies de recours juridiques ;**
- **protéger le secret professionnel et le secret des affaires:** l'entraide judiciaire devrait être la seule voie possible pour obtenir communication de données couvertes par le secret professionnel et/ou le secret des affaires.

Personnes de contact

Martin Hess, Responsable Numérisation et politique économique
martin.hess@sba.ch | +41 58 330 62 51

Michaela Reimann, Responsable Public & Media Relations
michaela.reimann@sba.ch | +41 58 330 62 55

Serge Steiner, Responsable Public & Media Relations
serge.steiner@sba.ch | +41 58 330 63 95

<http://www.swissbanking.org> | twitter.com/SwissBankingSBA