

Rapport de synthèse sur les procédures d'entraide (secrets et recours)

Prof. J.A.E. Vervaele¹

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Le sujet de la question 2.2 semble à première vue se limiter à un élément précis de la procédure pénale. Ce point de départ est néanmoins tout à fait trompeur, car la procédure d'application dépend du champ matériel (quels délits) et de la forme de coopération pénale (entraide ou extradition). En outre, les interlocuteurs à la Commission (Uclaf) ont attiré notre attention sur la nécessité de comprendre les entraves juridiques à la coopération internationale en matière pénale. Par conséquent, la question s'élargit à des points essentiels tels que le secret professionnel au sein du milieu des affaires, des professions libérales et de l'administration et le secret bancaire. En ce qui concerne les recours, il est en outre nécessaire de bien comprendre la portée des commissions rogatoires internationales et les procédures applicables au droit interne. Ainsi tombent sous le champ d'application de l'entraide des actes aussi différents que la remise d'actes de procédure et de décisions judiciaires, les citations à témoins, à experts, à prévenus ou à détenus, l'audition de témoins ou de prévenus, la communication de renseignements figurant au casier judiciaire, les enquêtes de personnalité, les demandes d'observation, les demandes de perquisition, de saisie ou d'écoutes téléphoniques (...), soit des mesures allant d'un degré non coercitif à un degré très coercitif. C'est la raison pour laquelle nous avons jugé nécessaire d'élaborer un questionnaire assez large et détaillé pour couvrir les points nécessaires. Pour cette question, le choix des pays se limite au nombre de trois. Le Luxembourg et l'Autriche en ce qui concerne l'Union et la Suisse en tant que pays tiers. Ces trois pays se sont fait remarquer par leur attitude en matière de coopération pénale dans des domaines qui touchent à la fiscalité ou au secteur bancaire. Le but de cette synthèse est d'analyser les éventuelles entraves juridiques à cette coopération dans l'espace judiciaire européen. Les trois pays en question sont analysés tant comme Etat requis que comme Etat requérant, mais il est évident que leur position en tant qu'Etat requis est de loin la plus intéressante pour les questions qui nous intéressent. Dans cette synthèse, je me limiterai à cet aspect. De même, je n'aborderai que l'entraide judiciaire, sans traiter de la matière de l'extradition.

En ce qui concerne la Suisse, on observe un élément supplémentaire à la fois complexe et intéressant. Quoique la Constitution fédérale réserve la compétence en matière de procédure pénale et d'administration de la justice aux cantons, un Concordat sur l'entraide judiciaire et la coopération intercantonale en matière pénale est entré en vigueur en 1993. Cela signifie qu'en Suisse, on a remplacé le

1 Ce texte a été terminé le 31.12.2000 et tient donc compte des changements législatifs intervenus durant l'année 2000, qui ne sont pas étudiés dans les rapports nationaux.

concept d'entraide judiciaire entre cantons par le concept d'un espace judiciaire suisse. Le développement suisse est intéressant en soi mais il nous offre aussi un laboratoire pour la réalisation d'un espace judiciaire européen, mettant en équilibre la nécessité de centralisation et celle de décentralisation. D'où la nécessité de nous pencher, en ce qui concerne la Suisse, tant sur la coopération internationale que sur la coopération interne (intercantonale). Enfin, il est à souligner que le Luxembourg, contrairement à de nombreux pays, en ce compris l'Autriche et la Suisse, ne disposait pas, au moment de la recherche, d'une loi spécifique relative à l'entraide judiciaire internationale en matière pénale. En 1998, un projet de loi a été introduit à cet égard auprès la Chambre des Députés. Cette réforme législative est une très belle illustration des intérêts en jeu, tant pour le monde de la Justice que pour le monde des Finances. La loi du 8 août 2000 a été publiée au JO luxembourgeois le 18 septembre 2000 et est entrée en vigueur depuis octobre 2000.

I. BRÈVE INTRODUCTION AU RÉGIME JURIDIQUE DE LA SUISSE, DE L'AUTRICHE ET DU LUXEMBOURG

I.1 La Suisse

La Suisse a activement participé à l'élaboration et à la ratification des traités européens en la matière. Tant la Convention européenne en matière d'extradition que la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale ont été ratifiées par la Suisse. Il est toutefois à noter que la Suisse a formulé bon nombre de réserves et qu'elle n'a pas ratifié le Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire, qui règle l'entraide judiciaire en matière fiscale. Outre les traités internationaux, la Suisse a conclu toute une série de traités bilatéraux, tant en matière d'entraide judiciaire qu'en matière fiscale (double imposition). Un pas important a sans doute été accompli par la Suisse par le '*Mutual Legal Assistance Treaty with the US*' (*Tejus* - 1973), par lequel la Suisse acceptait une entraide élargie en matière de criminalité organisée. Ce *Tejus* a été complété sous forme d'échange de lettres et d'un '*Memorandum of Understanding*'. Le *Tejus* prévoit une unité centrale pour l'entraide (une unité à l'Office Fédérale de la Police) et des procédures spécifiques. En 1983, une loi nationale spécifique sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale (EIMP) entrait en vigueur. Ce texte a été révisé d'une manière substantielle en 1997, afin de réduire les possibilités de recours à l'intérieur de la Suisse.

Quant à la coopération interne (intercantonale), la Suisse 'des juges' a été réalisée en 1993, grâce à l'adoption du Concordat sur l'entraide judiciaire et la coopération intercantonale en matière pénale'. Même si les cantons ont une compétence exclusive constitutionnelle en matière d'administration de la justice et en matière de procédure pénale, la Constitution fédérale prévoit la possibilité d'une coopération intercantonale ainsi que la possibilité, pour les cantons, de conclure des traités (concordats) entre eux. Le Code pénal suisse contient aussi, dans ses articles 352-357, l'obligation pour la Confédération et pour les Cantons de coopérer mutuellement. Le Concordat est assez révolutionnaire, en ce sens qu'il prévoit

la possibilité pour les organes d'enquête judiciaire de réaliser leurs enquêtes dans d'autres cantons, selon le droit et en utilisant la langue de leur canton d'origine.

Il est donc parfaitement possible qu'un juge de Zurich fasse bloquer des comptes en banque à Genève, pour ensuite suivre la procédure à Zurich selon le droit du canton.

I.2 l'Autriche

Le cadre juridique de l'Autriche est assez classique. Elle est partie dans la plupart des traités européens en la matière (en ce compris le Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire) et a conclu une série de traités bilatéraux. De plus, l'Autriche fait partie de l'espace Schengen. Au niveau national, il existe une loi générale de 1979 en matière d'entraide judiciaire pénale et en matière d'extradition (Auslieferungs- und Rechtshilfegesetz - ARHG). Il est toutefois à noter que la législation nationale autrichienne établit une distinction importante entre les délits du Code pénal autrichien (les délits communs) et les délits spéciaux, notamment ceux qui se trouvent dans le Code pénal financier (FinStrg du 26.6.1958). De plus, le Code pénal financier contient à la fois des infractions administratives et des infractions pénales financières. Toutes ces distinctions ont des conséquences juridiques pour la coopération internationale en matière pénale.

I.3 Le Luxembourg

Pour le Luxembourg également, on peut constater que le cadre juridique est assez classique. Il est partie dans la plupart des traités en la matière. Le Luxembourg a aussi ratifié le Protocole additionnel (1997) et, enfin, a aussi fait dépôt du texte auprès du Conseil de l'Europe, par lequel le Protocole est d'application depuis le 1 janvier 2001. Le Luxembourg est partie dans des instruments spécifiques dans le cadre du Benelux et fait partie de l'espace Schengen. Le Luxembourg dispose des traités bilatéraux d'entraide répressive avec l'Australie et avec les Etats-Unis. Au niveau national, une loi nationale générale en matière d'entraide a été publiée dans le JO en septembre 2000 et est entrée en vigueur depuis le premier octobre 2000.

II. CHAMP D'APPLICATION MATÉRIEL DE L'ENTRAIDE PÉNALE

Compte tenu du champ d'application du *Corpus juris*, nous souhaiterions savoir si les infractions touchant aux intérêts financiers de l'Union sont couvertes. Il faut penser en particulier aux délits douaniers, aux délits fiscaux, à l'escroquerie (fiscale), au faux et à l'usage de faux, à la corruption de fonctionnaires, au blanchiment des profits de la fraude communautaire, à la criminalité organisée.

II.1 La Suisse

II.1.1 L'entraide pénale

Le champ d'application dépend des traités et de la loi nationale spécifique sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale (EIMP). Le EIMP régleme-
te de façon globale l'entraide judiciaire internationale ; cette loi n'est cependant applicable que si les traités en vigueur ne prévoient pas expressément ou implicite-
ment une autre solution. En réalité, les traités internationaux renvoient, pour beaucoup de questions de procédure, au droit national. Donc, même en présence de traités internationaux d'application, l'importance du EIMP reste grande. S'il n'y a aucun traité d'application, le EIMP prévoit la faculté de coopération, à condition qu'il y ait réciprocité ou que des intérêts suisses imposent la coopération.

Pour qu'une demande d'entraide judiciaire soit recevable, il doit s'agir d'une affaire pénale, qui tombe sous les règles de double incrimination et de spécialité (art. 67 EIMP). Le EIMP prend pour champ d'application tant le droit pénal général que le droit pénal spécial ou accessoire. Le EIMP défend donc une notion large d'infraction. Le principe de spécialité se limite aux 'infractions qui tombent sous le refus d'entraide (militaires, politiques, fiscales). Il faut évidemment aussi respecter des conditions de procédure. En principe, la demande doit émaner d'une autorité judiciaire (police, ministère public, juge d'instruction), mais le EIMP tient compte du fait que le droit anglo-saxon confie l'instruction d'infractions à la police, voire à des autorités administratives spécialisées. C'est la raison pour laquelle la Suisse admet en général les demandes relatives à des affaires pénales dans lesquelles il est (ultérieurement) possible de faire appel au juge. Il est même possible de donner suite à des requêtes émanant des parties (auteur, victime) si le droit de l'Etat concerné leur offre la possibilité d'accomplir des actes de procédure.

Le EIMP exclut l'entraide dans les situations suivantes:

- si le droit étranger n'est pas en règle avec les normes de la CEDH (ordre public)
- si la procédure est discriminatoire pour des motifs politiques, ethniques ou religieux
- si les objets de la procédure sont de nature politique, militaire ou fiscale
- s'il s'agit d'une affaire de minimum ou si le principe de proportionnalité est violé
- si l'affaire est prescrite ou définitivement jugée (*res iudicata*).

En ce qui concerne le refus d'entraide pour les infractions fiscales, le droit suisse ne fait pas de différence, *de lege lata*, entre les procédures étrangères se rapportant aux domaines de la fiscalité directe ou indirecte.

Au principe du refus de l'entraide judiciaire en matière fiscale, il existe néanmoins trois exceptions, qui sont valables pour la fiscalité directe comme indirecte:

- lorsque l'entraide judiciaire vise à décharger la personne poursuivie: la faculté d'entraide;

- dans le cadre du *TEJUS*, quand une requête américaine vise la poursuite pénale de membres dirigeants du crime organisé aux USA: l'obligation d'entraide;
- lorsque la procédure étrangère vise une infraction qui, en Suisse, peut être qualifiée d'escroquerie en matière fiscale: la faculté d'entraide.

Vu son importance pour la protection des intérêts financiers de l'Union, il est important de se pencher sur l'exception fiscale. L'exception fiscale est formulée dans l'article 3 du EIMP de la manière suivante: 'La demande est irrecevable si la procédure vise un acte qui paraît tendre à diminuer des recettes fiscales (impôts, droits de douane ou autres contributions publiques) ou contrevient à des mesures de politique monétaire, commerciale ou économique. Toutefois, il peut être donné suite à une demande d'entraide au sens de la troisième partie de la loi si la procédure vise une escroquerie en matière fiscale'.

Il est clair, selon la définition, que n'est pas considérée comme infraction fiscale l'obtention frauduleuse de subventions ou d'autres prestations. Est donc seulement considéré comme infraction fiscale tout acte destiné à réduire une contribution fiscale, c'est-à-dire qui a pour but la soustraction d'impôts, de droits de douane ou d'autres contributions publiques. Pour la fraude contre les dépenses du budget communautaire, l'exception de fraude fiscale ne peut donc pas être utilisée.

L'article 24 (1) OEIMP définit l'escroquerie en matière fiscale comme une escroquerie en matière de contributions au sens de l'article 14 (2) de la loi fédérale sur le droit pénal administratif. La soustraction frauduleuse de redevances commise au moyen d'indications fausses falsifiées ou matériellement exactes, constitue une escroquerie en matière de contributions. L'escroquerie en matière fiscale ne se limite pas à l'utilisation de titres falsifiés. Grâce à la jurisprudence, la notion de 'fraude' a été interprétée au sens large, conformément à l'article 146 CP ('qui aura astucieusement induit en erreur').

Surfacturation, reflux de capital, recours à des sociétés de siège intermédiaire peuvent aussi être considérés comme manœuvre frauduleuse. Il n'est pas nécessaire que le droit étranger et le droit suisse couvrent les mêmes termes et concepts; il suffit que les éléments constitutifs équivalent à l'escroquerie fiscale. Il faut donc: 1) tromperie astucieuse de l'auteur; 2) erreur de la victime (le fisc); 3) acte de disposition patrimonial du fisc; 4) dommage patrimonial subi par le fisc; 5) unité de motivation de l'auteur entre 1-2 et 2-4 et 5/lien de causalité entre 3-4. La preuve de l'astuce est importante et peut poser des problèmes si le fisc était en mesure de se rendre compte, sans vérification particulière, de la tromperie.

En matière de blanchiment, l'entraide est seulement accordée en matière fiscale, si l'infraction de base (*predicate-offence*) constitue l'escroquerie en matière fiscale. Les autres infractions fiscales n'entrent pas dans le champ d'application.

En ce qui concerne l'entraide liée au délit d'organisation criminelle (portant atteinte au budget communautaire), il faut souligner que la définition de l'article 260 ter CP punit l'appartenance à une organisation criminelle ou le soutien d'une telle organisation, à condition qu'elle ait comme but de commettre des crimes. Si son unique but était de commettre des délits fiscaux, elle ne peut être qualifiée d'organisation criminelle.

On peut donc conclure que de facto il n'y a pas de problèmes sérieux en ce qui concerne le champ d'application en matière de fraudes communautaires complexes et sophistiquées, tant en ce qui concerne les dépenses que les rentrées, toujours à condition que les requêtes soient fondées et bien documentées. Les demandes peuvent inclure le blocage d'avoirs ou de dépôts comme mesure provisoire, même dans le milieu financier et bancaire.

La portée de l'exception fiscale et de la notion d'escroquerie fiscale est en outre importante, parce qu'il n'y a que peu de possibilités d'assistance mutuelle administrative en matière fiscale en Suisse. C'est différent pour les droits de douane, du fait de l'existence d'un Protocole additionnel relatif à l'assistance mutuelle administrative en matière douanière qui complète l'accord entre la CEE et la Confédération Suisse (Décision du Conseil, JO L 1997).

II.1.2 Extradition

L'extradition est réglée dans les articles 32-38 du EIMP. En tous cas, l'extradition est impossible dans les cas de refus d'entraide judiciaire. Le principe de spécialité de l'article 38 (a) EIMP s'applique. Le principe de spécialité est plus strict ici qu'en matière d'entraide, car il inclut toutes les infractions pour lesquelles l'extradition n'a pas été demandée.

II.1.3 Suisse: situation intercantonale

Les articles du Concordat sur l'entraide judiciaire et la coopération intercantonale en matière pénale sont d'application quand les pouvoirs judiciaires cantonaux poursuivent des personnes pour des infractions au Code pénal ou à d'autres lois fédérales. Des incriminations prévues au niveau cantonal sont exclues du champ d'application. Les parties ont l'obligation de coopérer. La partie II du Concordat contient les articles concernant les actes de procédure exécutés dans un autre canton ; la partie III du Concordat contient les articles concernant l'assistance judiciaire (sous requête). Les actes d'exécution impliquent le droit d'effectuer des enquêtes judiciaires dans un autre canton, même de forme autonome et sans notification en cas d'urgence. L'assistance judiciaire est très comparable à l'assistance judiciaire internationale, à la différence que la communication directe est la règle. S'il y a des mesures coercitives à prendre, il faut la communication directe entre les autorités judiciaires (ministère public, juge d'instruction) ; pour certaines mesures coercitives, il faut le mandat d'un juge afin de respecter les garanties constitutionnelles et la CEDH.

II.2 Le Luxembourg

II.2.1 Entraide

En matière d'entraide, une réforme importante a eu lieu durant les recherches, motif pour lequel la législation en vigueur et le projet de réforme sont inclus dans ce chapitre.

La réforme: projet de loi no 4327 sur l'entraide judiciaire en matière pénale

L'article 3 prévoit que l'entraide peut être refusée dans les cas suivants:

- si la demande d'entraide est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels du Luxembourg;
- si la demande d'entraide a trait à des infractions susceptibles d'être qualifiées par la loi luxembourgeoise soit d'infractions politiques, soit d'infractions connexes à des infractions politiques;
- s'il existe des raisons sérieuses de croire que la demande d'entraide est fondée sur des considérations de race, de religion, de nationalité ou d'opinion politique;
- si la demande d'entraide a trait à des infractions en matière de taxes et d'impôts, de douane ou de change en vertu de la loi luxembourgeoise.

Les causes justifiant le refus de toute demande d'entraide judiciaire s'inspirent, selon l'exposé des motifs, de l'article 2 de la Convention européenne d'entraide ainsi que des articles 4 et 22 (2) du Traité Bénélux.

Il est intéressant de souligner que le Procureur d'Etat à Luxembourg est le seul à signaler que 'dans le contexte international prônant une entraide judiciaire de plus en plus large, il aurait été recommandable de permettre l'entraide judiciaire en matière d'accises, de taxe à la valeur ajoutée et de douane. Cette disposition est certes en retrait par rapport à la Convention concernant la coopération administrative et judiciaire Bénélux (articles 22 et 23) en relation avec les articles 1 et 12 (2) du Protocole additionnel portant dispositions propres à la matière des impôts, dispositions ayant trouvé leur application dans le cadre de l'entraide en matière de fiscalité indirecte avec nos pays voisins que sont la Belgique et les Pays-Bas. La Convention d'application Schengen du 19 juin 1990 prévoit également l'entraide judiciaire en cette matière, de sorte que j'estime que la coopération en matière d'accises, de taxe à la valeur ajoutée et de douane devrait être rendue possible selon notre loi nationale. Je donne également à considérer que la nouvelle loi portant approbation du Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale signée à Strasbourg le 17 mars 1978, a étendu l'entraide judiciaire pénale accordée par le Luxembourg aux infractions de fiscalité directe susceptibles de tomber sous la qualification d'escroquerie fiscale. Enfin le projet de Convention de l'UE sur l'extradition prévoit également en son article 6, que l'extradition est rendue possible en matière de taxes et impôts de douane et de change. L'objectif du présent projet de loi étant une amélioration de la coopération judiciaire en matière pénale, il me semble indispensable que l'entraide puisse être accordée d'une manière générale en matière de fiscalité indirecte'. Dans son avis, le Procureur général d'Etat évite la question épineuse en soulignant que cette question relève à son avis du pouvoir des autorités politiques. Le Conseil d'Etat souligne que, dans le cadre de l'espace Schengen, le ministre ne peut pas refuser. Evidemment, en cas d'urgence, il peut y avoir dans les autres cas, un conflit entre le juge d'instruction et le ministre, où se pose de nouveau le problème de la marge d'appréciation du pouvoir exécutif.

Par ailleurs, selon l'article 5, il faut tenir compte des conditions de forme et de fond desdites demandes d'entraide:

- la demande doit émaner d'une autorité judiciaire compétente en vertu du droit de l'Etat requérant (à l'exclusion des autorités administratives ou policières): les autorités luxembourgeoise ne vérifient pas seulement s'il s'agit d'une autorité judiciaire (seulement le Parquet et les juges d'instruction), mais en plus, s'ils sont compétents en droit interne pour procéder au devoir qu'elles sollicitent des autorités luxembourgeoises).
- le fait à la base de la demande doit être susceptible d'être qualifié de crime ou de délit, punissable d'une peine privative de liberté d'après la loi luxembourgeoise ; de plus, pour des saisies ou des perquisitions, le seuil minimal est une année de peine privative de liberté;
- la personne visée par la demande ne doit pas avoir été jugée et ne doit pas avoir fait l'objet de poursuites au Luxembourg pour le même fait;
- lorsque la demande d'entraide tend à faire opérer une saisie, une perquisition ou toute autre mesure d'instruction présentant un caractère de contrainte analogue, la mesure sollicitée doit pouvoir être prise par les autorités judiciaires luxembourgeoises dans des conditions analogues ; ceci exclut toutes 'expédition de pêche'.
- la prescription de l'action publique ne doit pas avoir été acquise, ni d'après la loi luxembourgeoise, ni d'après la loi de l'Etat requérant.

Il est à souligner que ce projet de loi souligne l'importance du pouvoir d'appréciation de l'opportunité de toute demande d'entraide judiciaire par le Gouvernement, lui permettant d'en autoriser ou d'en refuser l'exécution. Raison pour laquelle le projet contient la voie royale comme règle et la communication directe entre autorités judiciaires comme exception pour la conservation des preuves dans des cas graves et s'il y a urgence contenue dans (conforme à l'article 15(2) la Convention et à l'article 38 (1) du Traité Benelux). Dans son avis, le Conseil d'Etat invite le ministre de la Justice à examiner s'il ne convient pas d'ériger en principe qu'en cas d'exécution d'une commission rogatoire internationale, la transmission puisse se faire directement entre autorités judiciaires luxembourgeoises et étrangères. Le Conseil d'Etat réfère à l'article 53 de la Convention de Schengen et à l'accord entre la Suisse et la France. En outre, le Conseil d'Etat cite la recommandation no. 15 du programme d'action relatif à la criminalité organisée du troisième pilier où sont formulés des critères comme 'parité des Etats membres et confiance mutuelle'. Le Conseil d'Etat en déduit 'qu'on ne saurait dès lors plus affirmer que l'entraide relève de la seule souveraineté des Etats'.

La nouvelle loi du 8 août 2000 sur l'entraide judiciaire en matière pénale

a) en l'absence de toute convention

La réponse à toute demande rogatoire présentée dépendait du seul ministre de la Justice en vertu de l'article 59 de la loi du 7 mars sur l'organisation judiciaire : 'Sauf les obligations résultant de traités internationaux, les juges ne peuvent obtempérer aux commissions rogatoires émanant de juges étrangers qu'autant

qu'ils y sont autorisés par le ministre de la Justice et, dans ce cas, ils sont tenus d'y donner suite'. L'entraide n'était pas obligatoire ; il appartenait au ministre de décider au cas par cas. Si le ministre décidait de fournir l'entraide, l'autorité judiciaire était réduite à un rôle de simple agent d'exécution. Le ministre examinait notamment la réciprocité et la nature de l'entraide sollicitée. Aucune entraide n'était accordée pour des infractions fiscales, politiques ou militaires. Dans le cas d'une décision définitive, le ministre demandait au juge chargé de l'exécution d'appliquer par analogie la Convention de 1959.

La nouvelle loi du 8 août 2000 sur l'entraide judiciaire en matière pénale a tout à fait changé cette situation. Le législateur a pris la décision d'enlever au ministre de la Justice toute compétence en matière d'entraide répressive. Le rôle du ministre de la Justice est maintenant dévolu au procureur général d'Etat luxembourgeois, devenu l'autorité centrale par excellence. Il faut quand même souligner que la nouvelle loi est applicable à toutes les demandes qui tendent à faire opérer au Grand-Duché de Luxembourg une saisie, une perquisition ou tout autre acte d'instruction présentant un degré de contrainte analogue (art. 1er).² Le procureur général transmet le dossier aux autorités judiciaires s'il estime qu'aucune raison ne s'y oppose. Les autorités judiciaires chargées de l'exécution de la demande ont le devoir de contrôler la demande quant à la légalité de celui-ci et ils ont le droit de le refuser. Même dans le cas du projet de loi,³ il y a eu une claire intention de dépolitiser cette matière et de la transférer au pouvoir judiciaire. Il faut pas oublier que le Conseil d'Etat avait, dans son avis sur le projet de loi, invité le ministre de la Justice à examiner s'il ne convenait pas d'ériger en principe que, en cas d'exécution d'une commission rogatoire internationale, la transmission puisse se faire directement entre autorités judiciaires luxembourgeoises et étrangères. Le Conseil d'Etat se réfère à l'article 53 de la Convention de Schengen et à l'accord entre la Suisse et la France. En outre, le Conseil d'Etat cite la recommandation no. 15 du programme d'action relatif à la criminalité organisée du troisième pilier où sont formulés des critères comme la 'parité des Etats membres et la confiance mutuelle'. Le Conseil d'Etat en déduit 'qu'on ne saurait dès lors plus affirmer que l'entraide relève de la seule souveraineté des Etats'.⁴ L'avis du Conseil d'Etat a donc été suivi par le législateur en ce sens que le pouvoir discrétionnaire et décisionnel a été transféré du ministre de la Justice vers le procureur général de l'Etat. Reste néanmoins le fait que la loi contient une voie semi-directe. En règle, toutes les demandes d'entraide doivent passer par le procureur général de l'Etat ; ce n'est que s'il y a urgence consistant en particulier en un risque de déperissement de preuve, que l'autorité judiciaire saisie peut procéder aux devoirs d'instruction sollicités (art. 2 (5)). Ceci est conforme à l'article 15 (2) de la Convention de 1959 et à l'article 38 (1) du Traité Bénélux, mais se

2 Les demandes de renseignement, de notification, de simple audition, etc. n'étaient pas soumises non plus au ministre de la Justice avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi.

3 Chambre des Députés, session ordinaire 1996-1997, no. 4327, projet de loi sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale (09.07.1997).

4 Chambre des Députés, session ordinaire 1997-1998, no. 4327, Projet de loi sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, Avis du Conseil d'Etat (17.03.1998), cfr. aussi www.chd.lu

démarque des nouvelles conventions (Schengen, la Convention sur l'entraide répressive du troisième pilier), où la coopération directe est devenu la règle et non l'exception.

Pour les motifs de refus et les possibilités de recours, voir les rubriques infra.

b) dans le cadre des accords bilatéraux ou des conventions d'entraide répressive ou des demandes émanant d'autorités judiciaires internationales

L'article 1er de la loi du 8 août 2000 le montre clairement, cette loi nationale joue un rôle subsidiaire vis-à-vis des normes hiérarchiques de droit international. Néanmoins, J. Nies⁵ souligne à juste titre l'opinion du Conseil d'Etat à cet égard : 'il n'en reste pas moins que le texte risque de poser des problèmes, d'une part, en cas de contrariété de dispositions internationales et, d'autre part, dans les situations où une convention ne prévoit pas une situation donnée, mais où la disposition de droit national risque d'être perçue comme un ajout à la convention, ce qui n'est pas admissible d'après les règles du droit international'.⁶ Comme le souligne J. Nies,⁷ nombreuses sont les dispositions dans la nouvelle loi qui peuvent poser des problèmes au point de vue de la compatibilité avec les conventions internationales. En effet, l'article 4 de la loi prescrit des conditions de forme très détaillée et l'article 5 contient des conditions de fonds qui peuvent restreindre sensiblement la portée de l'entraide répressive : '(...) 2. Le fait à la base de la demande doit être susceptible d'être qualifié de crime ou de délit, punissable d'une peine privative de liberté d'un maximum d'au moins une année en vertu de la loi luxembourgeoise et de la loi de l'Etat requérant, (...) 4. La mesure sollicitée doit pouvoir être prise en vertu du droit luxembourgeois par les autorités judiciaires luxembourgeoises à des fins de recherches ou de poursuites comme s'il s'agissait d'une affaire interne analogue (...)'. De même peut-il y avoir des contradictions en ce qui concerne l'exécution et les recours (cf. Infra).

Les motifs de refus d'entraide, tant facultatif qu'obligatoire sont les mêmes pour l'entraide conventionnelle ou non conventionnelle. L'article 3 prévoit que l'entraide peut être refusée par le procureur général de l'Etat dans les cas suivants :

- si la demande d'entraide est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels du Luxembourg ;
- si la demande d'entraide a trait à des infractions susceptibles d'être qualifiées par la loi luxembourgeoise soit d'infractions politiques, soit d'infractions connexes à des infractions politiques ;

L'article 3 stipule en plus que, sous réserve des dispositions prévues par des conventions, toute demande d'entraide est refusée si elle a trait à des infractions en matière de taxes et d'impôts, de douane ou de change en vertu de la loi luxembourgeoise.

5 J. Nies, La loi du 8 août 2000 sur l'entraide judiciaire en matière pénale, *Agon*, 2000, 17.

6 Cf. doc.parl. 4327-3, avis du Conseil d'Etat, 17.03.1998, p. 10-11.

7 J. Nies, *op. cit.*, 18.

L'article 3 ne contient plus le motif suivant de refus, prévu dans le projet de loi : s'il existe des raisons sérieuses de croire que la demande d'entraide est fondée sur des considérations de race, de religion, de nationalité ou d'opinion politique.

Les refus facultatifs sont en ligne avec les possibilités de refus prévues dans la Convention de 1959 et dans la Convention Bénélux de 1962. Quant au refus en matière fiscale, il est surprenant que le refus soit devenu obligatoire car il était aussi facultatif dans le projet. Néanmoins, il faut souligner que ce refus est neutralisé pour l'entraide entre les pays Schengen pour ce qui concerne la fiscalité indirecte et par le Protocole à la Convention de 1959, entré en vigueur pour le Luxembourg depuis le 1er janvier 2001. Quoi qu'il en soit, ce refus obligatoire en matière fiscale met en évidence l'importance des conventions avec le Luxembourg pour neutraliser ce refus obligatoire, car le procureur général ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire à cet égard. Il est intéressant de souligner que le Procureur d'Etat à Luxembourg était le seul à signaler, à propos du projet de loi que 'dans le contexte international prônant une entraide judiciaire de plus en plus large, il aurait été à conseiller de permettre l'entraide judiciaire en matière d'accises, de taxe à la valeur ajoutée et de douane. Cette disposition est certes en retrait par rapport à la Convention concernant la coopération administrative et judiciaire Bénélux (articles 22 et 23) en relation avec les articles 1 et 12 (2) du Protocole additionnel portant dispositions propres à la matière des impôts, dispositions ayant trouvé leur application dans le cadre de l'entraide en matière de fiscalité indirecte avec nos pays voisins que sont la Belgique et les Pays-Bas. La Convention d'application Schengen du 19 juin 1990 prévoit également l'entraide judiciaire en cette matière, de sorte que j'estime que la coopération en matière d'accises, de taxe à la valeur ajoutée et de douane devrait être rendue possible selon notre loi nationale. Je donne également à considérer que la nouvelle loi portant approbation du Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale signée à Strasbourg le 17 mars 1978, a étendu l'entraide judiciaire pénale accordée par le Luxembourg aux infractions de fiscalité directe susceptibles de tomber sous la qualification d'escroquerie fiscale. Enfin le projet de Convention de l'UE sur l'extradition prévoit également en son article 6, que l'extradition est rendue possible en matière de taxes et impôts de douane et de change. L'objectif du présent projet de loi étant une amélioration de la coopération judiciaire en matière pénale, il me semble indispensable que l'entraide puisse être accordée d'une manière générale en matière de fiscalité indirecte'.⁸ Dans son avis, le Procureur général d'Etat évite la question épineuse en soulignant que cette question relève à son avis des autorités politiques. Malheureusement le pouvoir politique a tranché dans l'autre sens et s'est montré très peu ouvert à cet égard, même vis-à-vis des autres pays de l'Union européenne.

8 Chambre des Députés, session ordinaire 1997-1998, no. 4327, projet de loi sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, Avis du Procureur général d'Etat (03.12.1997), cf. aussi www.chd.lu

b.1) La Convention de 1959

L'article premier de la Convention érige l'obligation d'assister en principe général. L'entraide devenant ainsi obligatoire, elle ne pourra être refusée que pour les cas prévus à l'article 2 de la même Convention, à savoir si la demande se rapporte à des infractions politiques ou connexes à des infractions politiques ou fiscales, c'est-à-dire si l'exécution de la demande est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels du pays requis. Pour ce qui est des demandes tendant à des perquisitions ou à des saisies, le Luxembourg a utilisé la faculté qui lui est offerte par l'article 5 de la Convention, en déclarant que ces demandes 'ne seront exécutées que pour autant qu'elles se rapportent à des faits qui, en vertu de la Convention européenne d'extradition, peuvent donner lieu à extradition et à condition que le juge luxembourgeois en ait accordé l'exécution conformément à sa loi nationale'. Ayant déposé l'instrument du Protocole additionnel du 17 mars 1978, le Luxembourg doit accorder depuis le 1 janvier 2001 de l'entraide pour des faits liés à la fiscalité, tant directe qu'indirecte et donc pas seulement pour des faits de fiscalité indirecte (comme par exemple pour la fraude T.V.A.), conforme aux obligations de l'article 50 des Accords de Schengen. Avec la nouvelle loi du 9 août 2000 sur l'entraide judiciaire, il est à souligner que des ordonnances de perquisition ou de saisie dans le milieu financier ne sont plus soumises à l'autorisation préalable du ministre de la Justice.

L'ordonnance du juge d'instruction n'a pas comme conséquence que les autorités judiciaires et policières réalisent elles-mêmes la perquisition et la saisie au sein des institutions financières. En pratique, ce sont les banques qui exécutent l'ordonnance. Finalement, les banques ne semblent pas disposer d'un registre intégré des comptes en banques et de l'identité des personnes physiques ou morales responsables des comptes. Cela a pour conséquence que le juge d'instruction doit communiquer ses ordonnances aux institutions financières, une par une. Dans un pays qui connaît presque 300 institutions financières, cela pose sans doute des problèmes en termes d'efficacité.

b.2) Dans le cadre du Traité Bénélux de 1962

L'article 22 (2) contient les mêmes exceptions que celles énoncées sous b), mais en y ajoutant le principe de *ne bis in idem*. Tout comme pour la Convention de 1959, l'article 24 (2), indique que si la demande tend à une saisie ou à une perquisition, l'entraide n'est possible que si les faits qui sont à la base sont susceptibles d'extradition, ce qui exclut de fait également les infractions à la fiscalité directe. La fiscalité indirecte peut cependant donner lieu à l'entraide sur base d'un des trois protocoles à la Convention de 1969 concernant la coopération administrative et judiciaire dans le domaine des réglementations se rapportant à la réalisation des objectifs du Bénélux.

II.2.2 Extradition

a) en l'absence de toute convention

La loi du 13 mars 1870 sur l'extradition des malfaiteurs étrangers est d'application. L'article 1er de cette loi prévoit que 'Le Gouvernement pourra livrer aux Gouvernements des pays étrangers, à charge de réciprocité, tout étranger mis en prévention ou en accusation, ou condamné par les tribunaux desdits pays, pour l'un des faits ci-après énumérés qui auraient été commis sur leur territoire'. La liste des faits susceptibles de donner lieu à extradition comprend notamment les infractions de faux et usage de faux, fausse monnaie, association de malfaiteurs, etc. Aucune extradition n'est accordée pour des délits politiques (art. 7) (Délits fiscaux)

b) dans le cadre de la Convention de 1957

Aux termes de l'article 1er de la Convention, l'extradition est accordée pour tous faits punis par les lois des pays en cause d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté privative de liberté d'un maximum d'au moins un an ou d'une peine plus sévère. Elle est refusée pour les infractions politiques, militaires ou fiscales, sauf décision au cas par cas pour cette dernière catégorie d'infractions. A l'occasion de la ratification de la convention, le Luxembourg s'est réservé de ne pas accorder l'extradition notamment en cas de jugement par défaut et pour des raisons humanitaires. De même, il n'y aura pas d'extradition des nationaux ni des ressortissants étrangers particulièrement intégrés dans la société nationale. De plus, la condition de réciprocité est vérifiée.

c) dans le cadre du Traité Bénélux de 1962

Les conditions posées par le Traité Bénélux sont comparables à celles prévues à la Convention de 1957, sauf que l'article 2 (2) prévoit un seuil de peine minimal de six mois. Il en va de même des exceptions à l'extradition.

II.3 l'Autriche

II.3.1 Entraide

Les obligations découlent essentiellement des conventions (principalement : la Convention de 1959, le Protocole additionnel de 1978 et les traités bilatéraux additionnels). Il faut remarquer que l'Autriche a ajouté une réserve à l'article 1 (1) de la Convention de 1959 c'est-à-dire à l'exception de la double incrimination, en expliquant qu'elle n'accordera une entraide que pour des actes également considérés en droit autrichien comme infractions pénales et dont la poursuite tomberait – au moment de la demande d'entraide- en droit autrichien sous la compétence des autorités judiciaires *sensu stricto*. Avec cette règle, l'Autriche a en principe exclu l'entraide pour toutes les infractions qui ne sont poursuivies que par des autorités administratives. Vu la large compétence des 'autorités admini-

stratives' en droit autrichien et les restrictions en découlant pour l'entraide, cette réserve a été fortement critiquée par les autres Etats. Dans les traités bilatéraux additionnels avec la Suisse, l'Allemagne, la France et le Liechtenstein, cette réserve a été restreinte, en ce sens que l'entraide sera aussi accordée – bien que sous certaines conditions prévues par le traité applicable – pour des infractions poursuivies en Autriche par des autorités administratives. Reste à souligner l'importance de l'article 49 de l'Accord de Schengen qui prévoit l'utilisation de l'entraide judiciaire dans les procédures relatives à des infractions de type administratif pourvu qu'il s'agisse d'infractions pour lesquelles un recours devant une juridiction compétente en matière pénale est prévu. Pour ce qui concerne l'Autriche, ceci veut dire que l'entraide judiciaire peut être utilisée pour les infractions fiscales du Code Pénal Financier qui sont poursuivies par les autorités judiciaires ordinaires selon la procédure pénale spéciale prévue dans le Code Pénal Financier et donc pas pour les infractions purement administratives prévues dans le Code Pénal Financier.

La réserve à l'article 2 (b) de la Convention de 1959 explique que l'Autriche entend par l'exception les 'autres intérêts essentiels' particulièrement le respect des règles de 'secret' (secret professionnel, secret fiscal et secret bancaire, cf. infra). Cette réserve a été confirmée en ce qui concerne le Protocole additionnel de 1978 et les traités bilatéraux additionnels.

En ce qui concerne les infractions fiscales, l'Autriche a d'abord fait une déclaration précisant qu'elle fera usage de la possibilité offerte par l'article 2 (a) de la Convention de 1959 de refuser l'entraide pour 'toutes les infractions fiscales'. Elle a retiré cette déclaration en 1983, au moment de la ratification du Protocole additionnel, en expliquant qu'elle refusera l'entraide pour les infractions fiscales définies dans sa législation nationale, c'est-à-dire l'article 51(1) en combinaison avec l'article 15 (2) ARHG qui entendent par 'infraction fiscale' la violation des dispositions qui règlent les taxes, les monopoles, les douanes et les devises (*'Abgaben-, Monopol-, Zoll- oder Devisenvorschriften'*) ou des règles qui organisent la gestion des marchandises (*'Warenbewirtschaftung'*) et le commerce extérieur (*'Außenhandel'*). Elle avait entre-temps conclu des traités bilatéraux additionnels avec l'Allemagne, l'Italie et la France prévoyant l'entraide judiciaire pour des infractions liées à la violation des dispositions qui règlent les taxes, les redevances, les douanes et les monopoles (c'est-à-dire pour celles liées aux devises, à la gestion des marchandises et au commerce extérieur). Elle a ratifié le Protocole additionnel en 1983 en autorisant l'entraide aux autres Etats membres du protocole pour toutes les infractions fiscales (aussi longtemps que le principe de la réciprocité est respecté). En ce qui concerne finalement l'entraide vis-à-vis des Etats membres de Schengen qui n'ont pas ratifié le Protocole de 1978 et avec lesquels il n'existe pas de traités bilatéraux additionnels, l'Autriche a fait une réserve à l'article 50 Convention de Schengen en précisant que l'entraide ne sera accordée que pour des délits fiscaux en rapport avec les redevances indirectes. La déclaration 'de réserve' à l'article 5 par 1 de la Convention de 1959 a été restreinte – vis-à-vis les Etats membres de Schengen – par l'art 51 de la Convention de Schengen.

Reste à souligner que l'Autriche a déclaré, à propos de l'article 5(1) de la Convention de 1959, qu'elle soumettrait l'exécution des commissions rogatoires internationales aux fins de perquisition ou saisie d'objets aux conditions stipulées à l'alinéa c, ce qui implique que l'exécution de la commission rogatoire doit être compatible avec la loi nationale de la partie requise.

La Loi nationale de 1979 (ARHG) en tant que source 'complémentaire' – elle ne joue un rôle que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec les obligations internationales – contient des exceptions générales dans l'article 2 :

- violation de l'ordre public ;
- violation des intérêts essentiels

et des exceptions spécifiques pour l'entraide judiciaire dans l'article 51 :

- règle de la double incrimination (sauf pour l'envoi des pièces)
- refus de l'entraide en cas de délits politiques et de délits militaires ou fiscaux
- refus en cas d'une violation des articles 3 et 6 CEDH
- refus dans le cas où les conditions spéciales exigées dans le Code de procédure de 1975 pour certains actes d'instruction (spécialement : la saisie et l'ouverture des lettres ou la surveillance des installations de télécommunication ou dans le cas où les règles de 'secret' seraient violées (cfr. infra).

II.3.2 Extradition

Les obligations découlent essentiellement des conventions (principalement : la Convention de 1957, le deuxième Protocole additionnel de 1978 et les traités bilatéraux additionnels). A part des réserves liées à l'article 1 de la Convention de 1957 (mentionnant que l'Autriche n'extrade pas si la personne concernée est poursuivie ou a été poursuivie par un tribunal d'exception) et l'article 11 (refusant l'extradition en cas de peine capitale ou d'autres sanctions violant les droits de l'homme), c'est surtout la réserve en rapport avec l'extradition pour des infractions fiscales, c'est-à-dire liée à l'article 5, qui nous intéresse. Cette réserve mentionne que l'Autriche n'accordera l'extradition que pour des actes punissables consistant dans la violation des dispositions sur les monopoles ou sur l'exportation, l'importation et le transport ainsi que la gestion des marchandises (*'Zuwi-derhandlung gegen Monopol-vorschriften oder von Vorschriften über die Ausfuhr, Einfuhr und Durchfuhr von Waren'*) dans les conditions mentionnées dans l'article 5. Dès la ratification du deuxième protocole additionnel, l'Autriche accordera l'extradition – vis-à-vis des autres Etats membres du protocole – pour les infractions violant les règles des taxes, des redevances, des douanes et des devises (*'Abgaben-, Steuer-, Zoll- und Devisenstrafsachen'*) et dès la ratification de l'accord de Schengen – vis-à-vis de tous les Etats membres de Schengen – pour les infractions en rapport avec les redevances indirectes (*'indirekte Steuern'*). L'Autriche a en outre déclaré, en rapport avec l'article 6 (1) c et l'article 21 (5) de la Convention de 1957, qu'elle n'accordera pas l'extradition de tous ceux qui possèdent la nationalité autrichienne au moment de la transmission. Elle est par contre d'accord d'extrader aux conditions de l'article 2 (2).

Ces déclarations ont été confirmées dans les traités bilatéraux additionnels.

L'ARHG en tant que source 'complémentaire' contient les exceptions suivantes :

- interdiction de violer l'ordre public autrichien ou autres intérêts essentiels dans l'article 2
- règle de la double incrimination combinée avec des seuils (délits intentionnels punissables au minimum de plus d'un an de peine privative de liberté ou d'une mesure préventive – '*vorbeugende Maßnahme*' – de cette durée dans l'Etat requérant et de plus d'un an de peine privative de liberté en Autriche comme Etat requérant dans l'article 11
- interdiction d'extrader des personnes possédant la nationalité autrichienne dans l'article 12
- interdiction d'extrader pour des délits politiques dans l'article 14
- interdiction d'extrader pour des délits militaires ou fiscaux purs dans l'article 15 (voir définition de la notion 'délits fiscaux' plus haut)
- interdiction d'extrader dans le cas de la juridiction autrichienne dans l'article 16
- règle de '*ne bis in idem*' dans l'article 17
- interdiction d'extrader pour des actes prescrits dans l'article 18
- interdiction d'extrader en cas de violation des articles 3 et 6 CEDH ou en cas de persécution politique dans l'article 19
- interdiction d'extrader en cas de peine capitale ou de sanctions qui violent l'article 3 CEDH dans l'article 20
- interdiction d'extrader des incapables – '*Strafunmündige*' – dans l'article 21
- interdiction des cas difficiles – '*Hartefälle*' – c'est-à-dire à cause du jeune âge, de la résidence dans l'Etat requérant ou autres raisons personnelles qui mettent l'extradition hors proportion dans l'article 22
- règle de la spécialité dans l'article 23 (qui n'interdit pas que la personne concernée soit 'en outre' poursuivie dans l'Etat requérant pour des délits purement fiscaux).

III. LE RÉGIME DES SECRETS (SECRET PROFESSIONNEL AU SEIN DU MILIEU DES AFFAIRES, DES PROFESSIONS LIBÉRALES ET DE L'ADMINISTRATION) ET L'ENTRAIDE JUDICIAIRE EN MATIÈRE PÉNALE

III.1 Le secret professionnel au sein du milieu des affaires, des professions libérales et de l'administration

III.1.1 La Suisse

Le secret en affaires est une matière qui a été réglée dans la législation fédérale; il n'y a donc pas de nécessité à cet égard d'établir de distinctions entre la situation fédérale et la situation intercantonale. Les dispositions essentielles dans le Code pénal sont les articles 162 (le secret en affaires), 273 (le secret de fabrication), 321 (le secret professionnel des professions libérales) et 320 (le secret professionnel des fonctionnaires). L'article 162 se limite à la protection des technologies et du savoir-faire commercial au sein d'une entreprise. L'article 321 se limite évidemment aux professions libérales comme les avocats, les médecins, le clergé.

La question qui nous intéresse ici est de savoir si le régime du secret en affaires et du secret professionnel peut être une entrave aux demandes d'entraide judiciaire.

En ce qui concerne les professions libérales, longtemps il y a eu des controverses à cet égard, mais aujourd'hui les cours et la doctrine semblent arrivées à l'opinion que le droit au secret des professions libérales inclut le droit (pas l'obligation) de refuser de délivrer des preuves. Néanmoins, les avocats ont ici une position particulière, car ils ont souvent un rôle clé dans les opérations financières. Pour cette raison, le BGE (BGE 112 I b 606 ss) a introduit une distinction entre la relation classique d'avocat à client et la gestion financière des fonds des clients. Les privilèges (*legal privilege*) ne sont pas d'application dans la dernière situation. De plus, si les avocats eux-mêmes ont commis des infractions, le privilège ne s'applique pas.

En somme, il est clair que seul le privilège des professions libérales peut former une entrave à la coopération judiciaire, pour autant que ceci se situe dans la relation classique avocat-client, pour ce qui concerne le travail des avocats. Le secret en affaires n'est pas opposable aux autorités judiciaires et ne forme donc pas une entrave à l'entraide judiciaire.

III.1.2 Le Luxembourg

Le secret professionnel dans le milieu des affaires est réglé dans l'article 309 du Code pénal. Ce secret constitue plutôt une protection de la propriété intellectuelle au sens large qu'une protection d'une donnée communiquée à un tiers. De plus, il n'y a pas de dispositions spéciales dans la loi luxembourgeoise quant à la communication de ces secrets dans le cadre d'une procédure judiciaire, soit nationale, soit sur base d'une demande d'entraide, de sorte que le droit commun s'applique. Dans la pratique, il n'y a pas eu de problèmes relatifs à ces secrets dans le cadre de l'entraide judiciaire en matière pénale.

Le secret professionnel des professions libérales est réglé dans l'article 458 du Code pénal :

'Les médecins, chirurgiens, officiers de justice, pharmaciens, sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie, qui, hors les cas où ils sont appelés à rendre témoignage en justice, et celui où la loi les oblige à faire connaître ces secrets, les auront révélés, seront punis d'un emprisonnement de huit jours à six mois et d'une amende de 10.001 francs à 200.000 francs'.

Les notaires figurent parmi les personnes visées à l'article 458 du Code Pénal, mais ils sont depuis peu soumis à une obligation de collaboration avec les autorités chargées de la lutte contre le blanchiment dans des termes identiques à l'obligation imposée aux banques et autres professionnels du secteur financier.⁹ Les avocats sont soumis au secret professionnel conformément à l'article 35 (1)

9 Loi du 11 août 1988, Mémorial 1998, p. 1455.

de la loi du 10 août 1991 sur la profession d'avocat,¹⁰ sous peine des sanctions prévues à l'article 458 du Code Pénal. Une procédure particulière est prévue par la loi du 10 août 1991 sur la profession d'avocat si, dans le cadre d'une affaire soit nationale soit sur commission rogatoire, une perquisition doit être effectuée dans un cabinet d'avocat. En principe, son lieu de travail et le secret des communications entre l'avocat et le client sont inviolables. Mais en cas d'instruction criminelle et en cas de perquisition, il faut la présence du Bâtonnier.

Les avocats ne sont pas encore obligés de participer activement à la lutte contre le blanchiment par une dénonciation des opérations suspectes.

III.1.3 L'Autriche

Dans bon nombre de textes internationaux, l'Autriche déclare remplir ses obligations internationales en respectant ses règles nationales de secret. D'où l'importance de savoir ce qui est couvert par le concept secret. Les secrets les plus importants pour notre matière sont les suivants : le secret de la profession publique, le secret des affaires à respecter par les fonctionnaires, (*'Amtsgeheimnis'*) a été inscrit dans divers textes législatifs, comme la Constitution, le statut des fonctionnaires, le statut des juges, etc. Le secret de la profession publique lié au secret bancaire se trouve dans l'article 38 de la loi réglant les opérations de banque (*'Bankwesengesetz'*). Le secret des affaires des professions libérales (*'Berufsgeheimnis'*) est réglé dans les règlements des professions respectives. Les affaires privées secrètes (*'Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis'*) sont de plus protégées vis-à-vis des organes publics par le § 122 StGB. Les affaires privées 'secrètes' sont de plus protégées vis-à-vis des personnes privées (*'Schutz gegen Wirtschaftsspionage'*) par l'article 123 StGB. Le secret fiscal (*'Steuergeheimnis'*) a sa base juridique spéciale dans l'article 48a du règlement réglant les redevances fédérales (*'Bundesabgabenverordnung'*). Les différents types de secret en affaires ont une longue tradition et sont considérés comme de vraies institutions de principe. C'est surtout le secret des professions libérales qui est fortement critiqué par la communauté internationale ; on le dit en conflit avec les obligations internationales de la lutte contre le blanchiment (c'est-à-dire la directive des Communautés européennes sur le blanchiment du 10.6.1991 et les recommandations du FATF).

Ces instruments ordonnent d'introduire une obligation de signalement et de donner des informations pour ces professions libérales, ce qui n'a pas été fait en droit autrichien.

Le secret professionnel n'est pas réglé comme tel dans le StPO. Le principe ne se retrouve que dans quelques dispositions spécifiques. L'article 26 (2) StPO explique que les instances publiques mentionnées (*'Dienststellen der Gebietskörperschaften, andere Körperschaften des öffentlichen Rechtes sowie die von ihnen betriebenen Anstalten'*) peuvent refuser de donner des informations (spécifiquement des données informatisées) aux instances judiciaires dans le cadre de l'aide administrative sur base des obligations légales de secret, s'il est explicitement

10 Loi du 10 août 1991 (modifiée), Mémorial 1991, p. 1109

prévu que ces obligations légales existent aussi vis-à-vis des instances judiciaires ou si des intérêts publics prédominants – qui sont à énumérer et à motiver – l'en empêchent. L'article 151 (2) StPO explique que des fonctionnaires ne peuvent pas être interrogés – à peine de nullité – s'ils risquent de violer, par leur témoignage, le secret de la profession publique et à condition que ce secret n'ait pas été révélé par leur supérieur. L'article 152 (1) 4 StPO libère les défenseurs, avocats, notaires et les fiduciaires au sens économique (secret des professions libres) de l'obligation de témoigner de tout ce qu'ils ont appris en tant que défenseur, avocat, notaire ou fiduciaire.

Le par. 3 de l'article 152 StPO précise que ce droit de se libérer de l'obligation de témoigner ne peut pas être 'détourné' (à la peine de nullité). On peut par exemple penser à une perquisition, à la saisie de pièces.

Le droit pénal fiscal (*Finanzstrafgesetz*) ne prévoit pas non plus de disposition protégeant le secret des affaires comme tel. Le secret professionnel est à retrouver dans les dispositions suivantes. En matière d'audition des témoins, l'article 103 (c) FinStrG (comme le fait l'article 151 (2) StPO) prévoit que les fonctionnaires en question ne peuvent pas être interrogés – à peine de nullité – s'ils risquent de violer par leur témoignage le secret de la profession publique et à condition que le secret n'ait pas été révélé par leur supérieur. L'article 104 (1) d FinStrG déclare le droit de refuser la réponse à des questions que le témoin ne pourrait répondre sans devoir violer le secret légal, dont il n'a pas été 'suspendu' (par révélation) ou rendre public un secret artistique ou un secret de fabrication technique.

Dans le paragraphe 2 de cet article, il est en outre prévu que les représentants professionnels des parties et leurs assistants ont le droit de refuser de témoigner de tout ce qu'ils ont appris en tant que représentants. En matière de saisie, l'article 89 (3) FinStrG prévoit que les pièces de preuve tombant sous l'obligation légale de tenir le secret ne peuvent être saisies chez les personnes liées par le secret que a) s'il existe une suspicion légitime que ces personnes sont elles-mêmes participant, receleur ou bénéficiaire de l'infraction financière poursuivie, ou que b) s'il s'agit des livres ou des notes conformément aux articles 124 à 130 BAO ou des pièces comptables qui y sont liées ou des objets qui étaient destinés à commettre des infractions financières ou qui ont facilité de telles infractions ou en proviennent. Le par. 4 de cet article précise que les objets mentionnés dans le cas b) ne peuvent en aucun cas être saisis s'ils se trouvent chez des représentants professionnels des parties, pour lesquels les objets servent de pièces d'information.

L'article 310 StGB prévoit que la violation par un fonctionnaire (ou un ex-fonctionnaire) d'un secret – qui lui est parvenu dans le cadre de sa profession et dont la révélation est apte à violer un intérêt public ou des intérêts privés légitimes – est punissable d'une peine privative de liberté d'un maximum de 3 ans, si elle n'est pas punissable sur base d'une autre disposition relative à une peine plus sévère.

La violation du secret fiscal inscrite dans l'article 48a BAO est incriminée par les articles 251 et 252 FinStrG. L'article 251 FinStrG explique que les fonctionnaires et ex-fonctionnaires sont à punir conformément l'article 310 StGB, si les faits incriminés ne sont pas punissables d'une peine plus sévère sur base d'une autre disposition.

L'article 121 StGB n'incrimine que la violation du secret professionnel par les médecins, les compagnies d'assurances (dans le par 1) et les experts étant désignés dans le cadre d'une procédure (dans le par 3). Les avocats, notaires et fiduciaires au sens économique ne sont pas visés. Dans le cas où le secret professionnel des avocats, des notaires ou des fiduciaires au sens économique contient des 'secrets d'affaires et de fabrique', il faut faire référence à ce qui peut être dit sur l'article 122 StGB.

Par l'article 122 StGB, sont entendus tous ceux qui ont pris connaissance des 'secrets d'affaires ou de fabrique' dans le cadre de leurs activités de contrôle, d'examen et d'enquête, prévues dans la loi. La violation de ces secrets est incriminée par une peine privative de liberté d'un maximum de 1 an. Quiconque révèle un secret d'affaires ou de fabrique afin d'en faire usage ou de laisser un tiers en faire usage ou de le livrer à la publicité est, sur base de l'article 123 StGB, punissable d'une peine privative de liberté d'un maximum de 2 ans.

Il est clair que le secret de la profession publique peut entrer en conflit avec l'obligation de dénoncer inscrite dans l'article 84 StPO. Exclus de cette obligation de dénonciation (et de signalisation) sont a) des dénonciations qui porteraient préjudice aux activités professionnelles nécessitant une relation confidentielle personnelle (par ex. services consultatifs pour les adolescents ou les toxicomanes) ainsi que b) des cas dans lesquels il existe suffisamment de raisons de croire que la punissabilité des faits sera supprimée à bref délai par des mesures de dédommagement ('*schadensberichtigende Maßnahmen*'). Dans ces cas, les administrations gardent le *droit* de faire une dénonciation sur base de l'article 86 StPO, parce que les intérêts individuels ne sont pas légitimes (et ne méritent pas d'être protégés par le secret professionnel).

En ce qui concerne la procédure administrative financière, l'article 80 prévoit – pour les autorités et services de l'administration financière fédérale et l'article 81 – pour tous les services publics dotés d'une compétence officielle, l'obligation de dénoncer les délits financiers - dont ils ont eu connaissance – à l'instance financière pénale de première instance compétente.

Pour être complet, il faut ajouter ici que la loi réglant les opérations de banque (traitant le secret bancaire) prévoit une règle spéciale concernant le secret de la fonction publique en rapport avec la lutte contre le blanchiment. L'article 41 (5) BWG comporte une obligation de dénoncer pour le Ministre des Finances et la Banque Nationale autrichienne si, en exécution de leur contrôle des banques, la suspicion légitime de blanchiment se pose. L'article 41 (5) BWG est une '*lex specialis*' par rapport à l'article 84 StPO : la dénonciation doit ainsi être faite à

la Direction générale de la sécurité publique et pas à une autre instance de sécurité ou au parquet.

En matière de secret fiscal se pose la question de savoir si les faits punissables formant un délit d'office doivent être dénoncés automatiquement sur base d'une obligation légale – c'est-à-dire sur base de l'article 84 (1) StPO. La doctrine est divisée à ce sujet. Il est important de mentionner que le Ministère des Finances ne considère la révélation des faits punissables recevable que dans le cas où 'l'intérêt public impérieux l'exige' (et pas 'automatiquement' sur base de l'article 84 (1) StPO). Le Ministère de la Justice défend le même point de vue, qui est aussi conciliable avec l'évolution historique du secret fiscal. On peut se demander quand la condition 'l'intérêt public impérieux l'exige' est remplie. Sans doute en cas d'infractions graves commises par la criminalité organisée sans doute, mais certainement pas en cas de faux et d'usage de faux pour diminuer les impôts.

Sur base de leurs règles professionnelles, les avocats, notaires et fiduciaires au sens économique sont obligés de garder silence sur tout ce qu'ils ont appris en tant que représentant et si le silence est dans l'intérêt de leur client. Il s'agit d'éléments qui leur ont été rapportés par les clients ainsi que d'autres éléments qui leur sont connus du fait de leurs propres recherches. Ils ne sont pas autorisés à dénoncer un client (sur base de l'article 86 StPO) parce que le secret professionnel passe avant le droit de dénoncer.

En cas de suspicion de recours à leurs services pour des transactions de blanchiment, ils sont tenus de mettre fin à leurs services et de restituer les biens ('*Vermögenswerte*') aux clients, mais ils ne peuvent en aucun cas dénoncer un client.

III.2 Le secret bancaire

III.2.1 La Suisse

Le secret bancaire en Suisse est protégé par le droit civil, administratif et pénal. En droit pénal, il y a une disposition spécifique qui protège le client contre la violation intentionnelle ou par négligence (art. 47 législation bancaire). Le secret bancaire n'est néanmoins pas un secret absolu. Les institutions financières peuvent être obligées de fournir des informations. De plus, les banquiers n'ont pas le droit de refuser de délivrer des preuves. Ils ont l'obligation de témoigner dans une procédure pénale et de fournir des informations quant à leurs clients.

Les autorités judiciaires ont le pouvoir d'obtenir les informations suivantes et le droit de les utiliser en tant que preuve :

- les déclarations des témoins ; les preuves documentaires, en ce compris les noms des titulaires des comptes, les extraits des comptes, un relevé des transactions, les contrats entre banquiers et clients, etc.
- les avoirs dans les banques peuvent être bloqués (saisie) et confisqués.

En cas de soupçon de blanchiment, les opérateurs financiers ont en outre le devoir de communiquer les transactions suspectes à une Unité centralisée à l'Office fédéral.

Le refus de collaboration ou de témoigner est sanctionné par des amendes et des peines privatives de liberté (ceci dépend de la législation cantonale).

Toutes ces obligations de coopérer avec les autorités judiciaires suisses sont applicables de la même manière quand il s'agit de demandes d'entraide judiciaire, conformément à des normes qui existent par exemple dans les traités internationaux en matière de blanchiment et de confiscation des produits des crimes.

En général, la levée du secret bancaire n'est pas considérée comme une mise en danger d'un intérêt fondamental pour la Suisse. Le secret bancaire ne tombe donc pas automatiquement sous l'exception d'ordre public (cf. supra). Dans quelques cas spectaculaires (comme Marcos, Mobutu, etc.), le devoir d'assistance et de collaboration a, au contraire, été considéré comme de l'intérêt de la Suisse.

III.2.2 *Le Luxembourg*

La portée du secret bancaire peut être définie par le droit pour le confident, ainsi que dans les cas où une révélation du fait secret serait légalement possible (se taire ou de parler). Si ce droit est reconnu comme absolu en matière civile et commerciale, il est par contre discuté en matière pénale. Une partie de la doctrine est d'avis que l'intérêt de la défense¹¹ de la collectivité (lutte contre la criminalité) devrait l'emporter sur les intérêts particuliers de la banque ou de son client.

Le droit luxembourgeois ne prévoit pas de base légale spécifique pour le secret bancaire. Les termes 'toutes autres personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie' de l'article 458 du Code pénal ont été utilisés par la doctrine et la jurisprudence luxembourgeoise pour fonder le secret bancaire. Historiquement, l'applicabilité de l'article 458 du Code pénal aux banques était controversée. En effet, une jurisprudence constante soulignait qu'il ne suffisait pas, afin de se retrancher derrière le secret professionnel, que la personne soit devenue confidente d'un secret dans n'importe quel but et de n'importe quelle manière, mais il fallait que, par son état ou par sa profession, elle soit dépositaire de secrets et que la personne qui lui avait fait la confiance ait dû recourir à son ministère. Ainsi, et jusqu'à 1956, la doctrine refusait l'existence d'un secret propre aux banquiers en argumentant que la fonction bancaire ne serait pas caractérisée par la réception nécessaire et obligatoire de confidences. A partir de 1956, une évolution s'est fait sentir. La doctrine accepte de plus en plus le droit du banquier à se taire, basé sur l'article 458 du Code pénal. A partir de 1981, le secret bancaire est réglementé dans la loi du 23 avril 1981 relative au secteur financier. L'article 16 interdit, par dérogation à l'article 458 du Code pénal, au personnel des établissements financiers de révéler les secrets qu'on leur confie en cette qualité. Le régime juridique actuel est prévu à l'article 41 de la loi du 5 avril 1993 relatif au secteur financier :

11 Pour une analyse détaillée et récente, cf. D. Spielmann, *Le secret bancaire et l'entraide judiciaire internationale pénale au Grand-Duché de Luxembourg*, Larquier, Bruxelles, 1999.

- '(1) Les administrateurs, les membres des organes directeurs et de surveillance, les dirigeants, les employés et les autres personnes qui sont au service des établissements de crédit ainsi que les autres professionnels du secteur financier visés à la partie I de la présente loi, sont obligés de garder secrets les renseignements qui leur sont confiés dans le cadre de leur activité professionnelle. La révélation de tels renseignements est punie des peines prévues à l'article 458 du Code pénal.
- (2) L'obligation du secret cesse lorsque la révélation d'un renseignement est autorisée ou imposée par ou en vertu d'une disposition législative, même antérieure à la présente loi.
- (...)'

Les éléments constitutifs de l'infraction de violation du secret à ces textes ont été définis comme étant une indiscretion qui peut causer préjudice, faite librement et en dehors des cas où la loi l'autorise, et qui se réfère à un fait confidentiel par sa nature qui n'a été recueilli par le dépositaire que parce que celui qui lui a fait la confiance a dû recourir à son ministère.

Le secret bancaire n'est pas opposable au client/l'inculpé. A l'égard du client, la banque ne jouit d'aucun droit propre, mais doit suivre ses injonctions. Néanmoins, la jurisprudence reconnaît qu'une banque peut invoquer en justice des pièces normalement couvertes par le secret bancaire si la défense de ses propres intérêts le dicte et dans la stricte limite de cette défense. Ceci serait le cas notamment dans des procès qui opposent la banque à son propre client. De plus, la banque peut saisir elle-même le juge par le dépôt d'une plainte pénale qui est nécessairement accompagnée de pièces qui seraient normalement couvertes par le secret bancaire.

La portée du secret bancaire vis-à-vis des autorités administratives, notamment fiscales et douanières, est fixée dans un règlement grand-ducal du 24 mars 1989 'précisant le secret bancaire en matière fiscale et délimitant le droit d'investigation des administrations fiscales'. L'article premier de ce règlement interdit aux administrations fiscales d'exiger des établissements financiers des renseignements individuels sur leurs clients, sauf dans les cas tendant à assurer la juste et exacte perception des droits d'enregistrement et de succession. L'article 2 dispose que les mêmes administrations n'ont pas le pouvoir de demander, à des fins de contrôle des impôts, des renseignements sur tous les comptes d'une catégorie ou d'une importance déterminée. L'article 3 prévoit en outre que la vérification de la comptabilité et le contrôle sur place d'un établissement financier ne sauraient servir à recueillir des informations sur la situation financière des titulaires de comptes tiers. L'article 4 introduit un paragraphe 178bis à la loi générale des impôts qui prévoit qu'aucun renseignement aux fins d'imposition du contribuable ne peut être demandé : 1) aux établissements de crédits ; 2) aux autres professionnels du secteur financier ; 3) aux sociétés des participations financières (...) et 4) aux organismes de placement collectif. Des dispositions analogues ont été introduites en matière de fiscalité indirecte. De plus, l'article 8 prévoit que 'les renseignements obtenus illicitement ne peuvent être utilisés ni transmis'. On peut donc conclure de ces dispositions que les autorités administratives et notamment fiscales et douanières ne peuvent obtenir une levée du secret bancaire. Ceci a pour conséquence que l'assistance mutuelle administrative en matière fiscale et

douanière est réduite à zéro en ce qui concerne les institutions financières au Luxembourg. Beaucoup dépend donc de la portée de l'entraide judiciaire en matière pénale.

En matière pénale, la seule autorité compétente pour lever le secret bancaire est le juge d'instruction. Le ministère public ne figure en principe pas parmi les autorités judiciaires ayant le pouvoir de lever le secret bancaire, sauf en matière de blanchiment de fonds ayant une provenance criminelle, où le Parquet de Luxembourg a seul compétence pour recueillir les déclarations faites par les personnes soumises à une obligation de dénonciation d'opérations susceptibles d'être des indices de blanchiment. Le juge d'instruction peut lever le secret par deux biais : soit par une perquisition au sein de la banque ayant pour but de rechercher et de saisir les pièces nécessaires en cas de commission rogatoire internationale, soit par le biais d'une audition devant lui-même ou devant des officiers de police délégués à cette fin. En principe, les juges pénaux du siège peuvent aussi lever le secret, mais en pratique toutes les auditions nécessaires se font généralement au niveau de l'instruction judiciaire. Pour ces opérations, il n'y a pas de règles spécifiques, ni nationales, ni dans le cadre des commissions rogatoires internationales. Les règles du Code d'instruction criminelle sont d'application, en ce compris le pouvoir de saisie de tous les documents, objets, effets (...) (art. 66 CIC). Néanmoins, le juge d'instruction est obligé de se limiter à la recherche des indices d'infractions et des preuves pour lesquelles il a été saisi. Il n'est pas censé se lancer dans une opération de 'pêche à l'information'. Sinon, il risque de voir son ordonnance annulée. Reste à signaler que des instructions du Ministre de la Justice obligent les autorités judiciaires à demander au Ministre de la Justice une décision préalable à l'exécution, notamment quant il s'agit des saisies ou perquisitions auprès des institutions bancaires ou de sociétés Holding.

Les perquisitions auprès de titulaires de secrets professionnels ne comportent aucune règle de procédure particulière, à l'exception de celles à effectuer auprès d'avocats dûment inscrits auprès d'un des deux barreaux de Luxembourg. Une telle perquisition ne peut avoir lieu qu'en présence du bâtonnier de l'Ordre, qui ne peut pas empêcher le juge d'instruction de saisir des documents, mais qui peut émettre des observations concernant la sauvegarde du secret professionnel.

Il est intéressant de relever qu'une mesure d'instruction décidée par un juge d'instruction puisse être communiquée par le banquier à son client, même si l'instruction était ouverte du chef de blanchiment (cf. infra).

Comme on l'a déjà signalé, il existe un régime spécifique, proactif, en matière de blanchiment. La cellule anti-blanchiment a été installée au Parquet de Luxembourg (Service anti-blanchiment). L'article 40 de la loi du 5 avril 1993 prévoit les obligations pour le secteur financier. Dans ce contexte, les institutions financières sont tenues de coopérer pleinement avec les Parquets. De plus, il leur est interdit de communiquer au client concerné ou à de tierces personnes que des informations ont été transmises aux autorités ou qu'une enquête sur le blanchiment est en cours. Il est à noter que l'infraction de blanchiment (l'art. 40 de la loi de 1993 juncto art. 506-1 Code pénal) a été étendue au-delà de la seule vente de stupéfiants aux infractions suivantes : tout crime ou délit commis dans le cadre ou en

relation avec une association de malfaiteurs ou d'une organisation criminelle ; enlèvement de mineurs et prostitution de jeunesse ; toute infraction de corruption et toute infraction à la législation sur les armes et munitions. Il est donc à souligner que les délits fiscaux et douaniers ne font pas partie de cette liste.

III.2.3 L'Autriche

Le secret bancaire a sa base légale dans l'article 38 de la loi réglant les opérations de banque (*Bankwesengesetz - BWG*), dont le paragraphe 5 – ayant la valeur d'une disposition constitutionnelle – explique que les paragraphes 1 bis 4 de cet article ne peuvent être changés qu'avec une majorité de deux tiers. Quoique fort critiqué dans la communauté internationale, le secret bancaire n'empêche pas le travail des autorités judiciaires pénales et des autorités administratives financières dans le cadre des procédures pénales et des procédures financières. En outre, par l'introduction de l'article 41 dans le BWG, le secret bancaire peut être dévoilé au sens très large en ce qui concerne les infractions de blanchiment.

Le secret au sens de l'article 38 BWG est à respecter par les institutions financières et par leurs employés. Si les membres des administrations autrichiennes et de la Banque nationale d'Autriche, ayant le statut de fonctionnaire, prennent connaissance de faits tombant sous le secret bancaire, ils ont à respecter ce secret comme un secret de profession publique.

Chaque client qui est/a été lié à la banque par une relation d'affaires est protégé. La majorité est d'avis que le client peut être 'inconnu' et que les livrets d'épargne anonymes tombent sous le secret bancaire. Le secret, qui n'est pas limité dans le temps, est violé – c'est-à-dire les faits en question sont rendus publics – dès qu'une tierce personne en est informée, qui n'a pas connu le secret et n'a pas le droit d'en être informé. Le secret bancaire inclut aussi l'obligation d'empêcher que des documents qui contiennent de tels secrets arrivent dans les mains de personnes non autorisées.

La loi réglant les opérations de banque (BWG) prévoit dans son article 38 (2) BWG que le secret bancaire est à révéler aux instances judiciaires pénales dès que la procédure judiciaire pénale a été introduite. Le StPO ne réglait pas comme telles les implications du secret bancaire dans la procédure pénale. Comme mentionné, les fonctionnaires (des administrations et de la Banque nationale) protégés par leur secret de profession publique, ne peuvent pas être interrogés comme témoin (conformément l'article 151 (2) StPO). La même protection n'a par contre pas été prévue pour les employés de banque. Vis-à-vis des autorités judiciaires, comme le juge d'instruction (pas les policiers), ils sont tenus par l'obligation de témoigner. Une récente modification en 2000 du Code de Procédure Pénale a changé cette situation. Dans son article 145a est défini sous quelles conditions et comment le juge d'instruction peut lever le secret bancaire. Le juge d'instruction peut ordonner la levée du secret bancaire (*Kontoöffnungsbeschluss*). A partir de ce moment, il existe une obligation de porter témoignage aussi pour les employés de l'institution de crédit. Ils sont aussi obligés de délivrer tous les documents pertinents. Le juge d'instruction peut même commander par ordonnance écrite des mesures coercitives pour obtenir et conserver les instruments de

preuve et des documents. La remise à l'inculpé/la défense de la décision de la levée peut être retardée si le but poursuivi par l'instruction était mis en danger.

L'article 101 BWG prévoit que celui qui rend public ou se sert des faits qui tombent sous le secret bancaire afin d'obtenir pour lui-même ou un tiers un bénéfice matériel ou de faire tort à autrui est punissable d'une peine privative de liberté d'un maximum d'un an. Si l'auteur est fonctionnaire, la violation du secret tombe aussi sous l'article 310 StGB ('Violation d'un secret de profession publique').

Le secret bancaire est – sur base de l'article 38 (2) BWG – à révéler aux autorités administratives financières en ce qui concerne les infractions fiscales intentionnelles dès que la procédure administrative financière a été introduite. Jusqu'à présent, il est aussi possible pour les employés de banque de se baser sur l'obligation légale de garder le silence, fondée sur l'article 104 (1) d FinStrG.

Le secret n'existe plus vis-à-vis des autorités financières pénales dès qu'une procédure pénale administrative au sens du Code de procédure financière a commencé, afin de poursuivre des délits fiscaux intentionnels (voir l'article 38(2) 1 BWG). Depuis la loi de 1993 sur les opérations de banque, il est clair que la procédure pénale administrative doit avoir été commencée : le secret bancaire ne peut pas être aboli pour obtenir des documents pendant l'enquête préliminaire administrative. Le secret n'existe plus dès qu'une procédure pénale a été introduite (l'article 38 (2) 1 BWG). Une procédure pénale judiciaire est introduite avec l'enquête préliminaire judiciaire, c'est-à-dire dès que la cour ordonne des investigations à la demande du parquet, même si la personne soupçonnée n'est pas encore identifiée. Le secret bancaire n'est levé que pour ces faits qui sont liés à la procédure en question. Dans la pratique, la cour ordonne par décision l'ouverture des comptes concernés en expliquant que le secret bancaire n'existe plus. Si la banque est d'avis que les conditions – exigées pour la décision d'ouverture elle-même – ne sont pas remplies, elle a le droit (vis-à-vis de ses clients, même l'obligation) de s'adresser à la chambre du conseil, conformément à l'article 113 StPO. Le même recours existe pour les clients bancaires. Tout le problème de savoir le moment exact à partir duquel 'une procédure pénale judiciaire a été introduite' s'est largement résolu par l'introduction en 2000 du 145a StPO. La décision du juge d'instruction ordonnant la levée du secret bancaire doit contenir les informations suivantes : description de la procédure et de l'acte criminel faisant l'objet de l'instruction judiciaire ; le nom de l'institution de crédit ; la période dans lesquelles les transactions suspectes ont eu lieu ; les faits qui présentent le rapport entre la relation d'affaires et l'objet de l'instruction judiciaire, ainsi qu'une description des documents et des informations demandés.

Dans le cadre de la transposition de la directive des Communautés européennes sur la lutte contre le blanchiment en droit autrichien, les articles 39-41 BWG ont été introduits.

Les articles 39 et 40 BWG prévoient, pour les institutions de crédit, le devoir d'être diligent et, pour les institutions de crédit et de finance, le devoir d'identifier les clients et les personnes pour lesquelles ceux-ci travaillent comme fiduciaires.

re dans les cas suivants : a) pour ce qui concerne les relations d'affaires permanentes (à l'exception de ce qui porte sur l'ouverture des livrets d'épargne), b) pour ce qui concerne chaque transaction dépassant le montant de 200.000 S et c) dès qu'il existe une suspicion légitime que le client coopère (intentionnellement ou pas) aux transactions qui servent le blanchiment.

Les informations obtenues (en rapport avec l'identification) doivent être conservées.

De plus, les institutions de crédit et de finance ont l'obligation de prévoir des méthodes préventives (par ex. l'installation de cellules qui collectent des informations, l'organisation de cours de perfectionnement pour leurs employés) combattant le blanchiment. L'article 41 BWG explique que le secret bancaire est à révéler dans un sens plus large pour les infractions de blanchiment – ayant leur base juridique dans l'article 165 StGB (blanchiment) et l'article 278a (2) StGB (le blanchiment en rapport avec une association des malfaiteurs).

Quelles sont les possibilités coercitives pour obtenir les données protégées par le secret ? Il faut établir une distinction entre la procédure pénale et la procédure administrative financière. Pour ce qui est de la procédure judiciaire pénale, avant l'ouverture d'une information (communication proactive, blanchiment), l'obligation de fournir des renseignements et de signaler les actes suspects à la direction générale de la sécurité publique ne compte que pour la poursuite des infractions de blanchiment (c'est-à-dire les articles 165 et 278a StGB), comme l'article 41 BWG le prévoit. En ce qui concerne les autres infractions poursuivies dans une procédure judiciaire pénale, il est interdit au chef et aux employés de la banque, en raison du secret bancaire, de donner des renseignements aux agents de sécurité. Après l'ouverture d'une information (communication réactive), la révélation du secret bancaire est normalement déclarée par une ordonnance du juge d'instruction. Celui-ci peut demander des informations écrites au chef de la Banque (ou aux autres employés) : ceux-ci ne sont pas obligés de répondre (le StPO ne dispose pas d'une règle qui oblige de répondre aux questions écrites du juge d'instruction). Ils ont – par contre – le droit de répondre parce qu'ils ne sont plus liés par le secret bancaire. Le chef de la banque ou les autres employés peuvent en outre être appelés à témoigner et priés de témoigner devant le juge d'instruction. Ils sont en tout cas obligés de comparaître (voir l'article 150 StPO). Ils sont aussi obligés de répondre à toutes les questions : le juge d'instruction a la possibilité de les contraindre sous peine d'une sanction pécuniaire ou d'une détention 'contraignante' sur base de l'article 160 StPO. Les témoins sont obligés de dire ce qu'ils ont vu ou entendu, ils ne sont – par contre – pas obligés d'avoir étudié des documents. Le juge d'instruction peut évidemment aussi ordonner des moyens coercitifs, comme la délivrance de documents, une perquisition et/ou saisie. Les personnes dont les droits peuvent être violés par les ordonnances de visite domiciliaire ou de saisie, c'est-à-dire le chef et les autres employés de la banque, d'un côté et la personne inculpée de l'autre, ont le droit d'introduire un recours ('*Beschwerde*'), sans effet suspensif à la chambre du conseil, conformément à l'article 113 StPO. Le même recours est possible pour les témoins contre lesquels des peines 'contraignantes' ont été prononcées.

En ce qui concerne la procédure administrative financière, avant l'ouverture d'une information, l'obligation de fournir des renseignements et de signaler les actes suspects ne compte que pour la poursuite des infractions de blanchiment et pas pour les délits fiscaux. Après l'ouverture d'une information (communication réactive), les autorités en charge de la procédure administrative peuvent, dès que le secret bancaire est levé, demander des informations écrites au chef de la banque ou aux autres employés. Contrairement à ce qui a été dit pour le StPO, chaque personne est dans ce cas obligée – sur base de l'article 99 (1) FinStrG – de répondre aux questions écrites des administrateurs pénaux financiers. Si la personne en question refuse de répondre à l'administration pénale financière, celle-ci a la possibilité de l'y contraindre sous peine d'une amende 'contraignante' d'un maximum de 30.000 S (conformément aux articles 99 (1) et 106 (2) FinStrG et à l'article 111 BAO) ou d'une ordonnance de saisie immédiate ainsi que de perquisition.

Ce n'est que contre la prononciation d'une telle peine 'contraignante' que le chef de la banque (ou les autres employés) peut introduire un recours (non suspensif) devant la Direction financière compétente, au cours duquel on examine si la demande d'information a été suffisamment motivée et si elle est concrète. L'obligation de témoigner trouve sa base légale dans l'article 102 FinStrG. Une peine financière 'contraignante' est également prévue ici pour le cas où la personne concernée refuserait de témoigner. Il peut être demandé au témoin d'apporter des pièces, des documents ou des parties des livres de gestion ('*Geschäftsbücher*') en rapport avec les faits punissables concrétisés. Mais les autorités administratives n'ont pas le droit d'obliger la banque (comme tierce personne) de laisser consulter par son employé (qui est appelé à porter témoignage) les documents pertinents pour que ce dernier puisse informer l'administration sur le contenu de ces documents. L'employé n'est pas non plus 'obligé' de faire des recherches lui-même. Comme dans la procédure pénale judiciaire, il existe des moyens coercitifs pour obtenir et conserver des instruments de preuve et des documents. Les règles de saisie ont leur base légale dans les articles 89 et suivants du FinStrG ; les règles sur la perquisition se trouvent dans les articles 93 et suivants du FinStrG. Pour ce qui est de la saisie, l'article 89 (4) 2 FinStrG précise de manière explicite que – à peine de nullité conformément à l'article 98 (4) FinStrG –, seuls les objets qui sont en rapport direct avec les délits fiscaux intentionnels poursuivis dans la procédure administrative financière introduite – pour laquelle le secret bancaire est levé – peuvent être saisis. En ce qui concerne la perquisition, l'article 93 (2) FinStrG prévoit qu'il doit y avoir une suspicion légitime de trouver dans les espaces à examiner des objets qui peuvent servir de pièces à conviction dans la procédure administrative financière. En outre, les banques ne peuvent être perquisitionnées qu'en rapport avec de graves infractions financières et que si la perquisition est la seule méthode propre. Contre les décisions coercitives (c'est-à-dire la décision de saisie ou décision de perquisition), il existe sur base de l'article 89 (5) et (6) FinStrG (pour la saisie) et de l'article 93 (7) FinStrG (pour la perquisition), la possibilité de s'adresser à la Direction financière compétente ('*Finanz-landesdirektion*') sur base de l'article 62 (3) FinStrG en combinaison avec l'article 152 (1) FinStrG.

Il reste à signaler que, d'après l'évolution jurisprudentielle, les demandes d'entraide judiciaire sont aujourd'hui considérées comme 'correspondant à une procédure pénale introduite dans le sens de l'article 38(2) BWG (secret bancaire), du fait que le tribunal autrichien accordant l'entraide pénale est considéré comme une instance pénale. Quand on demande des mesures coercitives, il est nécessaire qu'une ordonnance de ce genre de l'Etat requérant soit faite, ou au moins une déclaration des autorités judiciaires de l'Etat requérant que les conditions soient toutes remplies.

Enfin, il faut souligner que le secret bancaire n'a rien à voir avec le système des livrets d'épargne anonymes, qui était considéré par la Commission européenne comme étant en violation avec la directive du 1991 sur le blanchiment. L'Autriche a d'ailleurs interdit les livrets d'épargne anonymes (*anonyme Sparbücher*) le 1er novembre 2000 par une modification de la loi réglant les opérations de banque.¹²

IV. PROCÉDURES INTERNES ET VOIES DE RECOURS OUVERTES : EXÉCUTION ET GARANTIES

Comme on l'a souligné dans l'introduction, pour bien comprendre le contexte des recours, il est nécessaire de comprendre les procédures en droit interne. En outre, il faut tenir compte du fait qu'une affaire peut aboutir à plusieurs, même à de multiples, demandes de commissions rogatoires internationales et qu'une demande de commission rogatoire internationale peut aboutir à plusieurs, voire de multiples, ordonnances du Parquet ou du juge d'instruction.

IV.1 La Suisse

Depuis la révision en 1996 du EIMP, une procédure uniforme a été introduite pour toute la Suisse, en ce compris une réduction uniforme et réduite en matière de recours. La loi prévoit les étapes suivantes :

1. L'Office fédéral reçoit une demande étrangère. L'Office examine sommairement la demande, c'est-à-dire si la demande remplit toutes les conditions formelles et si elle ne se heurte pas à des motifs objectifs de refus d'entraide. L'Office ne décide pas sur des questions de recevabilité au fond. Dans les cas urgents, l'Office peut ordonner des mesures provisionnelles dès qu'une requête est annoncée.
2. Après l'examen préliminaire, la demande est transférée aux autorités compétentes, en général une autorité cantonale. Ni la réception, ni la transmission de la demande à l'autorité compétente ne peuvent faire l'objet d'un recours. Si l'exécution nécessite des investigations dans plusieurs cantons ou qu'elle

¹² Modification des articles 40 et 41 du *Bankwesengesetz*.

- concerne également une autorité fédérale, l'Office fédéral peut charger une seule autorité de l'exécution.
3. L'autorité d'exécution procède à un examen préliminaire de la demande, à savoir si toutes les conditions juridiques nécessaires à l'octroi de l'entraide judiciaire sont réunies.
 4. Lorsque l'examen préliminaire est positif, l'autorité rend une décision d'entrée en matière sommairement motivée et procède aux actes d'entraide admis. Elle exécute les actes d'entraide conformément à son propre droit de procédure. Cette décision ne peut plus faire l'objet de recours à ce stade-ci (ils doivent attendre la décision de clôture). Une injonction écrite et sommairement motivée aux personnes concernées par les mesures d'entraide suffit en principe.
 5. Exécution de la demande. Les voies de recours prévues par le droit cantonal de procédure n'entrent pas en ligne de compte dans ce contexte, car le EIMP règle complètement ce domaine et le droit fédéral a dès lors le pas sur le droit cantonal.

Il y a deux exceptions qui concernent la saisie de valeurs et d'objets et la présence des fonctionnaires étrangers. Dans ces deux cas, il faut une décision incidente, qui doit être notifiée. Même dans ce cas, les décisions incidentes ne peuvent faire séparément l'objet d'un recours que si les mesures occasionnent un préjudice immédiat et irréparable. L'autorité de recours peut accorder l'effet suspensif au recours formé contre la décision incidente. Pour la saisie, il n'y jamais d'effet suspensif, car la saisie est une mesure provisoire en soi.

6. Lorsque l'exécution de la demande est terminée, l'autorité d'exécution rend une décision de clôture, dans laquelle elle se prononce sur la recevabilité matérielle de la demande et sur l'étendue de l'entraide (quels documents peuvent être transmis). Les ayant droits ne peuvent introduire un recours que contre la décision de clôture rendue à la fin de la procédure et, conjointement avec celle-ci, contre les décisions incidentes rendues précédemment.

Dans les cantons, le recours est présenté à une instance supérieure. La décision de l'autorité cantonale de dernière instance peut ensuite faire l'objet d'un recours de droit administratif devant le Tribunal fédéral (recours qui peut porter aussi sur des décisions incidentes antérieures). Les voies de recours comptent ainsi deux échelons.

Les motifs de recours admis sont la violation du droit fédéral (contrôle de la légalité) et le non-respect de l'objet de la demande. L'opportunité de la décision appartient à l'administration et ne forme pas un motif de recours. Des états de faits ou de culpabilité ne forme pas un motif de recours, car le recours ne représente pas une procédure pénale anticipée. Lorsque le droit étranger a également été appliqué dans l'exécution de la demande d'entraide, son application peut aussi être invoquée en tant que motif de recours.

Les délais de recours contre la décision de clôture sont de 30 jours ; il est de 10 jours contre les décisions incidentes pouvant exceptionnellement faire l'objet d'un recours séparé. Les recours contre les décisions de clôture ont un effet suspensif.

IV.2 Le Luxembourg

a) Situation avant l'entrée en vigueur de la loi du 8 août sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale

Dans le cadre d'une procédure de coopération internationale, interviennent au Luxembourg : le procureur général de l'Etat, les Parquets d'Arrondissements, les juges d'instructions, le Parquet Général ainsi que, en cas de recours, les Chambres du Conseil auprès des Tribunaux d'Arrondissement, ou auprès de la Cour d'Appel. Dans la nouvelle loi de 9 août 2000 il n'y a plus de fonctions ni pour le Ministre de la Justice ni pour la Cour de Cassation.

Les Parquets d'Arrondissement sont compétents pour exécuter toute demande d'entraide ne nécessitant aucun devoir coercitif. Ils ont en plus un rôle à jouer au sein des procédures de recours, car ils présentent leurs plaidoiries. Les juges d'instruction ont le monopole de l'exécution de toute commission rogatoire internationale nécessitant le recours à des mesures coercitives telles que les perquisitions et saisies, les auditions sous la foi du serment, les expertises judiciaires, les mesures de surveillance des communications. Leur rôle est en outre essentiel pour la levée du secret professionnel, en ce compris le secret bancaire (cf. supra).

Avant l'entrée en vigueur de la loi nationale sur l'entraide, les recours de droit interne étaient applicables. Conformément à la règle communément admise en droit pénal, ces recours ont un effet suspensif, en ce sens que, si la procédure d'exécution de la commission rogatoire internationale en droit national peut suivre son cours, les pièces produites par cette exécution ne sont pas communiquées à l'autorité requérante tant que les recours ne sont pas vidés.

Les recours possibles étaient les suivants :

- les demandes en nullité contre les ordonnances du juge d'instruction prises en exécution de la commission rogatoire internationale (art. 126 CIC), demandes portées devant la Chambre du Conseil du Tribunal d'arrondissement auprès duquel est établi le juge d'instruction ;
- les appels contre celles des décisions du juge d'instruction qualifiées d'acte juridictionnel et portés devant la Cour d'Appel, Chambre du Conseil ;
- les demandes en mainlevée de saisies et/ou en restitution (art. 68 CIC) portées devant la Chambre du Conseil près le Tribunal d'arrondissement ;
- les appels contre les décisions rendues par la Chambre du Conseil du Tribunal d'arrondissement et portées devant la Cour d'Appel, Chambre du Conseil ;
- les pourvois en cassation contre toute décision en dernier ressort et toisant le fond.

L'irrecevabilité des pourvois, telle qu'actuellement prononcée dans la majeure partie des cas, s'appuie sur l'un ou l'autre des articles suivants :

* conformément à l'article 416 CIC, le recours en cassation contre les arrêts préparatoires et d'instruction, bien que définitifs, n'est recevable qu'après l'arrêt définitif au fond, à l'exception des décisions sur la compétence ;

* en vertu de l'article 407 CIC, les arrêts et jugements rendus en dernier ressort en matière criminelle, correctionnelle ou de police, peuvent être

annulés en cas de violation de la loi sur le pourvoi en cassation par le Ministère Public, le prévenu ou la partie civile (les tiers sont exclus).

Le recours en nullité, fondé sur l'article 126, était entouré des conditions restrictives suivantes :

- le recours peut seulement être dirigé contre l'ordonnance d'exécution du juge d'instruction luxembourgeois, et non pas contre la commission rogatoire internationale elle-même ; la demande d'entraide n'est d'ailleurs jamais communiquée, même en cas de recours, sauf accord de l'autorité requérante.
- le recours doit être exercé dans un délai de forclusion de trois jours, étant entendu que le point de départ du délai court à partir de la connaissance de l'acte ;
- les moyens de nullité recevables se limitent à la régularité formelle des actes d'exécution des autorités judiciaires luxembourgeoises, ainsi qu'au respect des conditions prévues par les accords internationaux applicables (émanant d'une autorité judiciaire, double incrimination, absence de prescription...) ; ni l'opportunité, ni la proportionnalité de la mesure sollicitée par la commission rogatoire ne peuvent faire l'objet de ce contrôle, car les juridictions luxembourgeoises n'agissent pas dans le cadre d'une instruction préparatoire interne, mais dans le cadre d'un mandat conféré par un organe judiciaire étranger. Lors de l'examen du recours, les juridictions refusent donc d'examiner le fond de l'affaire ou l'opportunité des actes dont l'exécution est sollicitée, et se bornent à vérifier la procédure nationale luxembourgeoise et la compatibilité de la demande et de son exécution avec les accords internationaux en vigueur.

Un tel recours pouvait être introduit par l'inculpé ainsi que par tout tiers concerné justifiant d'un intérêt légitime personnel. En cas de perquisition bancaire, la banque ne figure pas en qualité de tiers disposant d'un recours contre la mesure du juge.

Il s'agissait donc sans aucun doute d'un système de recours en cascade, tant contre l'ordonnance, les actes juridictionnels, la saisie avec des possibilités d'appel et de pourvoi en cassation. Il convient de souligner que cette voie de recours était par ailleurs utilisée de façon systématique en pratique, alors que l'exécution d'une seule commission rogatoire était susceptible d'engendrer l'introduction de plusieurs recours, formulés simultanément ou successivement par plusieurs personnes différentes. Même dans l'exposé des motifs au projet de loi no. 4327, il est reconnu qu'il faut 'contrecarrer les abus de procédures exercées jusqu'à présent dans cette matière, consistant dans l'emploi systématique des voies de recours à des fins qui paraissent manifestement dilatoires, à savoir dans le seul but de freiner le déroulement rapide de la procédure' (cf. aussi exposé de M. le Procureur d'Etat Robert Biever, lors de l'audition publique du 16 avril 1997 au Parlement européen de l'EU- COCOBU-Bruxelles). Le fait que la plupart des recours soient déclarés irrecevables n'y change rien.

Un point clé des procédures en recours était le fait qu'il y a un délai de forclusion de trois jours, étant entendu que le point de départ du délai commençait à courir

à partir de la connaissance de l'acte. Il appartenait au ministère public de rapporter la preuve de la connaissance de l'acte depuis plus de trois jours, preuve qu'il était en fait la plupart du temps impossible à prouver. Il était donc possible, selon le Conseil d'Etat, dans son avis sur le projet de loi no. 4327 'à plusieurs inculpés ou à des tiers concernés d'introduire des recours successifs auprès de la chambre du conseil du tribunal, de relever appel devant la chambre du conseil de la Cour d'appel et d'introduire un recours en cassation. Une fois que ce recours a été rejeté, un deuxième inculpé ou tiers introduit une nouvelle procédure. Il s'agit en l'espèce manifestement d'une dérive procédurale destinée à retarder aussi longtemps que possible la transmission des résultats de la commission rogatoire aux autorités étrangères. Eu égard au fait qu'on recourt à ces procédures dilatoires dans des affaires qui étaient des affaires sensibles dans l'Etat requérant, ces lenteurs procédurales ont évidemment donné lieu à de vives critiques de la part des autorités de ces pays quant à la lenteur avec laquelle le Luxembourg exécutait les commissions rogatoires internationales'.¹³

Il faut souligner que les recours étaient uniquement des recours de légalité contre les seules décisions des autorités luxembourgeoises chargées de l'exécution d'une demande rogatoire. Des recours en vue d'un examen de l'opportunité ou de la proportionnalité d'une demande de commission rogatoire ou de ses actes d'exécution, bien que souvent introduits par les défenseurs, n'étaient pas reconnus par les tribunaux.

On peut donc conclure que le droit interne luxembourgeois connaissait un système de recours en 'cascade' qui pouvait se répéter de manière successive. Il s'agissait d'une dérive procédurale qu'on pouvait qualifier de véritable carrousel de garanties dilatoires.

*b. le projet de loi no. 4327 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale*¹⁴

Le projet de loi no. 4327 vise en outre à installer un régime spécifique de recours en la matière, dérogeant au régime commun du CIC. L'article 6 prévoit une requête en nullité (recours en annulation) :

'Dans le cadre de l'exécution d'une demande d'entraide, le procureur d'Etat, l'inculpé ainsi que tout tiers concerné justifiant d'un intérêt légitime personnel peut présenter une requête en nullité contre l'acte exécutant la demande d'entraide. Cette requête doit être déposée au cours même de l'exécution de la demande d'entraide dans un délai de sept jours à partir de l'acte attaqué (...)'

L'article 7 prévoit une requête spécifique (requête en réclamation) (si des objets ou des documents ont été saisis). Leur transmission est subordonnée à l'accord de la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement. Des tiers détenteurs ou

¹³ *op. cit.*

¹⁴ Pour un commentaire détaillé, cf. D. Spielmann, *op. cit.*

autres ayant droits peuvent déposer une requête dans un délai de sept jours à partir de la saisie des objets ou documents.

L'article 8 règle la procédure de transmission des objets ou documents saisis. S'il n'y a pas eu de requête de nullité ou de requête en réclamation, la chambre du conseil statue sur réquisitoire du procureur d'Etat, sans autre formalité. Dans le cas contraire, la chambre du conseil statue par une et la même ordonnance sur la ou les requêtes. Cette procédure entend empêcher des lenteurs de procédure, engendrées notamment par des incidents, telles que demandes accessoires ou exceptions ou encore par des renvois en première instance. L'ordonnance rendue par la chambre du conseil ne peut faire l'objet d'un recours ultérieur, à l'exception de la voie d'appel. Celle-ci constitue en effet la seule voie de recours admissible contre l'ordonnance de la chambre. La procédure applicable devant la chambre du conseil de la cour d'appel est identique à celle applicable devant la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement. Le recours en cassation, actuellement déclaré irrecevable dans la quasi-totalité des cas, a été écarté, expressément par l'alinéa 13 de l'article 8.

Les ordonnances de la chambre du conseil sont susceptibles d'appel :

- par le procureur général d'Etat et le procureur d'Etat, dans tous les cas ;
- par le requérant, si l'ordonnance porte préjudice à ses droits

Le délai de sept jours à partir de l'acte attaqué ou à partir de la saisie des objets est un élément clé pour mettre fin à l'abus de procédure. Il est dès lors étonnant que le Conseil d'Etat dans son avis ne propose pas seulement de prolonger ce délai à dix jours, mais à partir de la notification. En outre, le Gouvernement s'est déclaré favorable à ce point. Cette prise de position risque d'ouvrir de nouveau la porte aux abus, car comment le Ministère Public peut-il notifier sans nuire à l'intérêt du dossier et notifier à des tiers inconnus?

Le mutisme du projet de loi sur la communication d'actes du dossier aux requérants est vivement critiqué. Le Procureur général souligne dans son avis que 'l'entraide ne doit pas aboutir, car se serait le pervertir, à permettre à une personne d'avoir dans l'Etat requis accès à des éléments du dossier pénal de l'autorité judiciaire de l'Etat requérant auxquels il n'a pas accès dans l'Etat requérant avec tous les risques, en particulier de déperdition de preuves, pression sur des témoins, etc. que cela pourrait engendrer'. Il serait donc nécessaire d'introduire la même notion que celle de l'article 126 (5) CIC, selon laquelle la personne concernée ne peut obtenir communication que de l'acte d'instruction qui le vise personnellement.

Dans leurs avis respectifs, l'Association des Banques et Banquiers du Luxembourg (ABBL) et l'Ordre des Avocats soulignent la nécessité d'un contrôle au fond ou encore de proportionnalité. Le Conseil d'Etat, par contre, estime à ce sujet qu'il n'y a pas lieu de confondre plusieurs notions. Le droit luxembourgeois exige un exposé des faits et une relation entre les faits et les mesures sollicitées. En droit interne, les juridictions d'instruction n'ont aucunement le pouvoir de sanctionner une décision du juge d'instruction pour ne pas avoir observé le

principe de proportionnalité. Il appartient dès lors à l'inculpé ou à l'inculpé virtuel de porter un recours devant les juridictions compétentes dans ce pays. Le Conseil d'Etat estime que les pouvoirs dévolus aux autorités judiciaires luxembourgeoises sont les pouvoirs de contrôle de légalité, mais pas de fond, d'opportunité ou de proportionnalité, et conclut : 'le Conseil d'Etat s'y opposerait plus que fermement'.

l'ABBL souligne aussi que le secret bancaire constitue un élément essentiel pour la protection de la vie privée. Elle critique d'une manière très sévère le fait que ce projet de loi met de sérieux freins aux moyens de la défense. L'Ordre des Avocats, par contre, juge le projet de loi contraire à la CEDH. Le Conseil d'Etat, pour sa part, souligne qu'il est évident qu'une commission rogatoire internationale ne constitue qu'un incident dans une procédure pénale infiniment plus complexe qui se déroule dans l'Etat requérant et qu'il convient en effet de signaler que les juridictions d'instruction et les magistrats ou policiers participant à l'instruction préparatoire ne sont pas appelés à décider du bien-fondé d'une accusation en matière pénale.

(Un point à critiquer : la personne qui se voit notifier l'ordonnance de perquisition ou de saisie – la banque – n'est pas tenue par le secret d'instruction et peut donc le communiquer à son client ; parfois on a besoin de deux commissions rogatoires (une pour identifier les comptes, une tendant à la saisie !).

c. la nouvelle loi de 8 août 2000 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale

Dans les grandes lignes, le projet de loi a été approuvé par le législateur. Même si l'article 3 prévoit la possibilité d'un recours contre la décision du procureur général d'Etat d'accorder la demande et de transférer le dossier à l'autorité judiciaire compétente à procéder aux devoirs d'instruction sollicités, ce recours doit être introduit dans les formes, procédures et délais prévus à l'article 8.

L'article 8 règle le recours de nullité :

'Dans le cadre de l'exécution d'une demande d'entraide, le procureur d'Etat, la personne visée par l'enquête ainsi que tout tiers concerné justifiant d'un intérêt légitime personnel peut déposer une requête en nullité contre l'acte exécutant la demande d'entraide auprès du greffe de la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement. Cette requête doit être déposée, sous peine de forclusion, dans un délai de dix jours à partir de la notification de l'acte attaquée à la personne auprès de laquelle la mesure ordonnée est exécutée. Une requête déposée par une des personnes visées à l'alinéa 1er doit, sous peine d'irrecevabilité, être signée par un avocat à la Cour et contenir une élection de domicile en son étude. Cette élection de domicile produit ses effets aussi longtemps qu'il n'y aura pas eu de nouvelle élection de domicile'.

S'il n'y a pas de recours de nullité, ceci ne veut nullement dire qu'il n'y ait pas de nécessité de passer par un tribunal pour autoriser la transmission des objets ou

documents saisis à l'Etat requérant. L'article 9 prévoit une procédure '*fiat*' sur réquisitoire du procureur d'Etat :

1. Si des objets ou documents sont saisis, leur transmission à l'Etat requérant est subordonnée à l'accord de la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement du lieu où la saisie a été opérée.
2. Les documents saisis ne peuvent être portés à la connaissance de la partie requérante, avant qu'il n'ait été satisfait aux exigences de la procédure prévue au présent article. Il ne peut être dérogé aux dispositions de l'alinéa précédent que dans les termes et sous les conditions de l'article 11 de la présente loi.
3. La chambre du conseil décide de la transmission éventuelle à l'Etat requérant de tout ou partie des objets ou documents saisis.
4. Elle peut ordonner la restitution des objets ou documents qui ne se rattachent pas directement aux faits à la base de la demande d'entraide.
5. Elle statue, le cas échéant, également sur la réclamation des tiers détenteurs ou autres ayants droit. Ceux-ci peuvent, à ces fins, déposer au greffe de la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement compétent une requête signée par un avocat à la Cour et en l'étude duquel domicile est élu, le tout sans peine d'irrecevabilité de la requête. Cette élection de domicile produit ses effets aussi longtemps qu'il n'y aura pas eu de nouvelle élection de domicile. Les convocations ou notifications sont effectuées au domicile élu.
6. Cette requête doit être déposée, sous peine de forclusion, au greffe de la chambre du conseil dans un délai de dix jours à partir de la notification de l'ordonnance de saisie des objets ou documents à la personne auprès de laquelle la mesure ordonnée a été exécutée'.

Il est important de souligner que dans le cas de figure où il y aurait une requête de nullité, prévue à l'article 8 ou une requête du part des tiers détenteurs,¹⁵ prévue à l'article 9, la chambre du conseil statue par une même ordonnance sur tous les aspects, y inclus le permis de transmission (art. 10). Les ordonnances de la chambre du conseil sont susceptibles d'appel devant la chambre du conseil de la cour d'appel, selon l'article 10 (3) :

- par le procureur général d'Etat et le procureur d'Etat, dans tous les cas ;
- par le requérant, si l'ordonnance préjudicie à ses droits.

Une requête n'est exécutoire qu'après l'écoulement du délai d'appel.

Aucun pourvoi en cassation n'est admissible à l'encontre des arrêts de la chambre du conseil de la cour d'appel statuant dans la matière visée par la loi sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale.

La nouvelle loi contient aussi une procédure exceptionnelle dans l'article 11 :

'Par dérogation à l'article 9 et même en cas de dépôt d'un recours, le magistrat présidant la chambre du conseil peut, sur réquisition du procureur d'Etat, autoriser la transmission sans délai à l'autorité judiciaire du pays requérant des résultats de l'exécution d'une commission rogatoire internationale s'il existe des indices graves et

15 Les banques et les avocats peuvent être considérés comme des tiers intéressés à condition qu'ils sachent justifier un intérêt légitime personnel. Le fait d'être mandataire de leurs clients ne suffit donc pas.

concordants que le déroulement de la procédure prévue aux articles 8, 9 et 10 risque de mettre en danger l'intégrité physique ou psychique d'une personne'.

Cette exception à la règle est importante, mais il est quand même étonnant qu'elle soit limitée à mettre l'intégrité d'une personne en danger. On aurait pu imaginer aussi des motifs tels que le danger pour les preuves en matière de criminalité grave ou organisé. Ceci était déjà formulé en 1998 par le '*Working Party of Evaluators*' de l'Union européenne au moment de l'évaluation de l'architecture et de la pratique de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale au Luxembourg : '*One of the difficulties encountered by the evaluation team stems from the narrow understanding of the concept of organised crime ; it cannot be simply taken to denote large-scale banditry or mafia activity. Other forms of international large-scale crime such as corruption, money-laundering and tax fraud clearly have close links with organised crime*'.¹⁶

Dans le cadre de la procédure de recours, le principe de la non-communication du dossier, y inclus de la demande étrangère a été maintenu, contre la volonté de l'Association des banques et du Conseil de l'Ordre des avocats. D'autre part l'Association des banques et le Conseil de l'Ordre des avocats ont obtenu du législateur l'introduction dans le texte d'un contrôle de la proportionnalité, prévue à l'article 4 :

'(...) un exposé des faits et le lien entre ces faits et l'objet de l'acte d'instruction sollicité (...) Est également refusée l'exécution d'une demande d'entraide si, sans devoir procéder à un examen de fond, il est prévisible, au regard des exigences énoncées à l'article 4, point c, que les moyens à mettre en œuvre ne sont pas aptes à réaliser, l'objectif visé à la demande d'entraide ou vont au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre (...)'

Le grand danger est que par cette formule de 'proportionnalité' s'introduit dans les recours un examen de fond de la demande de commission rogatoire internationale, un examen de fond qui n'est pas en ligne avec les conventions principales en vigueur.

C'est évidemment un énorme pas en avant que l'ensemble de recours introduits soit vidé par une seule et même décision, mettant ainsi fin à la pratique des recours en cascade. Restent néanmoins quelques points qui suscitent des soucis. Il est étonnant que le législateur ait prévu un délai de dix jours à partir de la notification et pas à partir de l'acte attaqué pour ce qui concerne la requête de nullité de l'article 8. Le fait que les documents ou objets saisis ne puissent être portés à la connaissance de la partie requérante avant l'ordonnance de la chambre du conseil autorisant le transfert des pièces saisis est un autre élément qui suscite des questions. La nouvelle convention du 29 mai 2000, la convention sur l'entraide

16 Working Party of Evaluators to Multidisciplinary Working Party on Organised Crime, Evaluation report on Luxembourg with regard to judicial assistance and urgent requests for tracing and freezing or seizure of assets, Union Européenne, Conseil, 12428/98, Crimorg 165, cf. site internet du Conseil.

de judiciaire internationale en matière internationale du troisième pilier prévoit justement des équipes communes d'enquêteurs.

L'impression de la nouvelle loi est donc double : d'une part, le Luxembourg a été capable de réaliser une réforme profonde et très nécessaire, qui aurait dû être faite depuis longtemps. D'autre part, se posent les questions de savoir si le Luxembourg a su tenir compte des évolutions actuelles dans la matière (cf. la convention du troisième pilier et la nouvelle formulation dans le Traité d'Amsterdam) et des obligations de coopération entre les Etats membres de l'Union. Une vraie réforme, mais trop tard et sans la suffisante vision vers le futur.

IV.3 l'Autriche

Dans le droit autrichien, il faut établir une distinction entre le droit pénal commun et le droit pénal financier. En droit pénal financier, il y a encore une distinction entre les infractions pénales financières qui relèvent des autorités judiciaires et les infractions administratives financières qui relèvent des autorités administratives. Ces distinctions ont des conséquences pour l'entraide judiciaire, les autorités compétentes, les pouvoirs et procédures applicables et les voies de recours.

Quant aux autorités, procédures, compétences et recours : la loi spécifique renvoie vers la législation commune, par exemple le code de procédure pénale. La conséquence en est une panoplie d'autorités en jeu (selon les mesures d'entraide demandées) et une panoplie de recours différents. Autre conséquence, le recours se limite contre l'ordonnance en tant que tel. Il n'y a pas de recours spécifique contre, par exemple, le transfert des documents ou des données vers l'Etat requérant.

1. Le droit pénal commun et les infractions pénales financières

Les demandes de commissions rogatoires internationales ne peuvent être exécutées qu'après l'ordonnance des instances juridictionnelles 'sensu stricto', mentionnées dans l'article 55 ARHG, c'est-à-dire le tribunal local ('*Bezirksgericht*') ou quand il y a des mesures coercitives nécessaires, le tribunal de première instance. Si les infractions visées tombent sous la compétence des autorités administratives financières conformément au code pénal financier (FinStrG), la requête est envoyée aux autorités administratives financières, qui ne peuvent dans ce cas qu'effectuer d'assistance administrative (*Amtshilfe*). Il faut néanmoins souligner que l'entraide judiciaire est d'application pour les infractions fiscales du code pénal financier, qui relèvent de la compétence des autorités judiciaires et auxquelles des règles spécifiques de la procédure pénale s'appliquent. Dans ce cas les autorités administratives financières peuvent assister le tribunal compétent, mais pour l'exécution des arrestations, des saisies, des perquisitions, etc., ce sont les dispositions de la procédure pénale qui sont d'application.

Contre les ordonnances des instances juridictionnelles, il y a des possibilités de recours, au moins s'il ne s'agit pas d'un refus de l'entraide demandé. Ce qui est assez étonnant, c'est que les recours ne soient pas réglés dans l'ARHG. Ceci a pour conséquence que les règles du Code de procédure pénale (StPO) sont d'application. (art. 9 ARHG). Néanmoins, il faut aussi tenir compte de la procédure

administrative financière (FinStrG) pour ce qui concerne les délits fiscaux. Etonnant aussi est le fait que les autorités judiciaires autrichiennes ou étrangères n'aient pas de droit de recours lors d'une décision négative de la part des instances juridictionnelles.

L'article 38 StPO précise que le suspect doit être informé dès qu'une enquête préliminaire (*'gerichtliche Vorerhebungen'*) a été ouverte contre lui ou dès que l'instruction préparatoire (*'Voruntersuchung'*) a été introduite. Il doit être informé de l'objet de la suspicion et doit obtenir une explication sur les droits de la défense dans la procédure. Cette information peut être retardée aussi longtemps qu'elle risque de mettre en péril les buts poursuivis par l'instruction. Les articles 45 (2) et 4 StPO stipulent que le droit du suspect à consulter les actes du dossier peut être limité, pour autant que les buts de l'instruction soient en danger. Cette exception à la règle est largement utilisée en Autriche.

Les recours prévus dans le StPO sont applicables contre les ordonnances des autorités juridictionnelles (justice locale, juge d'instruction et chambre du conseil du tribunal de première instance) prévoyant des mesures coercitives spécifiques, comme par exemple la levée obligatoire du secret bancaire par le *'Bezirksgericht'* (*'Kontoeröffnungsbeschluss'*), la perquisition du juge d'instruction, ou des interceptions des télécommunications électroniques par la chambre du conseil du tribunal de première instance. Le droit d'introduire une plainte (*'Beschwerde'*) existe pour chaque personne dont les intérêts légaux risquent d'être violés. L'institution chargée de la protection juridique de la vie privée a aussi le droit de plainte contre des ordonnances qui visent des banques de données ou des interceptions des communications. Le parquet général a la possibilité d'introduire un pourvoi dans l'intérêt de la loi (art. 33 (2) StPO) contre chaque type de décision d'un tribunal pénal si cette dernière est en violation avec le droit matériel ou de procédure. Même des décisions qui relèvent d'un certain pouvoir discrétionnaire sont appelables dans l'intérêt de la loi.

La Chambre du Conseil est, conformément à l'article 113 StPO, compétente pour les plaintes contre les décisions du juge d'instruction ordonnant la perquisition du domicile, la saisie, etc. Le Tribunal de deuxième instance (*'Oberlandesgericht'*) est, conformément à l'article 114 StPO, compétent pour les plaintes contre les décisions de la chambre du conseil ordonnant l'interception des communications et le contrôle automatisé des banques de données. La chambre d'appel de première instance est, conformément à l'article 481 StPO, compétente pour les plaintes contre les décisions de la justice locale (*'Bezirksgericht'*) comme par exemple les décisions ordonnant l'ouverture obligatoire des comptes.

Quand le *'Bezirksgericht'* ordonne l'ouverture des comptes dans une banque, et si la banque est d'avis que les conditions – exigées pour l'ordonnance d'ouverture elle-même – ne sont pas remplies, elle a le droit, vis-à-vis de ses clients, et même l'obligation, de s'adresser à la chambre d'appel de première instance, conformément à l'article 481 StPO. Le même recours existe pour les clients bancaires.

Les personnes dont les droits peuvent être violés par les ordonnances de visite domiciliaire ou de saisie prises par le juge d'instruction, c'est-à-dire par exemple

le directeur et les autres employés d'une banque et la personne inculpée, ont le droit d'introduire un recours auprès de la Chambre du Conseil, conformément à l'article 113 StPO. Le même recours est possible pour les témoins contre lesquels des peines 'contraignantes' ont été prononcées.

Le pourvoi dans l'intérêt de la loi par le procureur général se fait devant la Cour supérieure (*Oberster Gerichtshof*). La Cour se limite à un examen des règles juridiques, elle n'entre pas dans une analyse de fond des faits.

Il n'y a pas d'appel contre la décision après recours. La possibilité de se plaindre devant la Cour Supérieure la contre le fonctionnement des tribunaux (art. 15 StPO) est une simple procédure administrative et ne peut donc pas être qualifié comme un recours au sens propre.

Dans le cadre de l'entraide internationale, il n'y a pas de recours suspensif.

Pour ce qui concerne le recours basé sur des plaintes contre les ordonnances, l'instance de recours n'examine pas seulement l'application des dispositions légales. Il s'agit d'un recours de fond.

2. *Les infractions administratives financières*

Quand il s'agit des infractions administratives financières, la coopération administrative s'applique et pas la coopération judiciaire. Il faut quand même noter que le Traité bilatéral Allemagne-Autriche sur l'entraide judiciaire et administrative dans les affaires de douane, d'accises et de monopoles prévoit des règles spécifiques. Ce n'est que dans ce cadre du traité bilatéral que les autorités financières pénales n'ont pas besoin d'ordonnance du juge d'instruction ou de la chambre du conseil pour l'exécution des mesures coercitives. Dans ce cas, c'est la Direction Financière ('*Finanzlandesdirektion*'), en tant que tribunal administratif, qui décide (conformément à l'art. 62 (2a) FinStrG et aux articles 152 e.s. FinStrG) des recours contre les plaintes contre les ordres des autorités financières pénales. L'autorité financière pénale doit considérer la plainte comme suspensive, si l'exécution immédiate risque de causer des dommages irréparables (l'art. 152 (2) FinStrG). Il n'y a pas d'appel suspensif. Cependant il existe des possibilités d'appel non-suspensif devant la Cour administrative supérieure (VwGH) et/ou devant la Cour Constitutionnelle (VfGH).

En procédure administrative financière, l'administration pénale financière peut obliger les personnes à répondre aux questions écrites. Le refus peut être sanctionné par des peines financières. Contre le prononcé d'une telle peine, le directeur de la banque (ou les autres employés) peuvent introduire un recours (non suspensif) devant la Direction Financière compétente. Le droit pénal financier prévoit donc également la possibilité de recours auprès de la Direction Financière compétente contre les ordonnances de saisie (art. 89(5) et (6)) et de perquisition (article 93 (7)), sur base de l'article 62(3) FinStrG en combinaison avec l'article 152 (1).

V. CONCLUSIONS

Champ d'application matériel de l'entraide pénale

Il est clair qu'il existe dans tous les pays une évolution vers une application plus globale de l'entraide, en limitant les exceptions ou les réserves. Ceci est aussi vrai pour l'exception fiscale. La Suisse a développé la notion de l'escroquerie fiscale, pour laquelle l'entraide pénale est possible. La réforme au Luxembourg, avec la nouvelle loi du 8 août 2000 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale a aussi abouti à l'entrée en vigueur du Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire pénale. Si, par les traités Bénélux et par les conventions Schengen, le Luxembourg est déjà obligé de coopérer en matière de fiscalité indirecte, cette obligation est maintenant élargie à la fiscalité directe. Reste néanmoins à souligner que le refus de coopération en matière fiscale est devenu obligatoire s'il n'y a pas d'obligations internationales. Dans ce sens, la position luxembourgeoise s'est même durcie.

Coopération judiciaire directe entre autorités judiciaires d'exécution

Une autre évolution nette est la judiciarisation de l'entraide. Le pouvoir d'appréciation de l'exécutif ou, en autres termes, l'influence politique sur le travail judiciaire a diminué ces dernières décennies. Néanmoins, les pays possédant une forte tradition de 'place financière' veillent à leurs intérêts économiques et ont toujours la possibilité de limiter l'obligation de coopération, soit en obligeant les autorités judiciaires à soumettre l'exécution à une décision politique préalable, soit en prévoyant un refus judiciaire basé sur des intérêts nationaux fondamentaux. D'autre part, la lutte contre le blanchiment et les mesures de confiscation transnationale dans le cadre de la lutte contre la criminalité organisée obligent les Etats à prendre en compte cet intérêt de la communauté internationale. Les Etats occidentaux sont de plus en plus obligés, aussi pour la protection de leurs intérêts économiques et financiers, de lutter contre la criminalité organisée et de définir cette lutte comme un intérêt national.

La judiciarisation de l'entraide a aussi comme conséquence que la voie directe est de moins en moins l'exception. Au sein de l'espace Schengen, la voie royale est devenue l'exception et le projet de convention d'entraide judiciaire en matière pénale dans le cadre du troisième pilier contient aussi la coopération directe entre autorités judiciaires comme règle. Reste à voir si la Suisse suit cette évolution, y compris en matière financière-bancaire. En ce qui concerne le Luxembourg, il est à souligner que la matière a été dépolitisée, par le fait que le procureur général de l'Etat est devenu l'autorité centrale au lieu du Ministre. D'autre part, il ne s'agit pas d'une coopération directe au vrai sens du mot, car le passage par le procureur général de l'Etat est la règle et la coopération directe entre les autorités judiciaires d'exécution l'exception.

Coopération judiciaire et secrets

En ce qui concerne les secrets, il est clair que même si les secrets sont multiples et parfois bien fortifiés, ils ne sont en aucun cas absolus. Dans des conditions juridiques strictes, l'obligation de coopérer peut ou doit prévaloir sur le secret en tant que tel. En premier lieu, il faut souligner que l'instrument de la coopération judiciaire contient des mesures coercitives qui, dans la plupart des pays, sont seulement à la disposition du juge d'instruction ou du Ministère Public. Il est donc évident qu'il est plus facile de neutraliser le secret bancaire par le biais de la coopération judiciaire que par la coopération administrative. Ceci dit, il reste quand même surprenant que dans quelques pays, ce soit le seul moyen pour avoir accès à des données financières auprès des institutions financières. Ceci limite de manière substantielle les possibilités des autorités administratives, responsables de la protection des intérêts financiers. Enfin, il paraît souhaitable que les autorités judiciaires puissent réaliser des investigations, y inclus des perquisitions et des saisies au sein des institutions financières mêmes et que leur rôle ne soit pas limité à la demande d'information.

Un autre point délicat est le secret professionnel des professions libérales, notamment les avocats. Il est évident qu'il faut protéger le *'legal privilege'* entre l'avocat et son client pour garantir la défense d'un accusé ou d'un inculpé et qu'il faut un rôle pour l'ordre des avocats en cas de faute pénale grave de la part de l'avocat même. Toutefois, il est vrai que certains avocats sont spécialisés en tant que conseiller et gestionnaire des fonds financiers. En d'autres mots, il font un travail de *'fiscaliste'*, pour lequel il est difficilement acceptable qu'il tombe sous la protection du *'legal privilege'*. Il y a donc vraiment nécessité de légiférer sur ce terrain, dans le but de limiter le champ d'application du *'legal privilege'*.

Coopération judiciaire et recours

En matière de recours, des réformes ont eu lieu ou sont en cours, qui ont pour but de limiter les recours en cascade et les recours sans fonds dont le seul objectif est de retarder la procédure et donc la communication des données ou des pièces. Il est évident qu'il faut un recours en soi, mais centralisé et unique, qui a pour but de contrôler la légalité de la procédure et pas l'opportunité ou le fonds de l'affaire pénale. La réforme au Luxembourg a le grand avantage que les recours en cascade appartiennent définitivement au passé. Néanmoins, il faudra étudier de près les résultats de la réforme en pratique et dans la jurisprudence pour savoir si les garanties pour les personnes concernées sont proportionnelles à la nécessité de la lutte contre la fraude. Notamment, l'examen de proportionnalité de la demande peut devenir une évaluation de fond de la requête, très souhaitée par l'Association des banques et par le Conseil de l'Ordre des avocats. Espérons que la jurisprudence suive dans ce sens l'avis du Conseil d'Etat, qui souligne qu'un examen de fond est exclu et que les normes internationales en la matière ont primauté. L'inquiétude exprimée par le *'Working Party of Evaluators'* de l'Union européenne, qui a évalué en 1998 l'architecture et la pratique de l'entraide judiciaire en matière pénale au Luxembourg, reste d'actualité : *'As the Council of the State stressed, the powers of the magistrate in the requested State are powers*

concerning verification of the legality but not to the substance of the case, nor of the extent to which the letters of request are appropriate or their proportionality ; as otherwise the magistrate of the requested State would become an instance of appeal or at least of verification with regard to the authority of the requesting judicial authority'.¹⁷

Enfin, on peut se demander s'il est encore nécessaire, au sein de l'Union, d'avoir deux types de recours, un recours contre la décision d'ordonner des mesures coercitives sur requêtes et un recours contre la décision de transférer les données/renseignements/preuves ainsi obtenus à l'Etat requérant. Il suffit selon moi d'avoir un recours ou, du moins, de les regrouper au sein d'une même procédure.

17 Rapport du Working Party of Evaluators to the Multidisciplinary Working Party on Organised Crime, Union Européenne, Conseil, 12428/98, Crimorg 165, cf. site internet du Conseil.

Appendice du rapport de synthèse

- 2.2.0** Champ d'application matériel de l'entraide pénale et de l'extradition (infractions d'intérêt : infractions de fraude communautaire – délits douaniers, délits fiscaux, l'escroquerie (fiscale), faux et usage de faux.; corruptions des fonctionnaires (communautaires) et blanchiment des profits de fraude communautaire) – éventuelles mesures spéciales liées à la criminalité organisée (votre pays comme Etat requis et comme Etat requérant)

A) Dans le cadre de l'entraide intercantonale (seulement pour la Suisse)

- 2.2.0.1 Evolution historique
 2.2.0.2 Situation juridique actuelle : sources législatives, jurisprudence
 2.2.0.3 Obligation d'assister ; exceptions
 2.2.0.4 Règles de procédure (qui décide quoi et comment)
 – Qui peut demander l'entraide (Parquet/Juge d'instruction, police judiciaire ?)
 Qui sont les autorités judiciaires de l'Etat requérant ? La défense peut-elle demander l'entraide ?
 – Qui peut l'exécuter et comment ?
 – En quoi consiste l'assistance (par ex. définition de la perquisition à domicile, au siège social de l'entreprise, écoutes téléphoniques...)
 – Quels sont les possibilités pour des agents de la douane ou du fisc de l'Etat requérant (ayant ou non la qualité d'officier de police) de lancer une demande d'entraide judiciaire et/ou d'assistance administrative ?
 – Vérifiez-vous la recevabilité de la demande ? Comment (évaluation du soupçon ?)
 – Y a-t-il des procédures d'urgence d'entraide, afin de conserver les preuves et les biens ?

B) Dans le cadre de l'entraide internationale

- 2.2.0.1 Evolution historique
 2.2.0.2 Situation juridique actuelle : sources législatives, jurisprudence
 2.2.0.3. Obligation d'assister ; exceptions
 2.2.0.4 Règles de procédure (qui décide quoi et comment ?)
 – Qui peut demander l'entraide (Parquet/Juge d'instruction, police judiciaire ?)
 Qui sont les autorités judiciaires de l'Etat requérant ? La défense peut-elle demander l'entraide ?
 – Qui peut l'exécuter et comment ?
 – En quoi consiste l'assistance (par ex. définition de la perquisition à domicile, au siège social de l'entreprise, écoutes téléphoniques... ?
 – Quels sont les possibilités pour des agents de la douane ou du fisc de l'Etat requérant (ayant ou non la qualité d'officier de police) de lancer une demande d'entraide judiciaire et/ou d'assistance administrative ?
 – Vérifiez-vous la recevabilité de la demande ? Comment (évaluation du soupçon ?)
 – Y a-t-il des procédures d'urgence d'entraide, afin de conserver les preuves et les biens ?

C) Dans le cadre de l'extradition

- 2.2.0.1 Evolution historique
- 2.2.0.2 Situation juridique actuelle : sources législatives, jurisprudence
- 2.2.0.3 Obligation d'extrader ; exceptions
- 2.2.0.4 Règles de procédure (qui décide quoi et comment) ?
 - Qui peut demander l'extradition (Parquet/Juge d'instruction, police judiciaire ?)
 - Qui sont les autorités judiciaires de l'Etat requérant? La défense peut-elle demander l'extradition ?
 - Qui peut l'exécuter et comment ?
 - Quels sont les possibilités pour des agents de la douane ou du fisc de l'Etat requérant (ayant ou non la qualité d'officier de police) de lancer une demande d'extradition ? administrative ?
 - Vérifiez-vous la recevabilité de la demande ? Comment (évaluation du soupçon ?)
 - Y a-t-il des procédures d'urgence d'extradition ?
- 2.2.1 Voies de recours ouvertes à effet suspensif/sans effet suspensif (votre pays Etat requis et comme Etat requérant) ?
 - 2.2.1.0 Dans le cadre de l'entraide intercantonale (seulement pour la Suisse)
 - 2.2.1.1 Dans le cadre de l'entraide internationale
 - 2.2.1.2 Dans le cadre de l'extradition
 - l'obligation d'informer le suspect de la demande ou de l'exécution de l'entraide ? Base légale, à quel stade de l'entraide ; avec quel but ; relation avec le secret d'enquête et d'entraide ?
 - le caractère juridique du recours (civil, administratif, pénal)
 - le caractère suspensif ou non suspensif du recours
 - Qui peut déclencher le recours, contres quels actes et dans quel but ?
 - Recours au fond ? ou recours de contrôle de légalité ?
- 2.2.2 Secret des affaires (Votre pays comme Etat requis et comme Etat requérant)

A) Dans le cadre de l'entraide intercantonale (seulement pour la Suisse)

- 2.2.2.1 Fondements juridiques
 - textes législatifs (cantonal, national, international) ; jurisprudence (indiquer l'évolution historique et éventuels projets de réforme envisagés) : portée matérielle du secret ; encadrement procédural.
 - la violation du secret est-elle punissable ? Dans quelles conditions ?
 - quels sont les objectifs et quelles sont les fonctions du secret des affaires (bien juridiques protégés) ? Comment sont protégés les contre-intérêts (notamment les intérêts de la victime ou de l'enquête judiciaire) ?
- 2.2.2.2 Envers quelles personnes le secret existe-t-il, et dans quelles conditions ?
 - l'inculpé/la défense
 - les autorités administratives, notamment fiscales et douanières
 - les autorités judiciaires
 - la victime
- 2.2.2.3 Quelles sont les limites et les exceptions au secret ? Y a-t-il des faits justificatifs en cas de punissabilité de la violation du secret ?

- 2.2.2.4 Quelles sont les possibilités coercitives (procédure administrative ou procédure pénale) pour obtenir les données protégées par le secret ? (devoir de renseignement versus droit au silence, devoir de témoigner, devoir de communication... jusqu'à la perquisition) ? Quelles sont les conditions de procédure ?
- Avant l'ouverture d'une information (communication proactive, par ex. blanchiment)
 - Après l'ouverture d'une information (communication réactive)
- 2.2.2.5 Y a-t-il des exceptions, comme par exemple l'ordre public ou la raison (les intérêts vitaux) d'Etat qui peuvent être utilisées pour ne pas accorder la coopération ?
- Comment est réglée la matière dans les traités bilatéraux (comme par exemple le traité Etats-Unis/Suisse pour la Suisse) ?
 - Comment les obligations internationales qui interdisent l'utilisation du secret dans les procédures de coopération ont-elles été intégrées dans votre droit et pratique judiciaire (par ex. art. 7 § 5 de la Convention de Vienne et l'art. 18 § 7 du Traité du Conseil de l'Europe en matière de drogues et blanchiment en ce qui concerne le secret bancaire) ?
- 2.2.2.6 Comment est réglé le principe de la spécialité ? Quelles sont les conséquences pour la procédure pénale et/ou pour l'exclusion des preuves ?
- 2.2.2.7 Y a-t-il des moyens de communication directe entre les autorités judiciaires responsables, sans passer par les autorités politiques (Min. des Affaires étrangères, voie diplomatique) ?
- Y a-t-il des magistrats de liaison dans votre pays ? Si oui, quelle est leur tâche ?

B) Dans le cadre de l'entraide internationale

- 2.2.2.1 Fondements juridiques
- textes législatifs (cantonal, national, international) ; jurisprudence (indiquer l'évolution historique et éventuels projets de réforme envisagés) : portée matérielle du secret ; encadrement procédural.
 - la violation du secret est-elle punissable ? Dans quelles conditions ?
 - quels sont les objectifs et quelles sont les fonctions du secret des affaires (biens juridiques protégés). Comment sont protégés les contre-intérêts (notamment les intérêts de la victime ou de l'enquête judiciaire) ?
- 2.2.2.2 Envers quelles personnes le secret existe-t-il, et dans quelles conditions ?
- l'inculpé/la défense
 - les autorités administratives, notamment fiscales et douanières
 - les autorités judiciaires
 - la victime
- 2.2.2.3 Quelles sont les limites et les exceptions au secret ? Y a-t-il des faits justificatifs en cas de punissabilité de la violation du secret ?
- 2.2.2.4 Quelles sont les possibilités coercitives (procédure administrative ou procédure pénale) pour obtenir les données protégées par le secret ? (devoir de renseignement versus droit au silence, devoir de témoigner, devoir de communication... jusqu'à la perquisition) ? Quelles sont les conditions de procédure ?
- Avant l'ouverture d'une information (communication proactive, par ex. blanchiment)
 - Après l'ouverture d'une information (communication réactive)

- 2.2.2.5 Y a-t-il des exceptions, comme par exemple l'ordre public ou la raison (les intérêts vitaux) d'Etat qui peuvent être utilisées pour ne pas accorder la coopération ?
- Comment est réglée la matière dans les traités bilatéraux (comme par exemple le traité Etats-Unis/Suisse pour la Suisse) ?
 - Comment les obligations internationales qui interdisent l'utilisation du secret dans les procédures de coopération ont-elles été intégrées dans votre droit et pratique judiciaire (par ex. art. 7 § 5 de la Convention de Vienne et l'art. 18 § 7 du Traité du Conseil de l'Europe en matière de drogues et blanchiment en ce qui concerne le secret bancaire)?
- 2.2.2.6 Comment est réglé le principe de la spécialité ? Quelles sont les conséquences pour la procédure pénale et/ou pour l'exclusion des preuves ?
- 2.2.2.7 Y a-t-il des moyens de communication directe entre les autorités judiciaires responsables, sans passer par les autorités politiques (Min. des Affaires Etrangères, voie diplomatique) ?
- Y a-t-il des magistrats de liaison dans votre pays ? Si oui, quelle est leur tâche ?
- 2.2.3 Secret bancaire (votre pays comme Etat requis et comme Etat requérant)

A) Dans le cadre de l'entraide intercantonale (seulement pour la Suisse)

- 2.2.3.1 Fondements juridiques
- textes législatifs (cantonal, national) ; jurisprudence (indiquer l'évolution historique et éventuels projets de réforme envisagés) : portée matérielle du secret ; encadrement procédural.
 - la violation du secret est-elle punissable ? Dans quelles conditions ?
 - quels sont les objectifs et quelles sont les fonctions du secret des affaires (biens juridiques protégés). Comment sont protégés les contre-intérêts (notamment les intérêts de la victime ou de l'enquête judiciaire) ?
- 2.2.3.2 Envers quelles personnes le secret existe-t-il, et dans quelles conditions ?
- l'inculpé/la défense
 - les autorités administratives, notamment fiscales et douanières
 - les autorités judiciaires
 - la victime
- 2.2.3.3 Quelles sont les limites et les exceptions au secret ? Y a-t-il des faits justificatifs en cas de punissabilité de la violation du secret ?
- 2.2.3.4 Quelles sont les possibilités coercitives (procédure administrative ou procédure pénale) pour obtenir les données protégées par le secret ? (devoir de renseignement versus droit au silence, devoir de témoigner, devoir de communication... jusqu'à la perquisition) ? Quelles sont les conditions de procédure ?
- Avant l'ouverture d'une information (communication proactive, par ex. blanchiment)
 - Après l'ouverture d'une information (communication réactive)
- 2.2.3.5 Y a-t-il des exceptions, comme par exemple l'ordre public ou la raison (les intérêts vitaux) d'Etat qui peuvent être utilisées pour ne pas accorder la coopération ?
- Comment est réglée la matière dans les traités bilatéraux (comme par exemple le traité Etats-Unis/Suisse pour la Suisse)?
 - Comment les obligations internationales qui interdisent l'utilisation du secret dans les procédures de coopération ont-elles été intégrées dans votre droit et pratique judiciaire (par ex. art. 7 §5 de la Convention de Vienne et l'art. 18 §7

du Traité de Conseil de l'Europe en matière de drogues et blanchiment en ce qui concerne le secret bancaire) ?

2.2.3.6 Comment est réglé le principe de la spécialité ? Quelles sont les conséquences pour la procédure pénale et/ou pour l'exclusion des preuves ?

2.2.3.7 Y a-t-il des moyens de communication directe entre les autorités judiciaires responsables, sans passer par les autorités politiques (Min. des Affaires étrangères, voie diplomatique) ?

Y a-t-il des magistrats de liaison dans votre pays ? Si oui, quelle est leur tâche ?

B) Dans le cadre de l'entraide internationale

2.2.3.1 Fondements juridiques

– textes législatifs (national, international) ; jurisprudence (indiquer l'évolution historique et éventuels projets de réforme envisagés) : portée matérielle du secret ; encadrement procédural.

– la violation du secret est-elle punissable ? Dans quelles conditions ?

– quels sont les objectifs et quelles sont les fonctions du secret des affaires (biens juridiques protégés). Comment sont protégés les contre-intérêts (notamment les intérêts de la victime ou de l'enquête judiciaire) ?

2.2.3.2 Envers quelles personnes le secret existe-t-il, et sous quelles conditions ?

– l'inculpé/la défense

– les autorités administratives, notamment fiscales et douanières

– les autorités judiciaires

– la victime

2.2.3.3 Quelles sont les limites et les exceptions au secret ? Y a-t-il des faits justificatifs en cas de punissabilité de la violation du secret ?

2.2.3.4 Quelles sont les possibilités coercitives (procédure administrative ou procédure pénale) pour obtenir les données protégées par le secret ? (devoir de renseignement versus droit au silence, devoir de témoigner, devoir de communication... jusqu'à la perquisition) ? Quelles sont les conditions de procédure ?

– Avant l'ouverture d'une information (communication proactive, par ex. blanchiment)

– Après l'ouverture d'une information (communication réactive)

2.2.3.5 Y a-t-il des exceptions, comme par exemple l'ordre public ou la raison (les intérêts vitaux) d'Etat qui peuvent être utilisées pour ne pas accorder la coopération ?

– Comment est réglée la matière dans les traités bilatéraux (comme par exemple le traité Etats-Unis/Suisse pour la Suisse) ?

– Comment les obligations internationales qui interdisent l'utilisation du secret dans les procédures de coopération ont-elles été intégrées dans votre droit et pratique judiciaire (par ex. l'art. 7§5 de la Convention de Vienne et l'art. 18 §7 du Traité du Conseil de l'Europe en matière de drogues et blanchiment en ce qui concerne le secret bancaire) ?

2.2.3.6 Comment est réglé le principe de la spécialité ? Quelles sont les conséquences pour la procédure pénale et/ou pour l'exclusion des preuves ?

2.2.3.7 Y a-t-il des moyens de communication directe entre les autorités judiciaires responsables, sans passer par les autorités politiques (Min. des Affaires étrangères, voie diplomatique) ?

Y a-t-il des magistrats de liaison dans votre pays ? Si oui, quelle est leur tâche ?

2.2.4 Comment les demandes d'entraide sont-elles coordonnées afin de garantir une approche effective et rapide ?

- 2.2.5 Rôle possible de la Commission européenne/l'Uclaf dans le cadre des recours (partie prenante, témoin, partie civile ou assistance administrative ou judiciaire)
- 2.2.6 Des questions imprévues, à votre avis essentielles.