10 octobre 2018, 6B\_1314/2016, 6B\_1318/2016

**Traduction**

**Les passages résumés sont entre parenthèses**

**PARTIES** Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich c. Rudolf Elmer (Me Ganden Tethong)

**EN FAIT**

A. Rudolf Elmer travaillait comme auditeur à la Banque Julius Baer & Co depuis septembre 1987. Ltd. à Zurich. En septembre 1994, la maison mère, Julius Baer Holding, basée à Zurich, l'a d'abord envoyé pour une période de cinq ans comme Chief Accountant dans une filiale domiciliée aux îles Caïmans, Julius Baer Bank & Trust Company Ltd. (JBBT). Les îles Caïmans sont un territoire britannique d'outre-mer des Caraïbes doté de leur propre système de droit privé. Depuis le 1er septembre 1999, Rudolf Elmer dirigeait les activités opérationnelles de JBBT. Le 10 décembre 2002, JBBT a mis fin à son emploi avec effet au 10 mars 2003 et l'a relevé de ses fonctions avec effet immédiat. L'une des raisons invoquées était que Rudolf Elmer s'était soustrait aux mesures de vérification de la sécurité.

(Une description détaillée des rapports contractuels entretenus par Elmer avec les diverses sociétés du groupe Bär se trouve au cons. 3.3.3 de l'arrêt. On en retiendra simplement que seule la Banque Julius Baer & Co avait juridiquement le statut de banque au sens de la LB et que Elmer n'avait pas été l'employé de la banque pendant son activité pour JBBT).

B. (Une première procédure pénale a été ouverte par le Ministère Public Winterthur/Unterland en juin 2005 pour les faits exposés ci-dessous)

En juin 2004, par exemple, Elmer a soumis à l'administration fiscale du canton de Bâle-Ville une déclaration spontanée fictive d'un client de la Banque Julius Baer & Co. Ltd. pour un revenu imposable non déclaré (activités offshore avec des fonds communs de placement). L'administration fiscale a engagé une procédure d'audit qui s'est soldée par un échec.

En mars 2005, Rudolf Elmer a envoyé anonymement un CD avec une lettre d'accompagnement à l'Administration fédérale des contributions et à l'Administration fiscale du canton de Zurich depuis Berlin. Dans cette lettre, il a divulgué un grand nombre de données de clients bancaires ainsi que les processus internes de l'unité de Julius Baer Holding établie aux îles Caïmans. L'autorité cantonale a engagé une procédure de rappel d'impôts et d'amende dans au moins un cas.

En juin 2005, Rudolf Elmer a envoyé anonymement un CD accompagné d'une lettre à la rédaction du magazine Cash à Zurich. Ce CD contenait des données confidentielles (processus d'affaires internes de la banque, noms des personnes physiques et morales, adresses, comptes et état des actifs). Le 16 juin 2005, le magazine a publié un article intitulé "Vol de données à la Banque Julius Baer".

Le Ministère Public a en outre accusé Rudolf Elmer d'avoir envoyé un e-mail sous un pseudonyme au directeur général (CEO) de JBBT de l'époque, A.\_\_\_\_\_\_\_\_, depuis un café Internet à Zurich en mai 2004. Dans cet envoi, il avait déclaré qu'il était en possession de données de clients confidentielles qu'il publierait s'il n'était pas payé 50.000 dollars. ....

En outre, l'accusation a accusé Rudolf Elmer de menaces. En juin 2005, il avait envoyé à un membre du Conseil d'administration de JBBT, B.\_\_\_\_\_\_\_\_, trois fax au contenu menaçant provenant de deux cabines téléphoniques publiques à Zurich et Pfäffikon/SZ afin de le convaincre de quitter la Suisse ou de "coopérer". L'accusé était partie de l'idée que la partie lésée par cette menace (en tant qu'ancien représentant de la Banque Julius Baer & Co. Ltd. au Mexique) avait été impliquée dans l'affaire dite Salinas et aussi dans des affaires malhonnêtes aux îles Caïmans.

En août 2005, pendant ses vacances à Serfaus (Autriche), Elmer avait envoyé à la Banque Julius Baer & Co. deux e-mails anonymes en anglais au contenu identique ainsi qu'une copie au magazine Cash et à un employé de la Banque. Dans ces courriels, il avait demandé au destinataire d'arrêter les "actions" en cours contre les employés. Dans le cas contraire, il menaçait de transmettre aux autorités fiscales, aux journaux et aux "groupements" d'extrême droite les données clients qu'il avait obtenues en violation de ses obligations.

En août 2007, Rudolf Elmer depuis l'Ile Maurice aurait également informé le journal Tages-Anzeiger via un formulaire en ligne qu'une explosion aurait lieu le même jour à "Julius Baer, Zurich".

Toujours en août 2007, il avait envoyé un e-mail (adresse : "Hi dirty pig") de son ancien lieu de résidence et de travail, à l'Ile Maurice, sous le pseudonyme "Robin Hood" avec une menace de mort à C. \_\_\_\_\_\_\_\_, membre du service juridique de Julius Baer & Co. AG.

Rudolf Elmer avait envoyé en septembre 2007, un autre courriel de l'île de Man à C.\_\_\_\_\_\_\_\_ avec le passage "Êtes-vous toujours vivant ? Cela changera bientôt "

(Cette procédure avait conduit à un jugement du Bezirksgericht de Zurich du 19 janvier 2011 devenu définitif. Elmer était condamné pour tentative de contrainte à plusieurs reprises, violation à diverses reprises du secret bancaire. Il était acquitté du chef de menaces et d'un chef de tentative de contrainte.)

C. (Une deuxième procédure pénale était ouverte par le Ministère Public du Canton de Zurich en janvier 2011 pour faux dans les titres, violation du secret bancaire et du secret des affaires pour les faits exposés ci-après).

Au moyen de papier à lettre utilisé par la Banque Julius Baer & Co. AG pour une confirmation d'emploi le 6 juin 2006, Elmer avait publié sur WikiLeaks vers la fin 2007 une fausse lettre de cette banque à la chancelière allemande Angela Merkel. Ce document donnait l'impression que la banque se défendait contre le reproche de détenir des comptes offshores et des trusts utilisés pour des paiements à des politiciens allemands, dans ce cas sur un compte numéroté à la Banque D.\_\_\_\_\_\_\_\_, et rapportera ces transactions aux autorités non spécifiées.

......

Le complexe des faits "WikiLeaks 2008" concerne l'allégation selon laquelle Rudolf Elmer, entre décembre 2007 et décembre 2008, de son domicile à l'Ile Maurice, aurait transmis des données relatives à la Bank Julius Baer & Co. AG et ses clients à la plateforme de divulgation WikiLeaks, données qu'il a conservées de son mandat de COO de JBBT (septembre 1999 à août 2002). WikiLeaks, en collaboration avec l'intimé, a progressivement publié des "dossiers" avec des données traitées à partir des documents fournis entre janvier 2008 et mars 2009. ...

Le 6 avril 2009, Elmer avait envoyé une lettre de l'île Maurice au ministre allemand des finances de l'époque, Peer Steinbrück. Dans cette lettre, il avait fait référence à ses publications dans WikiLeaks et avait proposé des données bancaires ..., non encore publiées, concernant des personnes résidant en Allemagne qu'il accusait de fraude fiscale. En échange de la fourniture de ses données, il avait demandé la protection de sa famille. Dans son livre "Bankenterror", publié en 2010, Elmer a ensuite confirmé une offre correspondante.

Le complexe d'accusations "WikiLeaks 2011" se rapporte à l'accusation que Rudolf Elmer, qui réside à nouveau en Suisse depuis mi-novembre 2010, avait préparé une deuxième campagne de publications sur WikiLeaks. A cette fin, il a publié le texte d'une lettre de menace envoyée aux clients de la Banque Julius Baer & Co. AG, selon laquelle la publication des données individuelles des clients sur WikiLeaks était imminente en janvier 2011 ; les destinataires étaient invités à faire des dénonciations spontanés dans les pays concernés. Le 17 janvier 2011, une conférence de presse s'est tenue à Londres en présence de Julian Assange, le fondateur de WikiLeaks. Dans un déclaration orale lors de cet événement, Rudolf Elmer a annoncé, comme il l'avait fait auparavant via l'hebdomadaire The Observer, la remise de CDs à WikiLeaks et a fait référence à une déclaration du journaliste d'investigation Leo Müller dans le livre "Tatort Zürich", selon laquelle les supports remis contenaient des informations sur les relations bancaires de personnalités issues des milieux économiques, politiques et culturels ainsi que des grandes entreprises. Il est possible que des données aient déjà été transmises dans les jours précédant la conférence de presse.

(Le Bezirksgericht de Zurich par jugement du 12 janvier 2015 a déclaré Elmer coupable de faux dans les titres et de violation à réitérées reprises du secret bancaire pour certains des faits relatifs au complexe de faits Wikileaks 2008. En revanche, Elmer a été acquitté pour la lettre à Steinbruck et pour le complexe de faits Wikileaks 2011. Par arrêt du 19 août 2016 l'Obergericht de Zurich acquittait Elmer des accusations de violation du secret bancaire et des affaires mais le condamnait pour menaces et faux dans les titres. La cause était portée au TF tant par le Ministère Public que par Elmer.)

**ISSUE DU LITIGE** : Le recours du Ministère Public était rejeté et celui d'Elmer partiellement admis pour des questions qui n'ont guère d'intérêt, la cause étant renvoyée à l'instance inférieure.

**EN DROIT**

3.2... il est reconnu de façon générale que les relations de clientèle entretenues par les succursales étrangères d'une banque suisse ne sont pas protégées par l'art. 47 LB. .... Cela vaut non seulement pour les succursales mais également pour les filiales étrangères d'une holding suisse....

3.3.1....Sur le fondement des éclaircissements menés par le Ministère Public en appel, l'instance précédente a établi que dans de nombreux cas les données concernées étaient des données de la Banque Julius Bär & Co SA. Ainsi que cela a été mentionné, JJBT et ses employés n'étaient pas soumis au secret bancaire suisse....Reste à examiner si l'intimé était personnellement soumis à la LB du fait de son activité pour le Groupe Bär....

3.3.2. Selon la compréhension du Ministère Public recourant, la disposition pénale.... est également applicable aux personnes qui ont eu accès aux données bancaires suisses sans relation contractuelle directe avec une banque au sens des articles 1 et suivants LB .... mais en vertu d'un contrat avec un tiers (sans forcément que ce tiers soit une banque au sens de la LB) qui, sur mandat de la banque, contribue de façon importante à l'activité économique de celle-ci.

Ainsi, le recourant lie en principe le champ d'application personnel de l'art. 47 LB avec le champ d'application matériel de cette disposition pénale. La question de savoir s'il s'agit d'une conclusion par analogie interdite doit être examinée conformément au principe de légalité en droit pénal (art. 1 CP ; nullum crimen sine lege). A cette fin, une analyse des valeurs qui sous-tendent la disposition pénale est nécessaire ..... L'étendue de la protection de l'art. 47 LB correspond à l'étendue du secret bancaire. Celui-ci a une dimension individuelle et institutionnelle : d'une part, le droit de la personnalité du client titulaire est concerné d'autre part, le fonctionnement de la place financière ..... Le secret bancaire désigne l'obligation d'une banque et de ses employés, renforcée par des sanctions pénales et éventuellement prudentielles, de garder le secret vis-à-vis du monde extérieur sur toutes les informations qui leur sont confiées par le client dans le cadre de la relation d'affaire ou qui sont portées à leur connaissance dans ce contexte. Il repose sur la relation contractuelle entre la Banque et le client ainsi que sur la protection personnelle du client.... L'art. 47 LB reprend et renforce l'obligation de la banque envers son client fondée sur le droit du mandat de traiter confidentiellement les données de ce dernier .... en rendant punissable le comportement des personnes physiques et morales agissant au nom de la banque qui violent leurs obligations en la matière. Cette disposition est la contrepartie pénale de l'obligation de confidentialité de l'établissement bancaire .... En conséquence, avec la révision de la LB de 1971... , le législateur a élargi le cercle des personnes soumises au secret bancaire pour inclure, entre autres, les "mandataires" d'une banque. Il pensait en particulier aux centres informatiques chargés par les banques du traitement électronique des données (Message sur la révision de la LB FF 1970 1182). En outre, l'art. 47 LB soumet également les organes et les employés d'une société d'audit à la menace de sanctions pénales. ....Il faut déterminer si l'intimé a agi encore en qualité d'employé de la Banque Julius Bär & Co SA...respectivement (du fait de sa position d'employé de JJBT) en qualité de mandataire de la banque suisse au sens de l'art. 47 LB. Compte tenu du principe de la légalité (art. 1 CP), il faut partit d'une interprétation étroite du concept d'employé, respectivement de mandataire.....

3.3.3 Qualité d'employé.

....

Selon l'instance précédente, l'élément constitutif de l'infraction relatif à la "qualité de employé(...) d'une banque (...)" est équivalent au terme correspondant en droit civil. Sur la base de l'analyse des rapports de travail qu'elle a établie, les conditions de l'art. 47 LB ne sont pas satisfaites. L'intimé est d'accord avec ce point de vue. Selon lui, le terme " employé " ne doit pas être compris, comme le prétend le recourant, comme un terme criminel technique "sui generis ". Le droit pénal est accessoire au reste de l'ordre juridique, y compris le droit civil. Avec STRATENWERTH, il convient d'admettre que l'article 47 LB a (simplement) renforcé pénalement le droit personnel existant en droit civil du client de la banque ... Les concepts qui proviennent du droit civil ou administratif ne peuvent jamais être en droit pénal plus étendus que dans leur domaine d'origine. Cela s'applique également à la notion de droit civil d'employé. Les personnes tenues au secret professionnel doivent donc travailler dans une banque (au sens de la LB) ou pour celle-ci par contrat. Si la Suisse souhaitait étendre le champ d'application de la LB au-delà des banques soumises à la surveillance de la FINMA, par exemple pour y inclure les succursales étrangères, ou pour étendre les concepts d' organes, employés, mandataires, etc. "dans le sens d'une vague gestion des intérêts de la société holding", l'intimé estimerait nécessaire une modification législative (art. 1 CP).

Si les biens et intérêts juridiques ancrés dans le droit privé ou administratif sont protégés par le droit pénal, la disposition pénale pertinente adopte régulièrement des concepts provenant des domaines concernés. Dans de telles situations, les concepts du droit civil ou administratif établissent et délimitent la portée d'une infraction pénale. Toutefois, l'élément constitutif de l'infraction pénale et le terme civil ou administratif correspondant ne sont pas nécessairement identiques. La portée conceptuelle résulte plutôt de la nature respective des infractions. En ce qui concerne l'art. 47 LB, il faut tenir compte du fait que la violation du secret bancaire est construite comme une véritable infraction spéciale. L'auteur ne peut être que celui qui revêt les qualités énumérées de façon exhaustive dans la loi. En cas de violation du secret bancaire, le critère commun de ces qualités est une relation de droit des sociétés ou de droit des contrats avec une banque suisse. Dans la mesure où une telle relation avec la Banque Julius Baer & Co Ltd. ne peut être prouvée à l'égard du défendeur, celui-ci n'est pas soumis au secret bancaire.

(S'en suit une analyse détaillée des rapports contractuels d'où il résulte que Elmer n'a jamais entretenu un rapport contractuel pouvant être qualifié de contrat de travail avec la Banque Julius Bär & Co SA, seule société du groupe qui revêtait le statut de banque en Suisse).

3.3.4 Qualité de mandataire

Souvent, les banques ne fournissent pas elles-mêmes tous les services qu'elles offrent. Elles peuvent déléguer certaines parties de ces services à des tiers - même dans d'autres juridictions - pour autant que la réglementation bancaire applicable le leur permette. C'est le cas ici : JBBT, en tant que trustee, fournit une prestation dans le cadre de mandats de gestion de fortune complexes.....

En principe, les prestataires de services "fournisseurs" sont également tenus de respecter le secret bancaire. S'il s'agit de personnes morales, leurs employés agissent en leur nom en tant que "mandataires" au sens de l'art. 47 al. 1 let. a LB. Selon la volonté du législateur, l'accès purement de facto, et non pour des prestations bancaires, à des données par une société de support informatique externe rentre déjà dans le champ d'application personnel .... Peu importe que la personne employée ou mandatée par l'entreprise tierce soit directement impliquée dans le service concret fourni ou qu'elle ait - comme l'intimé - utilisé les données client divulguées dans l'exercice d'une fonction d'état major ou de première ligne sans participer directement aux services financiers concernés.

Toutefois, si la banque suisse sous-traite l'ensemble d'un secteur d'activité, c'est-à-dire une certaine catégorie de prestations de services (dans la mesure possible dans le cadre de la réglementation en vigueur) à une société tierce non soumise à la LB, les données clients correspondantes seront soustraites à l'ordre juridique suisse et donc au champ d'application de la LB. Il en va de même pour les activités de la succursale étrangère d'une banque suisse ..... Dans ce cas, la divulgation des données du client concernées ne peut pas être sanctionnée en vertu de l'art. 47 LB, même si les mêmes données sont également conservées par la banque suisse dans le cadre d'un service de rang supérieur qu'elle fournit. Il en va de même si la banque complète son propre service, tel que la gestion de fortune, par un service acheté auprès de tiers, dans la mesure où cette dernière prestation est une transaction juridiquement et économiquement indépendante. L'autonomie économique peut également être reconnue si la prestation du tiers est entièrement destinée au service principal qui sera fourni par la banque suisse.

(Le TF analyse les prestations fournies par JJBT, la constitution de trusts pour la Banque Julius Bär & Co Sa et l'exercice de l'activité de trustee pour l'ouverture de comptes dans les livres de la banque suisse, et arrive à la conclusion que de ce fait JJBT n'agit pas comme mandataire de la banque suisse).

....

4. Violation du secret des affaires

....

4.2 Sur la question de la relation entre l'art. 47 LB e et l'art. 162 CP, la juridiction inférieure a renvoyé à juste titre à l'ATF 141 IV 155 c. 4.2.5 p. 164. Le Tribunal fédéral y a déclaré, à propos de l'art. 273 CP (service de renseignement économique), que le transfert de données de nombreux clients étrangers d'une banque suisse à des autorités étrangères ne concerne pas seulement les secrets d'affaires des clients individuels, mais aussi les secrets d'affaires de la banque elle-même. Par conséquent, le secret bancaire des clients ne sert pas seulement le client individuel de la banque. Au contraire, il revêt une importance institutionnelle et protège - au-delà des intérêts des établissements bancaires concernés - également les intérêts collectifs de la place financière suisse (ATF loc. cit. p. 164). Cette définition large du champ d'application de la protection du secret bancaire doit être maintenue. L'art. 47 LB, qui protège pénalement le secret bancaire, sauvegarde ainsi non seulement les intérêts de confidentialité des clients de la banque, mais aussi les intérêts commerciaux connexes de la banque. Il s'ensuit que l'art. 47 LB recouvre également le bien juridique visé à l'art. 162 CP. En relation avec cette disposition, l'art. 47 LB est une lex specialis dans la constellation qui nous intéresse, qui prime la norme plus générale ..... La violation d'un secret commercial ne devient significative en soi que si elle concerne des données de l'entreprise qui ne sont pas liées au client et n'affectent donc pas le secret professionnel du banquier. Toutefois, le recourant ne l'affirme pas.

...

9.5.1 L'accusation avait reproché au recourant d'avoir envoyé une lettre au ministre allemand des finances de l'époque, Peer Steinbrück, le 6 avril 2009. Dans cette lettre, le recourant proposait, en se référant à des publications déjà parues dans WikiLeaks, des données bancaires pertinentes sur des clients résidents en Allemagne, qui pourraient révéler des cas d'évasion fiscale. En retour, il a demandé la protection de sa famille, éventuellement en s'installant en Allemagne. L'instance inférieure a confirmé la décision du tribunal de district selon laquelle le stade de la tentative punissable de violation du secret bancaire n'avait pas encore été franchie. Il s'agissait d'un acte préparatoire non punissable. Le Ministère Public le nie et soutient qu'il s'agit d'une tentative.

9.5.2 Si l'auteur de l'infraction, après avoir commencé l'exécution d'un crime ou d'un délit, n'achève pas l'activité criminelle, il se rend passible de poursuites pour tentative non aboutie (art. 22, al. 1 CP). La tentative doit être distinguée de l'acte préparatoire impuni. Dans une tentative, le délinquant remplit tous les éléments subjectifs de l'infraction sans que tous les éléments objectifs soient réalisés. La simple décision de commettre une infraction reste impunie en soi tant qu'elle ne se traduit pas en actes. En tout état de cause, le seuil de la tentative est franchi si l'auteur remplit un élément objectif de l'infraction avec la décision de commettre une infraction. L'exécution de l'infraction au sens de l'art. 22, al. 1 CP commence par l'activité qui, selon le plan de l'auteur, représente la dernière étape décisive sur la voie de la réalisation de l'infraction, étape à partir de laquelle il n'y a généralement pas de retour en arrière, sauf si des circonstances extérieures rendent cette intention plus difficile ou impossible à poursuivre. La question de savoir si un acte est une tentative de commettre une infraction exige souvent de savoir comment le délinquant avait l'intention de procéder. Il est donc nécessaire de décider, sur la base de l'idée que l'auteur a de l'infraction et d'indications objectives, par quel acte l'auteur commence immédiatement à commettre l'infraction conformément au plan et s'il était encore possible qu'il s'écarte de son intention sans contrainte extérieure (sur ce thème ATF 131 IV 100 c. 7.2.1 p. 103 avec références à la doctrine et à la jurisprudence). La question ne peut être décidée sur la base d'aspects généraux relatives à la personnalité, au caractère et à la vie passée de l'auteur (cf. ATF 131 IV 100 p. 106 ci-après). Cependant, les comportements concrets, tels qu'ils résultent d'autres actes, sont d'une importance décisive.

Le Ministère Public recourant considère que le plan de l'intimé joue un rôle particulier dans cette affaire. La fourniture des données bancaires proposées ne dépendait que d'une réponse positive du ministère allemand des finances, c'est-à-dire de son intérêt pour les données et de la promesse de protection de la famille de l'intimé. A l'époque en question, l'intimé avait déjà envoyé des données au magazine Cash et à deux autorités fiscales ; une série de révélations sur WikiLeaks avaient également déjà eu lieu, dans ces cas sans contrepartie. Dans la mesure où ... il se trouvait dans une situation difficile en l'espèce, il fallait supposer qu'au moment de l'envoi de la lettre sans plus attendre il était déterminé à fournir effectivement les données bancaires en cas de concordance de la réponse à sa demande.

**9.5.3** La question est évaluée sur la base des circonstances objectives du cas individuel et des motifs subjectifs de l'auteur, qui ont guidé ses actions. En l'espèce, les circonstances objectives - à savoir le comportement manifesté dans les différents actes pertinents achevés - donnent à penser que la question de savoir si les données bancaires des clients promises seraient effectivement fournies dépendait seulement de la réaction du destinataire de la lettre. En ce qui concerne la position subjective de l'intimé, on ne peut toutefois pas présumer que dès la première tentative de contact écrite il était prêt à mettre en œuvre la concrétisation de l'état de fait de l'infraction. Contrairement à d'autres communications de données de clients bancaires à des tiers, le motif de l'action en l'espèce n'était pas seulement la divulgation des secrets pertinents en tant que tels, mais aussi la protection correspondante pour lui-même et sa famille par le biais de l'"asile" en Allemagne. Au moment de l'envoi de la lettre le 6 avril 2009, l'acte pénalement relevant était encore bloqué par cette réserve mentale. L'intimé n'aurait donc fait le dernier pas décisif qu'après que l'autre partie lui ait donné les garanties correspondantes. Il ne fait aucun doute que cela ne s'est pas produit. La tentative de violation du secret professionnel du banquier n'aurait pas non plus eu lieu si ce comportement avait en principe été couvert par l'art. 47 LB.