



JAAC 2/2010 du 3 août 2010

2010.8 (p.80-86)

Demandes d'assistance administrative fondées sur des données volées

DFJP, Office fédéral de la justice

Avis de droit du 23 février 2010

Mots clés: Conventions de double imposition (CDI), assistance administrative, informations obtenues illégalement, ordre public, convention modèle OCDE (CM OCDE)

Stichwörter: Doppelbesteuerungsabkommen (DBA), Amtshilfe, illegal erworbene Informationen, ordre public, Musterabkommen OECD (CM OECD)

Termini chiave: Convenzioni di doppia imposizione, assistenza amministrativa, informazioni acquisite illegalmente, ordine pubblico, modello di convenzione OCSE

Regeste:

Il est possible d'appliquer la jurisprudence en matière d'utilisation de moyens de preuve obtenus illégalement aux demandes d'assistance administrative fondées sur des informations que l'Etat cocontractant a obtenues d'un privé qui se les est procuré illégalement. Il est incorrect d'assimiler le non respect de la bonne foi et la violation de l'ordre public à la violation des valeurs fondamentales du droit suisse, en particulier du droit pénal suisse. La notion d'ordre public est interprétée restrictivement dans la CM OCDE et n'englobe pas l'obtention illégale d'informations. La violation du droit pénal suisse, en tant que justification du rejet d'une demande d'assistance administrative, doit être considérée comme un critère indépendant, qui va au-delà de la réserve prévue dans la CM OCDE. Pour être opposable à l'Etat cocontractant, la disposition devrait être réglée, non pas dans l'ordonnance réglant les dispositions procédurales au niveau du droit interne mais dans la CDI ou son protocole additionnel. La disposition à élaborer ne devrait pas rappeler la réserve de l'ordre public mais régler le cas des données obtenues en violation du droit pénal suisse.

Regeste:

Die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze über die Verwendung von illegal erworbenen Beweismitteln können auf Fälle von Amtshilfeersuchen übertragen werden, die ein ausländischer Staat auf der Grundlage von Informationen gestellt hat, welche eine Privatperson illegal beschafft hat. Die Missachtung des guten Glaubens, die Verletzung des Ordre public oder von grundlegenden Werten der schweizerischen Rechtsordnung sowie Verstösse gegen das schweizerische Strafrecht können einander nicht gleichgesetzt werden. Der Begriff des Ordre public wird im OECD-Musterabkommen restriktiv verstanden und erfasst die illegale Beschaffung von Beweismitteln nicht. Ein Verstoss gegen das schweizerische Strafrecht stellt einen eigenständigen Ablehnungsgrund für Amtshilfeersuchen dar, der über das OECD-Musterabkommen hinausgeht. Um einem Vertragsstaat entgegen gehalten werden zu können, darf die Bestimmung landesintern nicht in einer Verordnung über das Amtshilfeverfahren enthalten sein, sondern muss im Doppelbesteuerungsabkommen selber oder in einem Zusatzprotokoll vorgesehen sein. Die Bestimmung kann sich nicht mit einem Verweis auf den Ordre public begnügen, sondern muss die Tatbestandselemente regeln, bei denen eine strafrechtswidrige Informationsbeschaffung anzunehmen ist.

Regesto:

La giurisprudenza in materia di utilizzazione di mezzi di prova acquisiti illegalmente può applicarsi alle domande di assistenza amministrativa fondate su informazioni che uno Stato ha ottenuto da un privato che le ha acquisite illegalmente. La violazione dei valori fondamentali del diritto svizzero e più in particolare la violazione del diritto penale svizzero non possono essere equiparate al mancato rispetto del principio della buona fede e alla violazione dell'ordine pubblico. Il modello di convenzione OCSE dà un'interpretazione restrittiva della nozione di ordine pubblico, che non comprende l'acquisizione illegale di mezzi di prova. La violazione del diritto penale svizzero costituisce dunque una causa indipendente di reiezione di una domanda di assistenza amministrativa, causa che non è contemplata dal modello di convenzione OCSE. Per poter essere opposta a uno Stato contraente, la disposizione dovrebbe essere prevista, anziché da un'ordinanza sull'assistenza amministrativa, dalla convenzione di doppia imposizione stessa o da un protocollo aggiuntivo. La disposizione in questione non può limitarsi a richiamare la riserva dell'ordine pubblico, bensì deve disciplinare il caso delle informazioni ottenute in violazione del diritto penale svizzero.

Base juridique: Art. 5 al. 2 du projet d'ordonnance relative à l'assistance administrative d'après les conventions de double imposition (p-OACDI)

Rechtliche Grundlagen: Art. 5 Abs. 2 des Entwurfs von Verordnung über die Amtshilfe nach Doppelbesteuerungsabkommen (E-ADV)

Base legale: Art. 5 cpv. 2 dell'avamprogetto di ordinanza sull'assistenza amministrativa secondo le convenzioni per evitare le doppie imposizioni

Suite à l'affaire des données bancaires "volées" à la banque HSBC, le DFF a souhaité donner un signal fort en affirmant que la Suisse n'accordera pas l'assistance administrative aux Etats dont la demande se fonderait sur des informations volées. Ce signal a été concrétisé à l'art. 5 al. 2 du projet d'ordonnance relative à l'assistance administrative d'après les conventions de double imposition (ci-après, p-OACDI) qui a été transmise en procédure d'audition le 20 janvier 2010. Cette disposition a la teneur suivante:

² La demande doit respecter le principe de la bonne foi. Elle doit être rejetée en se référant au maintien de l'ordre public, lorsque l'octroi de l'assistance administrative n'est pas conciliable avec les valeurs fondamentales du droit suisse ou va à l'encontre des intérêts essentiels de la Suisse. Elle doit notamment être rejetée lorsqu'elle est fondée sur des éléments qui ont été obtenus en violation du droit pénal suisse.

Dans ce contexte, l'OFJ a pris position sur les questions suivantes:

1. Une demande d'assistance administrative peut-elle être refusée lorsque les informations obtenues illicitement sur lesquelles elle repose peuvent être utilisées selon le droit de l'Etat cocontractant?
2. Quelle est la relation entre la disposition envisagée - prévue au niveau d'une ordonnance - et les dispositions réglées dans les CDI?

1. Observation introductive

S'agissant de la première question, nous nous permettons d'emblée de souligner que le problème n'est pas tant celui de savoir si la demande peut être refusée alors que les données pourraient être utilisées dans l'Etat cocontractant, mais plutôt celle de savoir s'il est possible de motiver le refus de l'assistance administrative par des arguments qui vont au-delà des conditions prévues dans les CDI et qui sont réglés dans le droit interne suisse. Il s'agit par là-même de la question de l'opposabilité de la disposition proposée à l'Etat cocontractant. Les deux questions posées peuvent donc être examinées ensemble.

Il nous paraît par ailleurs important de revenir sur la teneur de la disposition à élaborer.

2. Utilisation de moyens de preuve obtenus illégalement

La question de l'utilisation de moyens de preuve obtenus illégalement est thématifiée tant par la jurisprudence que par la doctrine qui ont déduit un certain nombre de principes. Le code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP, FF 2007 6583) qui entrera vraisemblablement en vigueur le 1er janvier 2011 règle la question de l'utilisation des moyens de preuve obtenus illégalement par l'autorité. En procédure administrative, les principes développés par la jurisprudence du Tribunal fédéral sont déterminants¹.

2.1 Jurisprudence

Le Tribunal fédéral et la Cour européenne des droits de l'Homme ont développé une jurisprudence au sujet de l'utilisation des moyens de preuve obtenus illégalement de manière à garantir une procédure équitable et à respecter le principe de la présomption d'innocence (art. 32 al. 1 Cst et art. 6 CEDH). Cette jurisprudence peut être résumée comme suit²:

¹ Selon Auer, "Weder das VWVG noch der BZP regeln, inwiefern rechtswidrig erlangte Beweismittel bei der Sachverhaltserhebung verwendet werden dürfen. Massgebend ist die Verfassungsrechtsprechung des Bundesgerichts. Danach ergibt sich aus dem Anspruch auf ein faires Verfahren nach Art. 29 Abs. 1 BV ein grundsätzliches Verwertungsverbot für widerrechtlich erlangte Beweismittel. Das Verbot gilt jedoch nicht absolut. Wo besonders gewichtige Interessen an der Wahrheitserforschung und an der Durchsetzung des öffentlichen Rechts vorliegen, kann ein Beweismittel, das an sich auch rechtmässig hätte beschafft werden können, ausnahmsweise verwertbar sein (BGE 131 I 272 E. 4.1; der Entscheid betrifft zwar einen Strafprozess, die Erwägungen können jedoch auch auf die Verwaltungsrechtspflege übertragen werden (BGE 120 V 435 E. 3b). Bei Beweismitteln, die lediglich unter Missachtung von Verfahrensvorschriften, nicht aber unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben wurden, ist somit eine Interessenabwägung vorzunehmen. Vorbehalten bleibt der Fall einer Kerngehaltsverletzung eines Grundrechts. Diesfalls dürfte das Beweisverwertungsverbot auch dann absolut gelten, wenn der Beweis an sich legal hätte beschafft werden können. Dabei ist das öffentliche Interesse an der Ermittlung der Wahrheit abzuwägen gegen das Interesse der betroffenen Person, dass der Beweis unverwertet bleibt" (Ch. Auer, in Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Dike, Zurich et St-Gall, 2008, ad art. 12, ch. 23).

² J.P. Müller, M. Schefer, Grundrechte in der Schweiz im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4ème édition, Stämpfli SA, Berne, 2008, 6ème chapitre, f), aa) et suivants, ainsi que les arrêts et la littérature cités.

1. Dans la mesure où elle viole le noyau même de la protection de la personnalité ancrée dans la Constitution, l'utilisation de moyens de contrainte tels que la torture est interdite; les informations qui seraient obtenues par de tels moyens ne peuvent pas être prises en considération.

2. En cas de violation de dispositions du droit suisse qui visent à empêcher l'obtention de moyens de preuve précis, le moyen de preuve en question ne peut pas être utilisé, sauf s'il aurait pu être obtenu de manière légale. Il faut dans ce contexte relever que la CEDH ne reconnaît pas d'interdiction de principe pour l'utilisation des moyens de preuve obtenus de manière illicite mais tranche l'admissibilité de leur utilisation dans l'examen de la question de savoir si le procès est, dans son ensemble, équitable³.

3. L'utilisation de moyens de preuve obtenus illégalement qui auraient pu être obtenus de manière légale doit être jugée sur la base d'une pesée des intérêts en présence. Elle mettra dans la balance l'intérêt à découvrir la vérité avec celui du suspect à ne pas être blessé dans ses droits de la personnalité. Il s'agit par ailleurs de pondérer la gravité de l'infraction à élucider et l'importance de l'infraction commise lors de l'obtention des moyens de preuve.

Cette jurisprudence est reprise par la doctrine dominante⁴. Il nous paraît dans ce contexte intéressant de relever que la jurisprudence française adopte une position plus restrictive, puisqu'elle interdit l'utilisation de moyens de preuve obtenus de manière illicite, quand bien même les autorités auraient pu se les procurer de manière légale⁵.

Il faut enfin souligner que la jurisprudence de la CEDH concerne des cas dans lesquels l'Etat s'est lui-même procuré illégalement des moyens de preuve. A notre connaissance, il n'existe en revanche pas d'arrêts qui jugent contraire à la CEDH le fait pour un Etat d'utiliser des moyens de preuve qu'il aurait obtenu (gratuitement ou contre rémunération) d'un privé qui se les serait procurés illégalement.

2.2 Code de procédure pénale suisse

Les art. 139 à 141 CPP se distinguent de ces principes sur deux points. Ils étendent d'une part les cas d'interdiction absolue d'utilisation des informations à tous les moyens de contrainte, recours à la force, menaces, promesses, tromperies et moyens susceptibles de restreindre les facultés intellectuelles ou le libre arbitre. Ils permettent d'autre part d'utiliser les moyens de preuve obtenus par d'autres comportements punissables ou en violation des prescriptions d'ordre, lorsqu'ils permettent d'éclaircir une infraction grave, indépendamment de la question de savoir si ces informations auraient pu être obtenues de manière légale.

En revanche, le message du Conseil fédéral du 21 décembre 2005⁶ ne contenait déjà plus de disposition concernant l'utilisation de moyens de preuve obtenus illégalement par des privés, telle que le proposait l'art. 150 de l'avant-projet de juin 2001⁷. Cette question n'a pas non plus été thématifiée lors des débats parlementaires.

2.3 Application de ces principes au cas d'espèce ?

L'application des principes décrits ci-dessus aux demandes d'assistance administrative fondées sur des informations que l'Etat cocontractant a obtenues d'un privé qui se les est procurées illégalement ne va pas de soi.

³ M.E. Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2ème édition, Schulthess, Zurich, 1999, § 21, ch. 487.

⁴ A. Auer, G. Malinverni, M.Hottelier, Droit constitutionnel suisse, vol. II, Stämpfli SA, Berne, 2006, ch. 1371ss; G. Piquerez, Manuel de procédure pénale suisse, 2ème édition, Schulthess, Zurich, 2007, ch. 1210ss; R. Hauser, E. Schweri, K. Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6ème édition, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2005, § 60, ch. 6ss; H. Vest, A. Höhener, Beweisverwertungsverbote - quo vadis Bundesgericht, in ZStR, vol. 127, 209, p. 95ss.

⁵ Décision n°92LY0039292LY00619 de la cour administrative d'appel de Lyon du 5 juillet 1994. Dans ce cas, les autorités chargées du contrôle de la TVA avaient, suite à un contrôle, procédé à une reconstitution des recettes imposables. Pour ce faire, elles ne s'étaient toutefois pas fondées uniquement sur les informations obtenues lors d'un contrôle sur place mais avaient utilisé des informations obtenues frauduleusement par un ancien salarié de la société. La cour a conclu que la société devait être déchargée des compléments d'impôts, ces derniers s'appuyant principalement sur des informations obtenues de manière illicite.

⁶ Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005 (FF 2006 1057) et le projet de loi (FF 2006 1373).

⁷ <http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/sicherheit/gesetzgebung/strafprozess.Par.0021.File.tmp/vn-ve-1-f.pdf>.

Il faut tout d'abord souligner que, dans le cas d'espèce, les informations volées ne sont pas encore à proprement parler des "moyens de preuve" puisque l'on se trouve à un stade antérieur de la procédure. Il s'agit d'informations préalables dont l'utilisation permettra d'obtenir des moyens de preuve.

Par ailleurs, la jurisprudence et, dans le futur, l'art. 141 CPP, s'adressent aux autorités chargées de la procédure administrative ou pénale. En l'espèce, les autorités suisses ne sont pas compétentes pour la procédure sur le fond mais ne font qu'accorder ou non l'assistance administrative. On peut dès lors se demander si la question de l'obtention illégale des données ne devrait pas plutôt être examinée dans le cadre de la procédure menée par l'Etat cocontractant.

Une telle position pourrait être défendable d'un point de vue juridique. Vu les parallélismes qui peuvent être tirés avec les cas traités par la jurisprudence et compte tenu du fait que l'Etat cocontractant n'aurait jamais été en mesure de déposer sa demande d'assistance sans le comportement illégal d'un privé (p. ex. violation du secret professionnel et, souvent, du secret bancaire), il nous semble que les principes valables en matière d'utilisation de moyens de preuve obtenus illégalement peuvent s'appliquer par analogie.

Relevons toutefois que cette conclusion ne relève pas d'impératifs juridiques mais plutôt de considérations politiques, qui permettent de tenir compte de certaines valeurs défendues par la Suisse.

3. Examen de l'art. 5 al. 2 p-OACDI, principalement quant à la notion d'ordre public

L'art. 5 al. 2 p-OACDI assimile le non-respect de la bonne foi et la violation de l'ordre public à la violation des valeurs fondamentales du droit suisse, et en particulier du droit pénal suisse. La formulation retenue laisse entendre que *toute* violation du droit pénal suisse constitue une violation de l'ordre public, des valeurs fondamentales du droit suisse ou des intérêts essentiels de la Suisse. La mention de l'ordre public dans cette disposition constitue le point de rattachement entre le droit interne et l'art. 26 § 3 du modèle de convention OCDE (ci-après CM OCDE) qui fait de l'ordre public la seule réserve au rejet, d'emblée, d'une demande d'assistance administrative. L'art. 5 al. 2 p-OACDI semble donner une interprétation (nationale) de la notion d'ordre public.

L'art. 26 § 3 CM OCDE réserve le respect de l'ordre public dans le cadre de l'assistance administrative. Le commentaire relatif à cette disposition mentionne ce qui suit: "Le paragraphe 3 inclut également une limitation concernant les renseignements qui touchent aux intérêts vitaux de l'Etat lui-même. A cet effet, il est stipulé que les Etats contractants n'ont pas à fournir des renseignements lorsque leur divulgation serait contraire à l'ordre public. Le commentaire précise que, dans ce contexte toutefois, cette limitation ne peut être invoquée que *dans des cas extrêmes*. Par exemple, un tel cas peut survenir si une enquête fiscale dans l'Etat requis était motivée par des persécutions politiques, raciales ou religieuses. La limitation peut être également invoquée lorsque les renseignements constituent un secret d'Etat, par exemple des informations sensibles détenues par les services secrets et dont la divulgation serait contraire aux intérêts vitaux de l'Etat requis. Par conséquent, le problème de l'ordre public ne devrait se poser que rarement dans le contexte de demandes de renseignements entre parties à une convention." L'OCDE donne donc une interprétation propre et restrictive de la notion d'ordre public qui devrait être reprise par les Etats parties aux CDI (une éventuelle définition différente selon le droit interne n'est pas pertinente en l'espèce). Elle n'englobe à notre avis pas l'obtention illégale d'informations.

4. La réserve prévue par l'art. 5 al. 2 p-OACDI doit être contenue dans les CDI

Compte tenu des réflexions qui précèdent, la formulation retenue à l'art. 5 al. 2 p-OACDI, selon laquelle toute violation du droit pénal suisse constitue une violation de l'ordre public, va au-delà de l'interprétation de la notion précitée.

La violation du droit pénal suisse, en tant que justification du rejet d'une demande d'assistance administrative, doit être considérée comme un critère indépendant qui va au-delà de la réserve prévue dans la CM OCDE. Comme tel, il sera selon nous difficile de l'opposer à l'Etat cocontractant s'il n'est prévu que dans le droit interne. A notre avis, il faudrait que cette disposition soit réglée, non pas dans l'ordonnance réglant les dispositions procédurales au niveau de droit interne, mais dans la CDI ou son protocole additionnel. L'élaboration d'une loi d'exécution des CDI ne modifiera en rien cette appréciation.

Cette conséquence découle directement du principe "pacta sunt servanda". A contrario, un élément n'étant pas contenu dans l'accord peut difficilement être opposable à l'autorité étrangère.

L'introduction, dans les CDI, d'une réserve supplémentaire à l'octroi de l'assistance administrative a été évoquée par plusieurs parlementaires et partis politiques. Compte tenu des éléments précités, elle nous paraît être la solution à retenir.

Nous sommes toutefois conscients qu'il est impossible pour la Suisse de revenir sur les conventions déjà négociées et signées et que cette solution pourrait être envisagée pour l'avenir uniquement.

Dans ce contexte, il est opportun d'examiner les conséquences auxquelles la Suisse s'expose si elle règle dans son droit interne certains cas de rejet des demandes d'assistance administrative qui vont au-delà de la violation de l'ordre public tel que l'entend l'art. 26 § 3 CM OCDE.

Du point de vue du droit interne, faute de base légale expresse, l'Etat cocontractant ne disposera d'aucune voie de droit pour recourir contre la décision de la Suisse. Cette solution correspond à celle retenue à l'art. 80h EIMP (RS 351.1).⁸

En revanche, l'Etat cocontractant qui contestera un refus de la Suisse fondé sur l'art. 5 al. 2 p-OACDI (ou, plus tard, de la loi) pourra entreprendre des mesures de rétorsion à l'encontre de notre pays, suspendre l'application de la convention, la dénoncer (art. 30 CM OCDE) ou exercer des pressions auprès du G20 afin que notre Etat soit maintenu dans la liste grise ou noire des Etats non coopératifs.

5. Proposition de formulation

Le rappel de la réserve de l'ordre public n'est selon nous pas nécessaire puisqu'elle est déjà prévue dans la CDI.

Il est à notre avis possible de déduire du principe de la bonne foi dans l'exécution des traités internationaux que, si les Etats s'entendent par voie de convention et y règlent notamment la question de l'assistance administrative, ils devraient s'abstenir d'entreprendre des mesures unilatérales permettant de contourner les principes fixés. Le principe de la bonne foi étant toutefois prévu dans la convention de Vienne, les parties pourraient le faire valoir sans qu'il soit nécessaire de le rappeler dans la disposition à élaborer.

La disposition doit en revanche prévoir le cas particulier des données obtenues en violation du droit pénal suisse. Cette disposition pourrait être formulée de manière similaire à l'art. 140 du CPP et reprendre certains éléments de l'art. 150 de l'avant-projet de CPP qui réglait l'utilisation de moyens de preuve obtenus illégalement par un particulier.

¹L'AFJ rejette la demande d'assistance administrative si cette dernière est fondée sur des informations obtenues par des moyens de contrainte, le recours à la force, des menaces, des promesses, la tromperie et tout autre moyen susceptible de restreindre les facultés intellectuelles ou le libre arbitre.

²L'AFJ (ou le Conseil fédéral, le DFF)⁹ rejette la demande d'assistance administrative si elle est fondée sur des informations que l'Etat requérant a obtenu de manière illicite ou qui lui ont été transmises par une personne les ayant obtenues de manière illicite, à moins:

- a. que les données obtenues de manière illicite auraient pu être obtenues de manière légale, et*
- b. que l'exploitation des données faisant l'objet de la demande d'assistance administrative soit indispensable pour élucider des infractions graves.*

⁸ Dans son message, le Conseil fédéral relevait que la procédure d'entraide découle de la coopération entre Etats et qu'on ne voit dès lors pas pourquoi l'Etat requérant devrait être habilité à agir dans cette procédure, l'Etat requis pouvant, au besoin, veiller à la défense de ses intérêts. Il précisait que le fait de recourir dans la procédure d'entraide conférerait à l'Etat requérant la qualité de partie dans cette procédure, ce qui l'obligerait à renoncer à l'immunité de juridiction. Le Conseil fédéral doutait que, dans ces conditions, un Etat fasse usage d'une telle possibilité (Message du Conseil fédéral du 25 mars 1995 concernant la révision de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale et de la loi fédérale relative au traité conclu avec les Etats-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale, ainsi qu'un projet d'arrêté fédéral concernant une réserve à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale [FF 1995 III 1, commentaire relatif à l'art. 80h]). Notons que, dans des cas exceptionnels, la qualité de partie a été reconnue à des Etats étrangers lésés (victimes de délits contre le patrimoine), comme dans le cas Marcos, arrêt non publié du TF 1A.101/1997.

⁹ S'agissant enfin de l'autorité compétente, on pourrait imaginer que, compte tenu de la portée politique de ce cas de figure, la décision relève du Conseil fédéral ou du DFF. Toutefois, une telle solution ne s'impose pas.

Variante d'al. 2

²L'AFC(ou le Conseil fédéral, le DFF)¹⁰ rejette la demande d'assistance administrative si elle est fondée sur des informations que l'Etat requérant a obtenu de manière illicite ou qui lui ont été transmises par une personne les ayant obtenues de manière illicite, à moins que l'exploitation des données faisant l'objet de la demande d'assistance administrative soit indispensable pour élucider des infractions graves.

Cette formulation abandonne à juste titre le lien avec l'ordre public, étant entendu que le vol de données bancaires peut difficilement être considéré comme une violation de l'ordre public. Elle règle de manière transparente un cas supplémentaire dans lequel la Confédération refusera de fournir l'assistance administrative. Elle laisse en revanche plusieurs questions ouvertes. Les cas de vols de données font actuellement l'objet d'un succès médiatique sans précédent. Il n'est donc pas difficile pour les autorités suisses d'affirmer que la demande de l'Etat cocontractant se fonde sur des données obtenues en violation du droit suisse. Cette médiatisation va sans doute s'atténuer. Il sera dès lors difficile pour les autorités suisses de prouver que des informations ont été obtenues frauduleusement.

Par ailleurs, la disposition nécessitera des interprétations que les Etats cocontractants ne partageront peut-être pas. Il faudra ainsi déterminer le droit applicable pour examiner (1) si les données auraient pu être obtenues de manière licite et (2) si l'on est en présence d'une infraction grave au sens de la let. b. Si la Suisse souhaite limiter l'assistance administrative, elle sera bien inspirée d'examiner ces conditions sur la base du droit suisse. Il faudra également déterminer quelle autorité porte le fardeau de quelle preuve.

Notons en outre que ces dispositions ne viseraient pas le cas où l'autorité étrangère a obtenu les informations pertinentes dans le cadre de l'exécution d'une demande d'entraide judiciaire présentée par la Suisse. Pour éviter l'utilisation des données obtenues dans ce contexte, la réglementation applicable devrait plutôt étendre le principe de spécialité à l'Etat requis.

¹⁰ Voir le commentaire de la note précédente.