

## **CH\_VB JAAC 52.17 vom 3. Dezember 1987**

Bundesverwaltung, 1987-12-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch\\_vb\\_JAAC\\_52.17\\_\\_](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb_JAAC_52.17__)

FR: CH\_VB JAAC 52.17 du 3 décembre 1987

IT: CH\_VB JAAC 52.17 del 3 dicembre 1987

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

des Staatsvertrages vom 25. Mai 1973 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen (RVUS, SR 0.351.933.6) die Rechtshilfeleistung in Insiderfällen auf ergänzende Verwaltungsverfahren gegen die Täter ausgedehnt werden soll (Ziff. II. 4 des MOU). Dieser Notenaustausch hat zum Zweck, zusammen mit der Revision des Strafgesetzbuches über Insidergeschäfte (BBl 1988 I 3 f.) das Verfahren gemäss Konvention XVI der Schweizerischen Bankiervereinigung abzulösen und die Rechtshilfeleistung bei Insideruntersuchungen in den Rahmen der ordentlichen Rechtshilfe gemäss RVUS zurückzuführen. Ohne den Notenaustausch könnte trotz der neuen Insiderstrafnorm nach dem RVUS weniger weit Rechtshilfe geleistet werden als gemäss Konvention XVI, was zu erneuten Kontroversen mit den USA führen könnte. Die ausgetauschten Noten - der englische und der deutsche Text sind gleichermassen authentisch - sind in ihrem Text, identisch (mit Ausnahme der Begrüssungs- und Schlussformeln und der Bestätigung, dass die Schweiz mit dem Notenaustausch einverstanden ist). Die getroffene Vereinbarung unterscheidet dabei zwischen dem Vorgehen bei amerikanischen (nachfolgend 2.) und dem bei schweizerischen Verfahren (nachfolgend 4.).

#### **E. 2**

Verfahren mit den in der Schweiz bestehenden Mitteln, so stösst man auf die Bestimmungen des Strafgesetzbuches über die Einziehung (Art. 58 bis 60 StGB): Hier verfügt der Richter ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person die Einziehung von Vermögenswerten, die durch eine strafbare Handlung hervorgebracht oder erlangt worden sind, soweit die Einziehung zur Beseitigung eines unrechtmässigen Vorteils oder Zustandes als geboten erscheint (Art. 58 Abs. 1 Bst. a StGB). Die eingezogenen Vermögenswerte können zugunsten des Geschädigten verwendet werden. Zu beachten ist, dass die Rechtshilfeleistung hier auf die Beweiserhebung beschränkt bleibt und den Vollzug von Disgorgement-Urteilen in der Schweiz nicht vorsieht, weil dies über Art. 1 Ziff. 1 und Art. 2 Ziff. 2 RVUS hinausginge und somit in einem Notenaustausch, der sich auf diesen Vertrag stützt, nicht vereinbart werden kann. Denkbar wäre allenfalls eine Vollziehung gestützt auf Art. 74 Abs. 2 IRSG (Herausgabe von Vermögenswerten, die aus einer strafbaren Handlung herrühren, zur Rückerstattung an den Berechtigten, und zwar auch ausserhalb eines Strafverfahrens); für einen solchen Entscheid gelten aber vollumfänglich die Regeln des IRSG und nicht des RVUS. c. «Suits in a court of the United States seeking the imposition of a civil penalty or fine, provided however, if evidence or information is obtained pursuant to a grant of assistance under the Treaty, such evidence or information shall not be used to secure the imposition of a civil penalty or fine to compel a person to act in a way that would be contrary to Swiss law». Die «civil penalties» sind Strafsanktionen

(Bussen), die wegen der Besonderheit des amerikanischen Verfahrens von einem «Zivil»-Gericht (nach schweizerischem Verständnis ein Verwaltungsgericht) ausgefällt werden: - Wenn die amerikanische SEC vor Gericht die Ausfällung einer «civil penalty» beantragt, handelt sie in Wahrung öffentlicher Interessen. Obwohl nach amerikanischer Terminologie ein «Zivilprozess» vorliegt, stehen sich nicht zwei gleichberechtigte Parteien (Kläger und Beklagter) im Streit um privatrechtliche Ansprüche gegenüber. - Nur die SEC ist aktivlegitimiert; Privatpersonen (Geschädigten) steht keine solche Möglichkeit zu. - Die Busse verfällt dem amerikanischen Staat (sie geht an das Treasury und nicht an die SEC). Die «civil penalty» hat nichts mit den «treble damages» oder den «punitive damages» zu tun; diese werden einem allfällig Geschädigten als Kläger in einem ganz anderen Verfahren zuerkannt. - Voraussetzung für die Verhängung einer «civil penalty» ist die gerichtliche Feststellung der Widerrechtlichkeit und Strafbarkeit des umstrittenen Verhaltens durch das amerikanische Gericht, weshalb dieses Verfahren ergänzend (im Sinne von Art. 1 Abs. 3 RVUS) zu einem allfälligen Strafverfahren durchgeführt werden kann. Es kann sogar an dessen Stelle treten. Die für unsere Rechtsauffassung ungewöhnliche Bezeichnung «Zivilstrafe» erklärt sich mit den Besonderheiten des amerikanischen Rechtssystems, das kein ausgebautes Verwaltungsverfahren wie die Schweiz kennt. Dementsprechend werden alle Verfahren, in denen es nicht um die Verhängung von Freiheitsstrafen geht, als «zivil» betrachtet, und zwar

### **E. 3**

In den Notentext wurden Klauseln aufgenommen, die die Verwendung der Ergebnisse der Rechtshilfe ausschliessen, wenn Verhaltensweisen erzwungen werden sollen, die gegen schweizerisches Recht verstossen. Um trölerische Einwände der Angeschuldigten zu vermeiden, wurde der Grundgedanke in den Ziffern mit denjenigen Verfahren eingebaut, bei denen sich eine Kollision zwischen amerikanischem und schweizerischem Recht tatsächlich ergeben könnte, d. h. vor allem in die unter Ziff. 3 (Bst. c oben) erwähnten

### **E. 4**

des Notentextes).

### **E. 5**

Da es sich beim Notenaustausch nicht um materielles Recht handelt, tritt er sofort in Kraft. Commentaire de l'échange de notes du 10 novembre 1987 avec les USA relatif à l'entraide judiciaire dans des procédures administratives complémentaires concernant les requêtes ayant trait à des opérations d'initiés (RO 1988 416) 1. Dans le Memorandum of Understanding (MOU) du 31 août 1982 relatif à l'entraide concernant la répression de délits d'initiés[5], il a été par principe prévu que l'octroi de l'entraide dans les affaires d'initiés soit étendu, par un échange de notes prévu à l'art. 1 al. 3 du Traité du 25 mai 1973 entre la Confédération suisse et les Etats-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale (TEJUS, RS 0.351.933.6), à des procédures administratives complémentaires dirigées contre les auteurs de ces infractions (chiffre II.4 MOU). Cet échange de notes a pour but, avec la révision du code pénal tendant à réprimer les opérations d'initiés (FF 1988 I 3 s.), de remplacer la procédure mise sur pied par la Convention XVI de l'Association suisse des banquiers et de faire rentrer l'octroi de l'entraide relative à des procédures pénales suivies en matière d'initiés dans le cadre de l'entraide ordinaire prévue par le TEJUS. Sans échange de notes et malgré la nouvelle norme pénale réprimant les opérations d'initiés, l'entraide octroyée en application du TEJUS aurait été moins étendue que celle

prévue dans la Convention XVI, ce qui aurait pu donner lieu à de nouvelles controverses avec les USA. Les notes échangées - les textes anglais et allemand ont la même valeur authentique - ont un texte identique (à l'exception des formules de salutations, des formules finales et de la confirmation constatant l'accord de la Suisse portant sur l'échange de notes). L'arrangement conclu établit une différence entre la marche à suivre d'après la procédure américaine (ci-dessous ch. 2) et suisse (ci-dessous ch. 4). 2. Du côté américain, l'échange de notes englobe plusieurs procédures d'instruction en matière d'initiés (ce qui veut dire que les résultats de l'entraide judiciaire en matière pénale sont aussi utilisables dans de telles procédures), énumérées comme suit: a. «Suits in a court of the United States seeking permanent or preliminary injunctions or temporary restraining orders»: il s'agit de l'hypothèse où la juridiction américaine compétente, sur demande des autorités américaines de surveillance du commerce des papiers-valeurs (Securities and Exchange Commission, SEC), fait défense à l'accusé, à titre provisoire ou définitif, de poursuivre son activité contestée et considérée comme une violation de la loi. Il s'agit d'injonctions judiciaires rendues suite à des infractions à la loi, qui sont destinées à mettre fin à l'activité illicite de la personne concernée. Cette procédure peut être en quelque sorte comparée avec le cautionnement préventif de l'art. 57 CP. b. «Suits in a court of the United States seeking other equitable relief, ancillary to the relief sought in paragraph 1 above, such as the freeze of assets or the disgorgement of the profits gained (or losses avoided) as a result of violative conduct». Le séquestre provisoire de valeurs en relation avec la procédure

## E. 6

étrangère est déjà possible aujourd'hui en application du droit suisse (cf. art. 8 de la LF du 3 octobre 1975 relative au traité conclu avec les Etats-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale [LTEJUS, RS 351.93], ou l'art. 18 de la LF du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale [EIMP, RS 351.1]). Par la procédure de «disgorgement», la SEC formule une demande devant le juge américain, tendant à la remise par l'auteur de l'infraction du gain résultant de sa transaction illicite. Par ce biais, on tend à priver l'auteur de l'infraction du produit de l'infraction et en même temps à assurer le dédommagement de la victime. En pratique, lorsque l'initié a été condamné au «disgorgement», un compte fiduciaire (escrow account) est ouvert au moyen duquel seront dédommagées les personnes qui sont à même de prouver avoir subi un dommage suite à l'infraction. Si l'on veut trouver, en droit suisse, un équivalent à cette procédure, on doit se rapporter aux dispositions du code pénal traitant de la confiscation (art. 58 à 60 CP), qui permettent au juge de prononcer la confiscation de valeurs qui sont le produit ou le résultat d'une infraction, s'il y a lieu de supprimer un avantage ou une situation illicite (art. 58 al. 1 let. a CP). Les valeurs confisquées peuvent être allouées au lésé. Remarquons que les actes d'entraide restent limités à la recherche de moyens de preuves et ne permettent pas l'exécution en Suisse de décisions de «disgorgement». Cette possibilité n'est pas prévue par les art. 1 ch. 1 et 2 ch. 2 TEJUS, de sorte qu'elle ne peut faire l'objet d'un échange de notes se basant sur ce traité. On peut envisager, le cas échéant, une exécution fondée sur l'art. 74 al. 2 EIMP (remise de valeurs provenant d'une infraction en vue de leur restitution aux ayants droit, même en dehors de toute procédure pénale); une telle décision ne peut être cependant rendue qu'en application des règles contenues dans l'EIMP et non dans le TEJUS. c. «Suits in a court of the United States seeking the imposition of a civil penalty or fine, provided however, if evidence or information is obtained pursuant to a grant of assistance under the Treaty, such evidence or information shall not be used to secure the imposition of a civil penalty or fine to compel a person to act in a way that would be

contrary to Swiss law». Les «civil penalties» sont des sanctions pénales (amendes) qui, en vertu d'une particularité de la procédure américaine, relèvent de la compétence d'un tribunal «civil» (soit l'équivalent d'un tribunal administratif au regard de la conception suisse): - Lorsque la SEC sollicite d'un tribunal le prononcé d'une «civil penalty», elle représente l'intérêt public. Bien qu'il s'agisse, d'après la terminologie américaine, d'un «procès civil», il ne tranche pas une contestation opposant les prétentions civiles de deux parties (demandeur et défendeur) placées sur pied d'égalité juridique. - Seule la SEC possède la légitimation active; les personnes privées (lésés) en sont dépourvues. - Le produit de l'amende est attribué à l'Etat américain (c.-à-d. au Trésor et non à la SEC). La «civil penalty» n'a aucun rapport avec les «treble damages» ou les «punitive damages». Ceux-ci seront attribués à un éventuel lésé agissant en qualité de demandeur dans une procédure tout autre.

#### **E. 7**

- La condition mise au prononcé d'une «civil penalty» est la constatation judiciaire de l'illicéité et de la punissabilité du comportement contesté par un tribunal américain, raison pour laquelle cette procédure peut être menée en complément (au sens de l'art. 1 al. 3 TEJUS) d'une éventuelle procédure pénale. Elle peut même la remplacer. La notion de «peine civile», étrangère à notre conception juridique, s'explique par les particularités du système juridique américain qui, à l'opposé de la Suisse, ne connaît pas de droit de procédure administrative. En conséquence, toutes les procédures qui n'ont pas pour objet le prononcé de peines privatives de liberté sont considérées comme «civiles», également lorsque l'administration introduit une action en protection des intérêts publics. De ce fait, la notion de «civil penalty» doit être rendue correctement par celle de «peine administrative». La «civil penalty» est ainsi une sanction de nature pénale, qui est infligée par un tribunal. La procédure est cependant simplifiée par rapport à la procédure pénale ordinaire (pas de jurés, règles de preuves moins formalistes) et conduit, selon la conception américaine, au prononcé d'une sanction moins sévère que la peine privative de liberté ou l'amende qui sont infligées dans un procès pénal. L'inclusion des «civil penalties» consacre la reconnaissance d'un système de suites légales différent sous le respect du principe de la double incrimination. Par ailleurs, des amendes s'élevant à x fois le montant du dommage ne sont pas inconnues dans notre droit (p. ex. art. 77 et 79 de la LF du 1er octobre 1925 sur les douanes [RS 631.0]; art. 129 ss ACF du 9 décembre 1940 sur la perception d'un impôt fédéral direct [AIFD, RS 642.11]). Au surplus, l'art. 48 al. 2 CP prévoit la possibilité d'infliger une amende d'un montant illimité si l'auteur a agi par cupidité. Du point de vue de l'ordre public suisse, rien ne saurait donc faire obstacle à l'inclusion de peines civiles dans l'échange de notes. d. «Suits in a court of the United States for an order commanding a person to comply in the future with provisions of the securities laws, or the rules and regulations promulgated there under». A la différence de l'«injunction», il ne s'agit pas d'une interdiction, mais d'un ordre. L'auteur se voit contraint, sur requête de la SEC, à adopter un certain comportement. Dans la règle, on ordonne à l'auteur de respecter à l'avenir certaines dispositions légales (p. ex. obligation de déclarer). On peut ici tirer un parallèle avec l'art. 292 de notre CP, car la procédure américaine en question a pour but de sanctionner pénalement la non-observation d'une décision judiciaire (contempt of court). e. «Enforcement proceedings conducted before the SEC or an administrative law judge in which the revocation or suspension of bar of a person being associated with such an entity, as a result of violative conduct, is sought». Cette procédure peut entraîner le prononcé d'interdiction d'exercer une profession, l'exclusion de commerçants des marchés boursiers,

ou l'établissement de directives sur la composition de la direction d'une société etc. Des mesures analogues peuvent être trouvées dans l'interdiction d'exercer une profession, selon l'art. 54 CP, dans la LF du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (RS 952.0), dans les compétences attribuées à la Commission fédérale des banques (art. 23bis ss) ou dans les lois cantonales

## **E. 8**

en matière de bourse, pour peu que de telles mesures soient prévues (à titre d'exemple, voir le § 37 de la loi zurichoise sur les papiers-valeurs du 22 décembre 1912). 3. Le texte des notes contient des clauses qui excluent l'utilisation des résultats de l'entraide si des comportements contraires au droit suisse doivent être imposés. Afin d'éviter que des oppositions dilatoires ne soient formées par le prévenu, cette idée fondamentale a été incluse dans les chiffres qui se rapportent aux procédures susceptibles de donner naissance à un conflit entre le droit américain et le droit suisse, c'est-à-dire avant tout les procédures pénales «civiles» mentionnées sous ch. 3 (let. c ci-dessus). Au ch. 4 (let. d ci-dessus), il a été précisé par l'adjonction des termes «in the future» que les mesures qui sont visées par cette disposition se rapportent à des comportements futurs, de sorte que l'on puisse attendre de la personne concernée, en cas de conflit avec des dispositions suisses protégeant le domaine secret, qu'elle sollicite l'accord du titulaire du secret. L'entrée en vigueur de la norme pénale réprimant les opérations d'initiés et de l'échange de notes rendra probablement le MOU sans objet. C'est pourquoi a été introduite la clause rappelant que le TEJUS constitue un instrument important en vue de l'obtention de preuves, devant être appliqué dans tous les cas où cela est possible (priorité de l'entraide judiciaire) et qu'il trouve également application en matière d'enquêtes menées par la SEC (ce qui a déjà été retenu par le Tribunal fédéral dans l'ATF 109 Ib 50 ss, cons. 3a). Ces considérations sont une confirmation de la conception suisse, selon laquelle la voie de l'entraide judiciaire constitue un moyen important d'éviter des conflits juridiques. 4. L'énumération des procédures pour lesquelles la Suisse peut obtenir l'entraide judiciaire des USA lors de l'instruction de délits commis par des initiés recouvre toutes les peines accessoires et mesures importantes et admissibles en Suisse. Sont comprises dans tous les cas les peines accessoires des art. 51 à 62 CP, mais également une exclusion durable ou momentanée de la bourse ou l'établissement de directives sur la composition d'une personne juridique cotée en bourse. Cette extension des possibilités d'entraide va gagner en importance en Suisse également, la probable entrée en vigueur de l'art. 161 CP devant entraîner l'ouverture d'instructions pénales en matière de délits d'initiés. Même si la majorité des peines accessoires et mesures suisses ont, d'après notre conception, déjà une nature pénale et tombent de ce fait dans le champ d'application du TEJUS, celles-ci ont dû cependant être mentionnées expressément dans l'échange de notes car, d'après la conception américaine, elles ne sont pas considérées sans autre comme constituant une partie de l'entraide judiciaire en matière pénale. En d'autres mots, il s'agit d'empêcher que les autorités suisses se voient reprocher d'agir en violation du TEJUS lorsqu'elles font usage de leur faculté de prononcer des peines accessoires ou des mesures de droit administratif à l'encontre d'un délinquant et qu'elles utilisent à cette occasion les résultats de l'entraide fournie par les USA. Il y a lieu d'observer que, pour des raisons de symétrie, on a choisi pour l'énumération des procédures américaines une formulation qui ne permet pas qu'une obligation de violer le droit américain puisse être basée sur les

## **E. 9**

résultats de l'entraide fournie par les USA et qui renvoie au futur pour ce qui a trait aux mesures impliquant un comportement déterminé (ch. 1 et 4 du texte des notes). 5.

L'échange de notes, ne traitant pas de questions de droit matériel, entre immédiatement en vigueur. [4] Etudes suisses de droit européen, Bd. 28, Colloque international: L'avant-projet de loi fédérale sur les opérations d'initiés, S. 333-338. [5] Cf. note p. 92.

#### **E. 10**

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdrukschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali JAAC 52.17 - Bundesamt für Polzeiwesen, 3. Dezember 1987; Office fédéral de la police, 3 décembre 1987 In Verwaltungspraxis der Bundesbehörden Dans Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération In Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione Jahr 1988 Année Anno Band 52 Volume Volume Seite --- Page Pagina Ref. No 150 000 656 Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert. Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale. Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.