

Bundesstrafgericht

Tribunal pénal fédéral

Tribunale penale federale

Tribunal penal federal



Numéro de dossier: RR.2008.106/107 / RP.2008.18/19

Arrêt du 17 juin 2008 Ile Cour des plaintes

Composition

Les juges pénaux fédéraux Cornelia Cova, présidente, Giorgio Bomio et Roy Garré,
la greffière Nathalie Zufferey

Parties

1. **A.**,
2. **LA SOCIETE B.**,
représentés par Me Jean-Marc Carnicé, avocat,
recourants

contre

JUGE D'INSTRUCTION DU CANTON DE GENÈVE,
partie adverse

Objet

Entraide judiciaire internationale en matière pénale
à la France
Présence de fonctionnaires étrangers (art. 65a
EIMP)

Faits:

- A.** Le 26 février 2008, un Juge d'instruction du Tribunal de Grande Instance de Nancy (France) a présenté aux autorités suisses une requête d'entraide pour les besoins d'une procédure pénale ouverte contre C. notamment pour les délits d'abus de biens sociaux et de recel de ce délit commis au préjudice du groupe D., société française active dans le secteur du jouet. Ce juge expose que plusieurs personnes – dont A., ex-dirigeant du groupe H., absorbé par D. en 2005 – disposeraient de comptes bancaires en Suisse, sur lesquels le produit des abus de biens sociaux en cause pourrait avoir été versé. Entre autres mesures, la commission rogatoire tend à la perquisition des locaux d'une fiduciaire et d'une société de gestion et d'administration de sociétés sises à Genève, ainsi qu'à celle des domiciles de leurs responsables. Elle tend par ailleurs à leur audition, ainsi qu'à la saisie et à la remise de la documentation bancaire concernant toutes les personnes et sociétés qui pourraient être impliquées. L'autorité requérante requiert de pouvoir examiner les pièces recueillies. L'exécution de la demande a été confiée au Juge d'instruction du canton de Genève.
- B.** Le 4 mars 2008, le Juge d'instruction du canton de Genève est entré en matière sur la commission rogatoire susmentionnée et a autorisé les représentants de l'autorité étrangère à assister aux perquisitions ordonnées, à consulter le dossier et à participer au tri des pièces. S'agissant des garanties requises, le Juge genevois a procédé de la manière suivante: il a fait parvenir le 4 mars 2008 une lettre invitant le magistrat français à prendre l'engagement formel que les informations recueillies à l'occasion du tri des pièces ne seraient pas utilisées avant qu'il n'ait été statué sur la clôture de la procédure d'entraide (cf. act. 1.15). Cet engagement a été formalisé par ledit magistrat, en son nom et au nom de ses auxiliaires, lors d'une réunion qui s'est tenue à Genève le 18 mars 2008 dans le cadre de l'exécution de la commission rogatoire (cf. act. 1.15, p. 2; cf. ég. note du 20 mars 2008 figurant au dossier du Juge d'instruction). Le tri des documents n'a cependant pas encore eu lieu (cf. act. 1.14).
- C.** Par ordonnances de perquisition et de saisie du même jour, le Juge genevois a requis plusieurs banques de vérifier si des personnes, physiques ou morales, en particulier A., détenaient ou avaient détenu des comptes auprès d'elles et, en cas de réponse positive, de produire la documentation y relative dès le 1^{er} janvier 1999. En ce qui concerne A., ces mesures ont porté leurs fruits auprès des banques E. et F.. La banque G. a également identifié une relation dont A. est l'ayant droit économique, ouverte au nom de la société B.. En exécution de la commission rogatoire, les banques

susmentionnées ont produit la documentation bancaire relative aux comptes détenus par A. et la société B.. Au total, quelque 70 pièces, dont plus de 40 classeurs, ont été saisies (voir observations du Juge d'instruction, act. 10, p. 2).

D. Par acte du 5 mai 2008, A. et la société B. forment un recours avec demande d'effet suspensif contre l'ordonnance du 4 mars 2008 autorisant l'autorité étrangère à consulter le dossier et à participer au tri des pièces saisies. Ils demandent principalement son annulation, subsidiairement le renvoi de la cause au Juge d'instruction afin qu'il soit invité à rendre une nouvelle ordonnance comportant une nouvelle déclaration de garantie. Le Juge d'instruction conclut au rejet du recours, faute de préjudice immédiat et irréparable. Pour le même motif, l'Office fédéral de la justice (ci-après: OFJ) requiert que le recours soit déclaré irrecevable. Cet office propose toutefois de standardiser le texte des garanties à faire signer par les représentants de l'Etat requérant autorisés à assister aux actes d'entraide et suggère la formulation suivante:

1. Les agents étrangers s'engagent à adopter un comportement passif et à suivre les instructions des autorités suisses.

2. Les agents étrangers s'engagent à ne faire aucun usage, de quelque manière que ce soit, ni à titre de moyen d'investigation, ni à titre de preuve, des informations auxquelles ils auront accès en Suisse lors de l'exécution de leur demande, jusqu'à ce que ces informations leur aient été transmises en vertu d'une décision suisse exécutoire (décision de clôture ou consentement à la transmission simplifiée).

3. En aucun cas les informations acquises lors de l'exécution de la demande en Suisse ne pourront être utilisées à titre d'investigation ou de preuve pour des procédures pour lesquelles l'entraide est exclue.

4. Ces engagements doivent être signés personnellement par les agents étrangers avant que ceux-ci participent aux opérations envisagées.

Les recourants ont pu répliquer. L'effet suspensif à titre superprovisoire a été accordé par décisions du juge rapporteur du 6 mai 2008 (cf. RP.2008.18/19).

Les arguments et moyens de preuve invoqués par les parties seront repris si nécessaire dans les considérants en droit.

La Cour considère en droit:

1.

- 1.1** En vertu de l'art. 28 al. 1 let. e ch. 1 LTPF mis en relation avec l'art. 80e de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale du 20 mars 1981 (EIMP; RS 351.1), la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral est compétente pour connaître des recours en matière d'entraide pénale conformément à l'EIMP.
- 1.2** L'entraide judiciaire entre la Confédération suisse et la France est régie par la Convention européenne d'entraide judiciaire du 20 avril 1959 (CEEJ; RS 0.351.1), entrée en vigueur pour la Suisse le 20 mars 1967 et le 21 août 1967 pour la France, par l'accord complémentaire du 28 octobre 1996 (ci-après: l'Accord complémentaire; RS 0.351.934.92) entré en vigueur le 1^{er} mai 2000, ainsi que par la Convention n° 141 du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (RS 0.311.53), conclue à Strasbourg le 8 novembre 1990, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 1993 pour la Suisse et le 1^{er} février 1997 pour la France. L'EIMP et son ordonnance d'exécution (OEIMP; RS 351.11), restent applicables aux questions qui ne sont pas réglées, explicitement ou implicitement, par les dispositions conventionnelles, ainsi que lorsqu'elles permettent l'octroi de l'entraide à des conditions plus favorables (ATF 130 II 337 consid. 1; 124 II 180 consid. 1a).
- 1.3** Les recourants ont reçu l'ordonnance attaquée le 24 avril 2008. Déposé le 5 mai 2008, le recours est formé en temps utile, soit dans le délai de dix jours prévu à l'art. 80k EIMP s'agissant de décisions incidentes antérieures à la décision de clôture (cf. art. 80e al. 2 EIMP). Les recourants, titulaires des comptes dont la documentation a été saisie, ont qualité pour agir (art. 80h let. b EIMP et 9a let. a OEIMP).

2.

- 2.1** A teneur de l'art. 80e al. 2 EIMP, les décisions incidentes rendues par l'autorité fédérale d'exécution antérieurement à la décision de clôture sont attaquables séparément lorsqu'elles causent à leur destinataire un dommage immédiat et irréparable découlant de la saisie d'objets ou de valeurs (let. a) ou de la présence de personnes qui participent à la procédure à l'étranger (let. b). Conformément à la jurisprudence développée par le Tribunal fédéral en application de l'ancienne procédure de recours, le recours au Tribunal pénal fédéral doit être admis de manière exceptionnelle. Il incombe au

recourant d'indiquer, dans l'acte de recours, en quoi consiste le dommage et de démontrer que celui-ci ne serait pas réparable par un prononcé annulant, le cas échéant, la décision de clôture à rendre ultérieurement (ATF 128 II 211 consid. 2.1 p. 215/216).

- 2.2** En application de l'art. 4, 2^e phrase CEEJ en relation avec l'art. 65a EIMP, les personnes qui participent à la procédure à l'étranger peuvent être autorisées à assister aux actes d'entraide. S'agissant de la France, l'art. VII de l'Accord complémentaire confère un véritable droit pour l'autorité requérante de participer à l'exécution de la demande d'entraide si les conditions prévues au chiffre 1, let. a et b sont remplies, à savoir si la législation ne s'y oppose pas et si la présence permet de faciliter l'exécution des actes d'entraide ou la procédure pénale de l'Etat requérant (cf. FF 1997 p. 1082; ég. ROBERT ZIMMERMANN, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 2^e éd., Berne 2004, n° 231). Après avoir été saisies dans le cadre de l'exécution de la demande d'entraide, les pièces doivent être triées en vue de leur remise à l'autorité requérante. Selon le critère de l'utilité potentielle, les pièces jugées sans rapport avec l'objet de l'enquête étrangère doivent être écartées. Dans ce contexte, la présence de représentants de l'Etat requérant ayant suivi l'affaire dès le début et ayant une bonne connaissance du dossier peut faciliter considérablement le travail de l'autorité requise, permettant d'identifier de manière plus sûre les données importantes, et d'écarter d'emblée celles qui ne présentent pas d'intérêt. La présence permet par ailleurs à l'autorité d'exécution de respecter au mieux les principes de célérité et de proportionnalité (cf. arrêt du Tribunal fédéral 1A.259/2005 du 15 novembre 2005, consid. 1.2; ég. PASCAL DE PREUX/CHRISTOPHE WILHELM, *La présence du magistrat étranger en Suisse dans la procédure d'entraide internationale en matière pénale*, in SJZ 102/2006, p. 94; ZIMMERMANN, op. cit., n° 232). En autorisant la participation d'agents étrangers, l'autorité d'exécution permet aussi à ces agents de consulter les pièces du dossier (cf. art. 65a al. 1 in fine EIMP). Il est procédé à leur tri en leur présence, ainsi qu'en présence du détenteur et/ou de son représentant (ATF 130 II 14 consid. 4.4; arrêt du Tribunal fédéral 1A.259/2004 du 1^{er} décembre 2004, consid. 2; ZIMMERMANN, *Communication d'informations et de renseignements pour les besoins de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale: un paradigme perdu?*, in AJP/PJA 1/2007, p. 65). Cette manière de faire simplifiera la tâche de l'autorité d'exécution et permettra aussi aux personnes concernées de faire valoir immédiatement les motifs qui s'opposeraient, selon elles, à une remise simplifiée selon l'art. 80c EIMP (arrêt du Tribunal fédéral 1A.259/2004 du 1^{er} décembre 2004, consid. 2), tout en leur donnant accès au dossier. A défaut d'un accord selon l'art. 80c EIMP, l'autorité d'exécution fait établir un inventaire précis des pièces dont la remise est contestée. Elle impartit au

détenteur un délai (qui peut être bref) pour faire valoir, pièce par pièce, les arguments s'opposant à la transmission. Après quoi, l'autorité d'exécution rend une décision de clôture soigneusement motivée, conformément à l'art. 80d EIMP (cf. ATF 130 II 14 consid. 4.4).

La participation des enquêteurs étrangers au tri des pièces ne doit toutefois pas avoir pour conséquence que des informations confidentielles parviennent à l'autorité requérante avant qu'il ne soit statué sur l'octroi et l'étendue de l'entraide (art. 65a al. 3 EIMP). Ainsi, la consultation du dossier doit s'effectuer dans des modalités garantissant qu'aucun renseignement utilisable par l'autorité requérante ne parvienne à celle-ci avant l'entrée en force de la décision de clôture (voir ATF 130 II 329 consid. 3 p. 333 s.; 128 II 211 consid. 2.1 p. 215 s.; arrêt du Tribunal fédéral 1A.259/2005 du 15 novembre 2005, consid. 1.2).

- 2.3** Contrairement à ce que le libellé du texte légal laisse supposer, le prononcé d'un séquestre ou l'autorisation accordée à des fonctionnaires étrangers de participer à l'exécution de la demande ne causent pas, ipso facto, un dommage immédiat et irréparable au sens de l'art. 80e al. 2 let. b EIMP (ATF 128 II 211 consid. 2.1 p. 215/216, 353 consid. 3 p. 254; arrêt du Tribunal fédéral 1A.225/2006 du 6 mars 2007, consid. 1.5.1, publié dans Die Praxis 11/2007 n° 130; arrêt du Tribunal fédéral 1A.259/2005 du 15 novembre 2005, consid. 1.3; TPF RR.2007.51 du 29 mai 2007, consid. 3.1 et RR.2007.6 du 22 février 2007, consid. 2.4 et 2.5). Un dommage immédiat et irréparable n'est envisageable que dans le cas visé à l'art. 65a al. 3 EIMP, c'est-à-dire celui où la présence de fonctionnaires étrangers aurait pour conséquence de porter à la connaissance des autorités de l'Etat requérant des faits touchant au domaine secret avant le prononcé d'une décision définitive sur l'octroi et l'étendue de l'entraide. Ce risque peut toutefois être évité par le biais de la fourniture de garanties par l'autorité requérante quant à la non utilisation prématurée des informations (ATF 128 II 211 consid. 2.1 p. 215; arrêts du Tribunal fédéral 1A.3/2007 du 11 janvier 2007, consid. 2.3 et 1A.217/2004 du 18 octobre 2004, consid. 2.6, publié dans RtiD 1-2005 n° 42 p. 162 ss; dans ce sens, ZIMMERMANN, La coopération judiciaire, op. cit., n° 232 s.; cf. cep., CAROLINE GSTÖHL, Geheimnisschutz im Verfahren der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Thèse, Berne 2008, p. 281 ss; PETER POPP, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Bâle 2001, n° 422). Constituent en général des garanties suffisantes l'interdiction d'utiliser les informations recueillies, de prendre des notes ou de faire des copies et d'accéder aux procès-verbaux d'audition (ATF 131 II 132 consid. 2.2 p. 134; arrêt du Tribunal fédéral 1A.225/2006 du 6 mars 2007, consid. 1.5.1, publié dans Die Praxis

11/2007 n° 130; arrêt du Tribunal fédéral 1A.215/2006 du 7 novembre 2006, consid. 1.3; ég. ZIMMERMANN, op. cit., n° 296 s.).

- 2.4** Les recourants ne critiquent pas la participation d'enquêteurs étrangers dans son principe. Se fondant en revanche sur l'absence d'indication, dans le texte de la garantie, concernant l'attitude passive que doivent adopter les agents étrangers ainsi que sur un courrier du 4 mars 2008 du Juge genevois à son homologue français (cf. act. 1.15), les recourants redoutent que le Juge genevois perde la maîtrise de la procédure d'entraide et qu'il permette au magistrat français et à ses auxiliaires de procéder sur le territoire suisse selon leur bon vouloir, ce qui leur causerait un dommage irréparable.
- 2.4.1** Ces craintes sont infondées. D'une part, on peut observer que l'autorité requérante, invitée à se prononcer sur ce point a confirmé par oral - et, en l'espèce, il n'y a pas lieu de douter de cette déclaration – qu'elle acceptait intégralement les modalités posées pour l'exécution de l'entraide (cf. act. 1.14). D'autre part, même si l'obligation d'adopter un comportement passif ne figure pas explicitement dans la déclaration de garantie litigieuse, cette exigence découle de plein droit de l'art. VII de l'Accord complémentaire entre la Suisse et la France, ainsi que le rappelle pertinemment l'OFJ. Il ressort en effet sans équivoque du texte de cette disposition que les personnes autorisées à participer ne peuvent avoir un rôle autre que celui de spectateur, consistant à *assister* à l'exécution des actes d'entraide judiciaire (cf. alinéa 1), l'alinéa 2 prévoyant, concernant les interrogatoires, qu'elles peuvent tout au plus suggérer des questions (voir ég. 26 al. 2 OEIMP). Vu les rapports de confiance et de bonne foi réciproque entre les Etats (cf. ATF 121 I 181 consid. 2c/aa; 101 Ia 405 consid. 6bb), il n'y a pas lieu de douter que l'Etat requérant se conformera à ses engagements internationaux, sans qu'un rappel plus explicite ne soit rendu nécessaire. S'agissant enfin d'un pays rompu aux procédures d'entraide avec la Suisse, il n'y a pas de raison d'éprouver des doutes quant à sa bonne compréhension de la portée des engagements pris ou à prendre.
- 2.4.2** Contrairement à ce que soutiennent les recourants, à l'instar des autres modalités de tri, des indications relatives à la possibilité ou non de prendre des notes n'ont pas non plus à y figurer, la jurisprudence n'exigeant pas la présence de tels détails (voir p.ex. arrêts du Tribunal fédéral 1A.3/2007 du 11 janvier 2007, consid. 2.3 et 1A.215/2006 du 7 novembre 2006, consid. 2.3). Qui plus est, de telles stipulations compliqueraient inutilement le texte des garanties.

- 2.4.3** Enfin, au contraire de ce que font valoir les recourants – et bien qu'en réalité, cet aspect ne soit pas en l'espèce déterminant étant donné qu'il n'est nullement prévu d'interroger A. –, l'obligation pour les enquêteurs étrangers d'adopter une attitude passive ne les empêcherait pas de proposer des questions complémentaires à poser aux personnes à entendre (cela est expressément prévu à l'art. 26 al. 2 OEIMP), pour autant que l'autorité d'exécution conserve la maîtrise des opérations (cf. arrêt du Tribunal fédéral 1A.3/2007 du 11 janvier 2007, consid. 2.3).
- 2.5** Pour les recourants, le préjudice irréparable résulterait par ailleurs de ce que les garanties souscrites par le Juge d'instruction de Nancy permettent de craindre une transmission prématurée à l'Etat requérant.
- 2.5.1** S'il est vrai que les garanties entreprises sont quelque peu générales, elles suffisent toutefois. Quoiqu'il en soit, comme il est d'usage, le magistrat genevois ne manquera pas de vérifier le moment venu que les personnes qui se présenteront ont bien compris le sens et la portée de la phrase selon laquelle «[elles s'engageaient] à ne pas utiliser, de quelque façon que ce soit dans une procédure pénale, civile, administrative et/ou fiscale, les informations auxquelles [elles] auraient accès à la suite de l'examen de documents ressortissant au domaine secret recueillis à Genève, tant qu'il n'aurait pas été statué sur la clôture de la procédure d'entraide». A cette occasion seront également rappelées les modalités de la procédure du tri. A cet égard, il serait utile qu'un procès-verbal ou des notes relatent que l'attention des représentants de l'autorité étrangère a été attirée sur ces éléments. En toute hypothèse, les recourants ne sont pas démunis puisqu'il se verront également offrir la possibilité de participer au tri de pièces (cf. supra consid. 2.2), ce qui leur permettra d'exercer un contrôle sur le déroulement correct de la procédure.
- 2.5.2** Il n'y a pas à ajouter aux garanties souscrites, comme le voudraient les recourants, l'interdiction expresse d'utiliser les renseignements pour former une demande complémentaire. Une telle précision serait certes possible, mais elle n'est pas nécessaire puisqu'elle découle déjà de l'engagement de ne pas utiliser dans la procédure française les informations recueillies avant l'octroi définitif de l'entraide (à ce sujet, voir ég. 26 al. 2 OEIMP; ég. arrêt du Tribunal fédéral 1A.209/2006 du 7 novembre 2006, consid. 3.3). Enfin, sous l'angle du principe de la spécialité invoqué par les recourants, au cas où la demande d'entraide du 26 février 2008 serait acceptée, il suffira que l'autorité d'exécution assortisse, comme il est d'usage, la transmission

d'une réserve garantissant la protection de ce principe. A ce stade, une telle exigence n'est pas de rigueur.

- 2.5.3** Dans l'hypothèse où la procédure d'entraide devait par contre se solder par un refus, il va sans dire que les renseignements obtenus ne pourraient pas être exploités et les documents sélectionnés ne seraient pas remis à l'autorité requérante. On peut se demander, avec les recourants, si les garanties obtenues dans le cas d'espèce tiennent suffisamment compte de cette éventualité. Dans son résultat cependant, cette imprécision ne porte pas un préjudice irréparable aux recourants, un éventuel malentendu pouvant être dissipé lors de la visite des magistrats français en Suisse. A noter à ce propos que le Tribunal fédéral a jugé qu'une telle exigence était suffisamment évidente pour n'avoir pas à être spécifiquement rappelée (arrêt du Tribunal fédéral 1A.3/2007 du 11 janvier 2007, consid. 2.3).
- 2.6** Enfin, les recourants critiquent le fait que les garanties n'ont pas été souscrites par toutes les personnes susceptibles de se présenter. Cette irrégularité n'a toutefois rien d'irréparable dans la mesure où elle pourra être régularisée lors de la venue des enquêteurs étrangers.
- 2.7** En conclusion, bien que les garanties requises auraient sans doute mérité d'être plus explicites, on ne discerne pas en quoi la décision attaquée provoque un dommage immédiat et irréparable aux recourants, les griefs présentés par ces derniers étant, comme on l'a vu, dépourvus de tout fondement.
- 3.** Au regard de la sécurité du droit et du principe de la célérité (art. 17a EIMP), il serait opportun, comme le suggère l'OFJ, de fixer de manière claire et uniforme le contenu minimum que doivent offrir des garanties pour être considérées comme suffisantes. D'une manière générale, à supposer qu'il s'agisse d'un pays avec lequel il n'existe aucun accord ou d'un pays avec lequel il y a un accord, mais qui ne décrit pas les conditions de participation des autorités étrangères, on peut sans autre reprendre la formule proposée par l'OFJ (cf. supra Faits let. D), à l'exception de la troisième condition qui doit être légèrement modifiée pour des raisons de clarté. Ainsi, ces garanties se présenteraient sous la forme suivante:

1. Les agents étrangers s'engagent à adopter un comportement passif et à suivre les instructions des autorités suisses.

2. Les agents étrangers s'engagent à ne faire aucun usage, de quelque manière que ce soit, ni à titre de moyen d'investigation, ni à titre de preuve, des informations auxquelles ils auront accès en Suisse lors de l'exécution de leur demande, jusqu'à ce que ces informations leur aient été transmises en vertu d'une décision suisse exécutoire (décision de clôture ou consentement à la transmission simplifiée).

3. En aucun cas les informations acquises lors de l'exécution de la demande en Suisse ne pourront être utilisées à titre d'investigation ou de preuve pour des procédures pour lesquelles l'entraide est exclue ou a été refusée.

4. Ces engagements doivent être signés personnellement par les agents étrangers avant que ceux-ci participent aux opérations envisagées.

Ces assurances peuvent être tenues pour suffisantes au regard de l'art. 65a al. 3 EIMP.

4. Les frais de procédure sont mis à la charge des recourants qui succombent (art. 63 al. 1 PA, applicable par renvoi de l'art. 30 let. b LTPF). L'émolument judiciaire, calculé conformément à l'art. 3 du règlement du 11 février 2004 fixant les émoluments judiciaires perçus par le Tribunal pénal fédéral (RS 173.711.32; TPF RR.2007.26 du 9 juillet 2007, consid. 9.1), est fixé en l'espèce à Fr. 4000.--.

Par ces motifs, la Ite Cour des plaintes prononce:

1. Les recours sont irrecevables.
2. L'effet suspensif accordé à titre superprovisoire est révoqué.
3. Les demandes d'effet suspensif sont devenues sans objet.
4. Un émolument judiciaire de Fr. 2000.-- par recourant, couvert par les avances de frais acquittées, est mis à leur charge. La différence, d'un montant de Fr. 1000.-- par recourant, leur est restituée.

Bellinzone, le 17 juin 2008

Au nom de la Ite Cour des plaintes
du Tribunal pénal fédéral

La présidente:

la greffière:

Distribution

- Me Jean-Marc Carnicé, avocat,
- Juge d'instruction du canton de Genève,
- Office fédéral de la justice, Unité Entraide judiciaire,

Indication des voies de recours

Cette décision n'est pas sujette à recours (art. 93 al. 2 LTPF)