



Arrêt du 5 décembre 2008
Ile Cour des plaintes

Composition

Les juges pénaux fédéraux Cornelia Cova, présidente, Andreas J. Keller et Giorgio Bomio, le greffier David Glassey

Parties

1. A.;

2. LA SOCIÉTÉ B.;

3. LA SOCIÉTÉ C.,

tous trois représentés par Mes Bruno de Preux et Guillaume Vodoz, avocats,

recourants

contre

JUGE D'INSTRUCTION DU CANTON DE GENÈVE,

partie adverse

Objet

Entraide judiciaire internationale en matière pénale aux Pays-Bas

Droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) et remise de moyens de preuve (art. 74 EIMP)

Faits:

- A.** Le 19 décembre 2007, le Parquet du Tribunal de Grande Instance de Middelburg (Pays-Bas) a adressé une commission rogatoire aux autorités suisses, dans le cadre d'une enquête ouverte contre le citoyen néerlandais D. et la société E., des chefs d'infractions à la Loi sur les stupéfiants, participation à une organisation criminelle et blanchiment d'argent. En bref, D. exploite le coffee shop «F.» via la société E. dont il est l'unique associé. D. est accusé d'avoir violé la condition assortissant la licence d'exploitation de l'établissement précité, aux termes de laquelle le stock de cannabis ne devait pas excéder 500 grammes. Selon la législation néerlandaise, le commerce de cannabis excédant les limites fixées dans la licence constitue une infraction pénale. L'autorité requérante fait état de deux virements suspects effectués le 19 juin 2007, respectivement de € 1'000'000 et de € 4'500'000, en relation avec un compte bancaire suisse. La demande d'entraide visait notamment à identifier ce compte, ainsi que tout compte bancaire dont auraient pu disposer D. ou la société E..
- B.** Les démarches effectuées par le Juge d'instruction du canton de Genève (ci-après: le juge d'instruction) en exécution de la demande d'entraide ont notamment permis d'établir qu'un compte ouvert au nom de D. auprès de la banque G. à Genève avait été soldé et les fonds transférés le 30 octobre 2007 sur le compte n° 1 auprès de la banque H. à Zurich, puis sur le compte n° 2 auprès de la banque I. à Genève. Par lettre du 27 mars 2008 (act. 1.4), la banque I. Genève a informé le juge d'instruction que le compte n° 2 correspondait à un compte interne de la banque qui avait été utilisé pour recevoir des fonds de la banque H.. Les avoirs ont ensuite été crédités sur deux comptes ouverts dans les livres de la banque I. au Luxembourg, à savoir le compte n° 3 au nom la société B., et le compte n° 4 au nom de la société C.. La lettre du 27 mars 2008 précisait que le bénéficiaire économique de ces deux derniers comptes était A., citoyen belge domicilié à Londres, également titulaire du compte n° 5 ouvert dans les livres de la banque I. à Genève. En annexe à sa lettre, la banque a remis au juge d'instruction le formulaire de transfert de fonds et titres, un mémo interne du 19 mars 2008 expliquant les détails de la transaction et le relevé du compte n° 4 concernant les crédits et débits en compte.
- C.** Par lettre du 10 juin 2008, le juge d'instruction a communiqué à la banque I. Genève son intention de transmettre à l'autorité requérante la lettre du 27 mars 2008 précitée ainsi que ses annexes. Un délai au 17 juin 2008 était

imparti à la banque et/ou au titulaire du compte pour faire savoir si une remise en exécution simplifiée au sens de l'art. 80c EIMP était acceptée ou, dans le cas contraire, les raisons qui fonderaient une opposition à une telle transmission. La lettre se terminait avec l'indication que les pièces saisies étaient à disposition pour consultation, avec la précision que l'interdiction d'informer était levée (act. 1.5).

- D.** Par lettres des 17, 19 et 24 juin 2008, Mes Bruno de Preux et Guillaume Vodoz ont demandé au juge d'instruction, au nom et pour le compte des sociétés B. et C., l'autorisation de consulter le dossier au greffe de l'instruction (act. 1.7 à 1.9). Le 25 juin 2008, le juge d'instruction a adressé aux conseils précités une lettre ayant le contenu suivant: «dans la mesure où les sociétés B. et C. ne font pas l'objet de mesures de contrainte sur des comptes bancaires dont elles seraient titulaires auprès de la banque I. en Suisse, elles n'ont pas qualité de partie à la procédure d'entraide et n'ont pas à donner leur accord à la transmission de documents ni à recevoir la décision de clôture y relative» (act. 1.10).
- E.** Par lettre du 26 juin 2008, Mes Bruno de Preux et Guillaume Vodoz ont demandé au juge d'instruction, au nom et pour le compte de A., l'autorisation de consulter le dossier au greffe de l'instruction (act. 1.12). Le 22 juillet 2008, le juge d'instruction a adressé aux conseils précités une lettre ayant le contenu suivant: «pour ce qui est de l'accès au dossier de A., les informations données à votre mandant par la banque I. sont en l'état suffisantes. J'attends des pièces complémentaires relatives au compte dont votre mandant est titulaire auprès de cet établissement, celles-ci me permettront de déterminer si ces pièces sont utiles à la procédure d'entraide et s'il y a lieu de maintenir la saisie du compte. Dans l'affirmative, je statuerai sur l'étendue de l'accès à la procédure d'entraide de votre mandant.» (act. 1.19).
- F.** Le 23 juin 2008, le juge d'instruction a ordonné la transmission à l'autorité requérante, sous condition de la spécialité, des pièces bancaires annexées au pli du 27 mars 2008 précité, y compris ledit pli (act. 1.1).
- G.** Par ordonnance du 30 juin 2008, le juge d'instruction a ordonné la saisie pénale conservatoire des avoirs déposés sur le compte n° 5 ainsi que la

saisie de l'intégralité de la documentation bancaire relative à ce compte (act. 1.17).

- H. Dans un acte unique daté du 25 juillet 2008 et formellement dirigé contre l'ordonnance du 23 juin 2008 évoquée sous let. F ci-dessus, A. et les sociétés B. et C. se plaignent d'une violation de leur droit d'être entendus et concluent à l'annulation de l'ordonnance entreprise et au renvoi de la cause au juge d'instruction en lui ordonnant de donner aux recourants l'accès au dossier de la procédure d'entraide, sous suite de frais et indemnité (act. 1).

- I. L'Office fédéral de la justice a conclu principalement à ce que le recours soit déclaré irrecevable en tant qu'il concerne les sociétés B. et C., et rejeté en tant qu'il concerne A. (act. 6). Cet Office conclut subsidiairement à l'admission partielle du recours de A., dans le sens du caviardage de la référence faite au compte n° 5 dans la lettre du 27 mars 2008.

- J. Dans sa réponse du 27 août 2008, le juge d'instruction conclut à ce que le recours soit déclaré irrecevable en tant qu'il concerne les sociétés B. et C.. Le juge d'instruction observe que A. a qualité de partie à la procédure, étant titulaire du compte n° 5 et ayant fait élection de domicile dans le canton de Genève le 26 juin 2008. L'autorité d'exécution estime au surplus que l'état de fait contenu dans les ordonnances auxquelles A. a eu accès et les transactions bancaires sur lesquelles portent les renseignements donnés par la banque permettaient au recourant de comprendre en quoi une infraction était reprochée à D. et que la période intéressant les autorités néerlandaises correspondait à celle des transactions que le juge d'instruction avait décidé de porter à la connaissance de l'Etat requérant (act. 7).

- K. Dans leur réplique du 25 septembre 2008, les sociétés B. et C. ont persisté dans leur conclusion visant à ce que la qualité pour recourir leur soit recon nue. A. persiste également dans ses conclusions, estimant que son droit d'être entendu n'a pas été respecté, faute pour lui d'avoir eu accès à la demande d'entraide déposée par les Pays-Bas (act. 13).

- L. Par courrier du 29 septembre 2008, Mes Bruno de Preux et Guillaume Vodoz ont reçu du juge d'instruction une copie caviardée de la commission

rogatoire hollandaise du 19 décembre 2007, avec la précision que cette remise n'intervenait qu'en leur qualité d'avocats de A. (act. 21.2).

- M.** Par mémoire complémentaire du 17 octobre 2008, les recourants affirment que les sommes ayant transité par les banques G., H. et I. Genève proviennent d'une activité licite. Ils concluent principalement à l'annulation de l'ordonnance querellée, sous suite de frais et indemnité (act. 21).

Les arguments et moyens de preuves 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 les art. 80e al. 1 EIMP et 9 al. 3 du Règlement du Tribunal pénal fédéral du 20 juin 2006 (RS 173.710), la IIe Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral est compétente pour connaître des recours dirigés contre les décisions de clôture de la procédure d'entraide rendues par l'autorité cantonale d'exécution.

1.2 L'entraide judiciaire entre les Pays-Bas et la Confédération est régie par la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (CEEJ; 0.351.1), entrée en vigueur pour la Suisse le 20 mars 1967 et pour les Pays-Bas le 15 mai 1969. Peut également s'appliquer en l'occurrence la Convention européenne relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (CBI; RS 0.311.53), entrée en vigueur le 1^{er} septembre 1993 pour la Suisse ainsi que pour l'Etat requérant. Les dispositions de ces traités l'emportent sur le droit interne régissant la matière, soit l'EIMP et son ordonnance d'exécution (OEIMP; RS 351.11), qui sont applicables aux questions non réglées, explicitement ou implicitement, par le droit conventionnel, et lorsque le droit interne est plus favorable à l'entraide que les traités (ATF 129 II 462 consid. 1.1 p. 464; 123 II 134 consid. 1a p. 136; 122 II 140 consid. 2 p. 142 et les arrêts cités). Le respect des droits fondamentaux est réservé (ATF 123 II 595 consid. 7c p. 617).

1.3 La qualité pour agir contre une mesure d'entraide judiciaire est reconnue à celui qui est touché personnellement et directement et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (art. 80h let. b EIMP). La

personne visée par la procédure pénale étrangère peut recourir aux mêmes conditions (art. 21 al. 3 EIMP). Aux termes de l'art. 9a OIMP, est notamment réputé personnellement et directement touché au sens de ces dispositions le titulaire d'un compte bancaire en cas d'informations sur ce compte (let. a) et le propriétaire ou le locataire qui doit se soumettre personnellement à une perquisition ou à une saisie (let. b; ATF 118 Ib 442 consid. 2c, concernant la saisie de documents en mains d'une banque; ATF 121 II 38, concernant la remise du dossier d'une procédure civile à laquelle l'intéressé est partie). La jurisprudence constante dénie en revanche cette qualité au détenteur économique d'un compte bancaire visé par la demande, ou à l'auteur de documents saisis en mains d'un tiers, même si la transmission des renseignements requis entraîne la révélation de son identité (ATF 130 II 162 consid. 1.1; 128 II 211 consid. 2.3; 122 II 130 consid. 2b).

1.3.1 Recours formé par les sociétés B. et C.

La lettre du 27 mars 2008 de la banque I. Genève (v. supra let. B) a été fournie en réponse à une ordonnance du juge d'instruction du 13 mars 2008 tendant à la saisie des avoirs et de l'intégralité de la documentation bancaire relative au compte n° 2. Il ressort de la documentation interne relative à ce compte que A. a, le 26 septembre 2007 dans les bureaux de la banque I. à Genève, ouvert les relations n° 5, n° 3 et n° 4 dont il est fait état plus haut (v. supra let. B). Les deux structures derrière les comptes n° 3 et n° 4 ont par ailleurs été incorporées à l'étranger par les soins de la banque I. Genève (act. 1.4). La lettre du 27 mars 2008 et ses annexes se rapportent donc au compte n° 2, soit un compte de passage interne détenu par la banque I. à Genève. Les informations contenues dans ces documents (y compris le relevé du compte n° 4) étaient stockées physiquement à Genève, ou accessibles dans un système informatique sis à Genève, en relation avec le compte interne n° 2. Les recourants affirment par conséquent à juste titre que la totalité des informations litigieuses était disponible au siège genevois de la banque I., que ces informations n'ont pas été obtenues hors de la juridiction du juge d'instruction et qu'elles devaient être communiquées au magistrat précité en exécution de son ordonnance de perquisition et de saisie (act. 1, p. 9). Il en découle qu'en sa qualité de titulaire du compte concerné, la banque I. Genève aurait seule eu qualité pour recourir contre l'ordonnance du 23 juin 2008, au sens de l'art. 9a let. a OEIMP, à l'exclusion de ses cocontractants dont les numéros de comptes (suisses ou étrangers) apparaissent dans la documentation relative au compte n° 2. En effet, même si les documents bancaires relatifs à un compte peuvent mentionner les numéros des différents comptes en prove-

nance desquels des fonds sont transférés au débit dudit compte, ou à destination desquels des sommes sont transférées au crédit de ce même compte, il n'en demeure pas moins que seul le titulaire du compte sur lequel porte les informations bénéficie de la qualité pour agir au sens de l'art. 80h let. b EIMP. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le tiers mentionné dans la documentation bancaire relative à un compte n'est pas légitimé à recourir; de même, la banque n'a pas qualité pour recourir lorsque, sans être touchée dans la conduite de ses propres affaires, elle doit simplement remettre des documents concernant les comptes de ses clients (ATF 128 II 211 consid. 2.3). Tel n'est pas le cas en l'espèce, s'agissant des recours formés par les sociétés B. et C., puisque la documentation litigieuse se rapporte à un compte détenu par la banque I. Genève elle-même, et non par des clients de celle-ci. Il ressort simplement de cette documentation que des fonds ont été transférés du compte interne n° 2 de la banque I. à Genève vers les comptes des recourantes ouverts auprès d'une autre banque (la banque I. au Luxembourg). Dès lors qu'elles ne sont pas titulaires du compte concerné auprès de la banque I. à Genève, les recourantes sont dans la position de tiers; elles ne sont dès lors pas légitimées à recourir. Retenir une solution inverse irait à l'encontre du texte clair de l'art. 9a let. a OEIMP. Au vu de l'ensemble de ces éléments, le recours doit être déclaré irrecevable, en tant qu'il est formé par les sociétés B. et C..

1.3.2 Recours formé par A.

Le compte n° 5 dont A. est titulaire auprès de la Banque I. Genève n'a pas été alimenté par le compte de passage n° 2. Ladite banque a estimé qu'il était nécessaire de communiquer à l'autorité chargée de l'exécution de la demande d'entraide que le bénéficiaire économique des comptes n° 3 et n° 4 était titulaire d'un compte en ses livres. La situation de la relation n° 5 est par conséquent différente de celle des relations n° 3 et n° 4 ouvertes respectivement au nom des sociétés B. et C., en ce sens que, dans la mesure où aucun transfert n'a jamais eu lieu entre le compte de passage n° 2 et la relation n° 5, l'existence de cette dernière n'aurait pas pu être révélée directement par la fourniture de la documentation bancaire relative au compte de passage n° 2. Dans ces conditions, le recours formé par A. est recevable, dans la seule mesure où il est dirigé contre la transmission à l'autorité requérante d'une liste mentionnant le compte n° 5 dont il est titulaire auprès de la banque I. à Genève. Il est irrecevable pour le surplus (v. TPF 2007.180-181 du 8 mai 2008, consid. 1.3).

2. Le requérant s'est plaint dans un premier temps d'une violation de son droit d'être entendu, faute pour lui d'avoir eu accès à la demande d'entraide déposée par les Pays-Bas avant que ne soit rendue l'ordonnance querellée.
- 2.1 Le droit de consulter le dossier est un aspect du droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. (ATF 126 I 7 consid. 2b p. 10, et les arrêts cités). Dans le domaine de l'entraide, il est notamment mis en oeuvre par l'art. 80b EIMP. Ce droit s'étend à toutes les pièces décisives pour le sort de la cause (ATF 121 I 225 consid. 2a p. 227). Dans le cas de l'entraide, il s'agit en premier lieu de la demande elle-même et des pièces annexées, puisque c'est sur la base de ces documents que se déterminent l'admissibilité et la mesure de l'entraide requise (arrêt du Tribunal fédéral 1A.94/2001 du 25 juin 2001, consid. 2b). Le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. inclut également pour les parties le droit de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à leur détriment, de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur la décision, de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 129 I 85 consid. 4.1 p. 88/89; 129 II 497 consid. 2.2 p. 504/505; 127 I 54 consid. 2b p. 56, et les arrêts cités). Après avoir saisi les documents qu'elle juge utiles pour l'exécution de la demande, l'autorité d'exécution trie les pièces à remettre, en vue du prononcé de la décision de clôture de la procédure. Avant de statuer à ce sujet, elle doit impartir un délai au détenteur, pour qu'il fasse valoir, pièce par pièce, les arguments qui s'opposeraient selon lui à la transmission. Il est interdit de remettre la documentation en vrac, sans avoir procédé à un examen de sa pertinence dans le cadre de la procédure étrangère (ATF 130 II 14).
- 2.2 En l'espèce, le conseil des requérants a demandé à pouvoir consulter le dossier au nom et pour le compte des sociétés B. et C. les 17 et 19 juin 2008 (v. supra let. D). Ces deux sociétés étant dépourvues de la qualité pour agir dans le cadre de la procédure d'entraide (v. supra consid. 1.3.1), c'est à bon droit que le juge d'instruction a refusé de donner suite à cette demande. Ce n'est que le 26 juin 2008, soit à une date postérieure à l'ordonnance querellée, que A. a sollicité l'autorisation de consulter le dossier au greffe de l'instruction (v. supra let. E). Dans ces conditions, le requérant ne saurait reprocher à l'autorité d'exécution d'avoir négligé de lui donner la possibilité de se déterminer avant que ne soit prise la décision querellée. Au vu de la jurisprudence citée plus haut (supra consid. 2.1), c'est en revanche en violation manifeste du droit d'être entendu de A. que le juge d'instruction lui a refusé l'accès à la demande d'entraide pour examiner l'opportunité d'un recours contre l'ordonnance du 23 juin 2008. Compte tenu de ce refus, le requérant n'avait d'autre alternative que de former re-

cours auprès de la Cour de céans pour pouvoir prendre connaissance de la demande d'entraide. La transmission au recourant de la demande d'entraide par l'autorité d'exécution après le dépôt du recours ne permet plus de corriger ce vice dans le cadre de la procédure d'exécution de la commission rogatoire. La manière dont le juge d'instruction a traité le recourant est d'autant plus incompréhensible que ce magistrat considérait – à juste titre – que A. était personnellement et directement touché par certaines des mesures d'entraide qu'il envisageait de prendre (v. supra let. E et L). Par ailleurs, l'attitude du recourant ne prête pas le flanc à la critique. L'on ne saurait en particulier lui reprocher une attitude passive (cf. TPF RR.2008.105 du 8 juillet 2008, consid. 2.2; RR.2007.177 du 18 décembre 2007, consid. 3.2). Pour respecter le droit d'être entendu du recourant, l'accès aux pièces décisives pour le sort de la cause aurait donc dû lui être donné durant le délai de recours contre l'ordonnance du 23 juin 2008 afin de lui permettre d'examiner l'opportunité d'une telle démarche (v. art. 80^m EIMP).

- 2.3** Cela étant, même si une violation du droit d'être entendu est commise par l'autorité d'exécution, la procédure de recours devant la IIe Cour des plaintes en permet la réparation (art. 49 PA, applicable par renvoi de l'art. 30 let. b LTPF; TPF RR.2008.94 du 13 octobre 2008, consid. 4.2; arrêt du Tribunal fédéral 1A.228/2006 du 11 décembre 2006, consid. 3.3; ROBERT ZIMMERMANN, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 2^e éd., Berne 2004, n° 273-1, p. 320 et les arrêts cités), comme le recourant l'admet en évoquant «l'effet guérisseur» de la procédure devant le Tribunal pénal fédéral (act. 21, p. 2). Bien que cet effet guérisseur fasse l'objet des critiques d'une partie de la doctrine (PATRICK SUTTER in CHRISTOPH AUER/MARKUS MÜLLER/BENJAMIN SCHINDLER [Hrsg.], *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Zurich/St Gall 2008, N. 20 ad art. 29; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5^e éd., Zurich/St Gall 2006, p. 366, n. 1711), la Cour de céans ne voit pas de raison de s'écarter de la jurisprudence précitée. Cela se justifie d'autant plus dans le domaine de l'entraide judiciaire internationale, gouverné par le principe de célérité (art. 17a EIMP). En l'espèce, il n'est pas contesté que le recourant a pu s'exprimer en pleine connaissance de cause devant l'autorité de recours, laquelle dispose d'un libre pouvoir d'examen, de sorte que la violation du droit d'être entendu commise par l'autorité d'exécution peut être réparée dans le cadre de la procédure de recours devant la Cour de céans. Il sera toutefois tenu compte du fait que le grief tiré de la violation du droit d'être entendu n'était pas infondé, lors du calcul de l'émolument judiciaire (v. infra consid. 6 et 7).

3. Sur le fond, dans son mémoire complémentaire du 17 octobre 2008, le recourant expose que l'enquête néerlandaise a débuté le 1^{er} mai 2007 et que, dès lors que le relevé postal de la société E. attesterait que cette société disposait au 31 janvier 2007 d'une somme de € 6'000'000 et aurait en outre bénéficié d'entrées successives de plusieurs millions d'euros entre février et avril 2007, il serait établi que les sommes ayant transité par les banques G., H. et I. proviennent d'une activité licite.

Cette opinion ne saurait être suivie. En effet, s'il ressort de la demande d'entraide qu'une enquête pénale financière a été ouverte contre D. le 1^{er} mai 2007, cela ne signifie pas que l'autorité requérante ne soupçonne pas que des actes délictueux aient pu être commis avant cette date. Le Procureur néerlandais expose d'ailleurs qu'il estime *provisoirement* l'avantage illicite retiré de la manière décrite plus haut (v. supra let. A) par D. à € 19'350'000. En effet, même si les versements suspects ont eu lieu en juin 2007, l'autorité requérante a un intérêt manifeste à pouvoir s'assurer qu'ils n'ont pas été précédés de transferts du même genre (v. arrêt du Tribunal fédéral 1A.277/2006 du 13 mars 2007, consid. 3.2). Dans ce contexte, il apparaît nécessaire que l'autorité requérante puisse prendre connaissance de l'ensemble de la gestion des comptes visés, afin de vérifier tant l'origine que la destination de l'intégralité des fonds, ce qui justifie la production de l'ensemble de la documentation bancaire, même sur une période relativement étendue (v. arrêt du Tribunal fédéral 1A.277/2006 du 13 mars 2007, consid. 3.3). En l'espèce, le recourant est le bénéficiaire économique de deux versements à hauteur de plusieurs millions d'euros que l'autorité requérante soupçonne provenir d'infractions à la loi néerlandaise sur les stupéfiants. Le titulaire du compte litigieux est donc soupçonné de s'être prêté à des activités de blanchiment, qu'il peut avoir commises par le biais de l'ensemble des comptes bancaires dont il a la maîtrise, sans distinction entre ses avoirs privés et ceux qui concernent son activité commerciale. Dans ces conditions, l'autorité d'exécution ne pouvait, sans faillir à sa mission, refuser de communiquer aux autorités requérantes le courrier de la banque I. mentionnant l'existence du compte n° 5 (v. arrêt du Tribunal fédéral 1A.210/2002 du 27 novembre 2002, consid. 4.2). Il sied au surplus de rappeler que la commission rogatoire néerlandaise a pour but la manifestation de la vérité. Dans ce sens, l'entraide vise non seulement à recueillir des preuves à charge, mais également à décharge (TPF RR.2007.29 du 30 mai 2007, consid 4.2; ATF 118 Ib 547 consid. 3a p. 552; ég. arrêt du Tribunal fédéral 1A.88/2006 du 22 juin 2006, consid. 5.3). En l'espèce, c'est donc à juste titre que les responsables de la banque I., respectivement le juge d'instruction, ont estimé que l'information selon laquelle le bénéficiaire éco-

nomique des comptes n° 3 et n° 4 était titulaire d'un compte auprès de la banque I. était potentiellement utile aux autorités de l'Etat requérant, de sorte que la décision querellée respecte le principe de la proportionnalité.

4. Le recourant tente au surplus de démontrer que D. aurait versé des fonds sur les comptes n° 3 et n° 4 en exécution d'obligations contractuelles légales liées à l'acquisition d'une piste de ski artificielle. Ce faisant, il perd de vue que la question de l'appréciation des preuves relève de la compétence du juge pénal néerlandais. Par conséquent, il n'appartient pas à la Cour de céans, dans le cadre de la procédure d'entraide, de se substituer au juge du fond de l'Etat requérant (ATF 132 II 81 consid. 2.1; TPF RR.2007.77 du 29 octobre 2007, consid. 6; RR.2007.58 du 31 mai 2007, consid. 8). De jurisprudence constante, les griefs relevant de l'argumentation à décharge sont en effet irrecevables dans le cadre de la procédure d'entraide (arrêt du Tribunal fédéral 1A.59/2000 du 10 mars 2000, consid. 2b; TPF RR.2007.118 du 30 octobre 2007, consid. 5.1; TPF RR.2007.183 du 21 février 2008, consid. 3).
5. Vu ce qui précède, les griefs du recourant sur le fond sont mal fondés.
6. Aucun frais de procédure n'est mis à la charge des autorités inférieures (art. 63 al. 2 PA, applicable par renvoi de l'art. 30 let. b LTPF). Les frais de procédure réduits sont mis à la charge solidaire des recourants qui succombent (art. 63 al. 1 PA, applicable par renvoi de l'art. 30 let. b LTPF). L'émolument judiciaire d'ensemble, 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 de la manière suivante: un émolument réduit de Fr. 4'000.-- à déduire de l'avance de frais de Fr. 8'000.-- pour les recours formés par les sociétés B. et C., afin de tenir compte du fait que les recours ont été déclarés irrecevables, sans que la Cour n'ait à se pencher sur le fond; un émolument de Fr. 4'000.-- à déduire de l'avance de frais de Fr. 6'000.-- pour le recours formé par A., afin de tenir compte du fait que le grief tiré de la violation du droit d'être entendu n'était pas infondé, mais que la violation du droit d'être entendu a pu être réparée par la Cour de céans, soit un émolument judiciaire global de Fr. 8'000.--, couvert par l'avance de frais de Fr. 14'000.-- déjà versée. Le solde de l'avance effectuée par les recourants, soit Fr. 6'000.--, leur sera restitué par la caisse du Tribunal pénal fédéral.

7. A. conclut à l'octroi d'une indemnité équitable à titre de participation aux honoraires de ses avocats, à la charge de l'Etat de Genève.
- 7.1 L'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause, une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (art. 64 al. 1 PA). Les dépens alloués sont supportés par la collectivité ou par l'établissement autonome au nom de qui l'autorité inférieure a statué (art. 64 al. 2 PA).
- 7.2 En cas de violation du droit d'être entendu commise par l'autorité d'exécution dans le cadre d'une procédure d'entraide, le droit à une indemnité au sens de l'art. 64 al. 1 PA est donné dans trois hypothèses.

La première est celle où la violation ne peut être corrigée par la juridiction de recours. En pareille hypothèse, le recours doit être admis et le dossier renvoyé à l'autorité inférieure en application de l'art. 61 al. 1 PA.

La deuxième hypothèse est celle où le recourant retire son recours après que la violation du droit d'être entendu ait été réparée dans la procédure de recours. Ainsi, si, dans le cas d'espèce, le recourant avait retiré son recours après avoir pris connaissance de la demande d'entraide dans le cadre de la procédure pendante devant la Cour de céans, la cause aurait été rayée du rôle. Le grief tiré de la violation du droit d'être entendu s'avérant bien fondé, l'examen *prima facie* du sort du recours (v. TPF RR.2008.136 du 3 septembre 2008) aurait porté la Cour à renoncer à percevoir des frais et à allouer au recourant une indemnité équitable au sens de l'art. 64 al. 1 PA, à la charge de l'autorité d'exécution.

Autre est l'hypothèse où le recourant dépose des conclusions au fond après que la violation du droit d'être entendu ait pu être réparée dans la procédure de recours. Dans ce cas, si les griefs au fond s'avèrent fondés, le recours doit être admis, sous suite de frais et dépens. Si, comme c'est le cas en l'espèce, le recours doit être rejeté au fond, l'existence d'une violation des droits d'être entendu du recourant justifie une réduction de l'émolument judiciaire mis à la charge du recourant qui succombe (arrêt du Tribunal fédéral 2A.124/1998 du 29 octobre 1998, consid. 3c; TPF RR.2008.188-189 du 3 novembre 2008, consid. 5). Dans ce dernier cas, le recourant doit supporter le risque du litige au fond qu'il soumet à la juridiction de recours. Une indemnité au sens de l'art. 64 al. 1 PA ne peut être

dès lors allouée, en cas de rejet du recours au fond, que dans le cas exceptionnel où la violation du droit d'être entendu commise par l'autorité d'exécution est constitutive d'un abus de droit au sens des art. 9 Cst. et 2 al. 2 CC. Une telle hypothèse n'étant pas réalisée en l'espèce, l'octroi au recourant d'une indemnité équitable à titre de participation aux honoraires d'avocats ne saurait entrer en ligne de compte.

Par ces motifs, la IIe Cour des plaintes prononce:

1. Le recours formé par la société B. est irrecevable.
2. Le recours formé par la société C. est irrecevable.
3. Le recours formé par A. est rejeté dans la mesure où il est recevable.
4. Un émolument d'ensemble de Fr. 8'000.--, couvert par l'avance de frais de Fr. 14'000.-- déjà versée, est mis à la charge solidaire des recourants. La caisse du Tribunal pénal fédéral restituera aux recourants Fr. 6'000.-- correspondant au solde de l'avance de frais effectuée.

Bellinzone, le 5 décembre 2008

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

La présidente:

Le greffier:

Distribution

- Mes Bruno de Preux et Guillaume Vodoz, avocats,
- Juge d'instruction du canton de Genève,
- Office fédéral de la justice, Unité Entraide judiciaire,

Indication des voies de recours

Le recours contre une décision en matière d'entraide pénale internationale doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les 10 jours qui suivent la notification de l'expédition complète (art. 100 al. 1 et 2 let. b LTF).

Le recours n'est recevable contre une décision rendue en matière d'entraide pénale internationale que s'il a pour objet une extradition, une saisie, le transfert d'objets ou de valeurs ou la transmission de renseignements concernant le domaine secret et s'il concerne un cas particulièrement important (art. 84 al. 1 LTF). Un cas est particulièrement important notamment lorsqu'il y a des raisons de supposer que la procédure à l'étranger viole des principes fondamentaux ou comporte d'autres vices graves (art.84 al. 2 LTF).