Bundesstrafgericht
Tribunal pénal fédéral
Tribunale penale federale
Tribunal penal federal

Numéro de dossier: RR.2007.52

Arrêt du 13 juin 2007
II.e Cour des plaintes

Composition	Les juges pénaux fédéraux Bernard Bertossa, président, Giorgio Bomio et Roy Garré. La greffière Nathalie Zufferey
Parties	**A.,** représenté par Me Jean-Charles Lopez, avocat, recourant **contre** **JUGE D'INSTRUCTION DU CANTON DE GENEVE,** partie adverse
Objet	Entraide internationale en matière pénale avec la France Qualité pour agir (80*h* let. b EIMP)

Faits:

A. Le 3 juin 2004, le Procureur de la République auprès du Tribunal de grande instance du parquet de Nice (France) a adressé à la Suisse une demande d'entraide judiciaire pour les besoins d'une procédure pénale ouverte à l'encontre de B. et C. des chefs d'infractions à la législation sur la concurrence.

B. Il ressort de la demande et de ses annexes (doss. Cabinet des juges d'instruction de Genève, classeur I; CP 206/04) que les précités auraient démarché à leur domicile en France, entre 1999 et 2003, des personnes âgées, en faisant usage de publicité mensongère et de moyens irrespectueux des conditions prévues par la législation française dans le but de vendre de la Spiruline, algue aux propriétés thérapeutiques diverses, à un prix largement surfait, profitant de la crédulité et de la situation particulière de leurs clients. Lors des démarchages, les précités soumettaient aux clients des bons de commande qui omettaient de mentionner les dispositions légales obligatoires relatives au droit de rétractation de la personne démarchée prévues notamment aux articles L. 121-21 à L.121-33 et L.122-8 à L.122-11 du code de la consommation français. Il ressort également de la requête et de ses annexes que les ventes par démarchage étaient conduites par une «méthode de vente» complexe faisant intervenir plusieurs sociétés sises en France et à l'étranger (Monaco et Suisse). Selon cette méthode, la société monégasque D., se présentant comme une société intermédiaire agissant pour le compte d'une autre société monégasque, à savoir E., se chargeait de cibler, par publipostage, les personnes en fonction de l'âge (plus de 60 ans). Celles-ci recevaient un envoi gratuit avec un questionnaire sur les pathologies qui les intéressaient. Les destinataires des publipostages qui avaient répondu en mentionnant leur âge et les affections dont ils souffraient recevaient, toujours par publipostage, l'envoi d'un fascicule «K» ainsi qu'un coupon-réponse émanant de la société E.. Les consommateurs pouvaient renvoyer les coupons-réponse à la société D. et ainsi recevoir les visites des démarcheurs indépendants ou des entreprises de démarchage réparties sur l'ensemble du territoire français, parmi lesquelles l'entreprise F. de C.. La société française G., quant à elle, se chargeait de la distribution du produit. Il ressort également de la requête que, à partir de mai 2000, ces sociétés ont été remplacées par d'autres sociétés. La société G. a été remplacée par la société H., société de droit suisse sise à Genève. Il ressort de la demande que l'enquête française a permis d'établir que la société H. était propriétaire de la totalité de la documentation publicitaire, dont la brochure «K», ainsi que des coupons

et des produits, et qu'elle fixait le prix de vente de la cure. Toujours à teneur de la requête, I., nouvelle société sise à Nice, a été d'abord créée comme agent commercial exclusif de la société H. pour ensuite transférer son activité le 21 octobre 2003 à la société J. domiciliée à Zoug. La société I. percevait sa commission quand le chèque de commande était réceptionné par la société H.. Cette société recevait également un rapport d'activité des démarcheurs et établissait une facture à la société H. de EUR 686 par coffret vendu. L'autorité requérante désire obtenir notamment les renseignements permettant de décrire la structure juridique de la société H. et de la société I., identifier leurs dirigeants et entendre le ou les intéressés sur leurs relations avec les sociétés précitées et C.. Elle souhaite également déterminer qui est à l'origine du fascicule publicitaire «K» et qui fabrique et procède au conditionnement des produits.

C. Saisi de plusieurs plaintes pénales contre la société H. pour violation des droits d'auteur et de concurrence déloyale, le Procureur général genevois avait, préalablement au dépôt de la requête d'entraide, requis l'ouverture d'une information pénale le 14 août 2001 (act. 7.4). L'enquête nationale portait sur des faits qui s'avérèrent être essentiellement les mêmes que ceux décrits dans la requête d'entraide. Dans le cadre de cette procédure référencée sous le n° P/10817/01, le juge d'instruction genevois a procédé à l'audition de plusieurs témoins. Lors d'une audition du 17 février 2003, A. a été désigné comme étant l'administrateur de la société H. (act. 1.5).

D. Le 1er novembre 2004, le juge d'instruction genevois a auditionné A. en qualité de témoin. Aux actes ne figure pas de décision d'entrée en matière, et le procès-verbal ne précise pas si A. a été entendu pour les besoins de la procédure pénale nationale, pour ceux de l'entraide internationale ou pour chacune de ces procédures (act. 7.20). Quelques jours après son audition, A., en tant qu'administrateur de la société H., a remis au juge d'instruction la documentation relative à la société H. comme il s'était engagé à le faire lors de son interrogatoire.

E. Par ordonnance d'admissibilité et de clôture de la procédure d'entraide du 5 mars 2007, le nouveau juge d'instruction en charge de la procédure a décidé la transmission aux autorités françaises du procès-verbal d'audition du 1er novembre 2004, de la documentation remise par le témoin (comptabilité de la société H. pour les années 2000 à 2003) et des extraits du Registre

du commerce de Genève et de Zoug faisant état de la radiation du registre des sociétés H., respectivement J., suite à leurs faillites.

F. Par acte du 5 avril 2007, A. a recouru au Tribunal pénal fédéral contre la décision du 5 mars 2007. Il conclut à la recevabilité du recours, à l'annulation de la décision de clôture ainsi qu'au refus de l'entraide à la Belgique (recte France). En résumé, A. conteste la réalisation de la condition de la double punissabilité et se plaint de la violation du principe de la proportionnalité. Le juge d'instruction genevois a conclu le 4 mai 2007 au rejet du recours. L'OFJ, quant à lui, a conclu, dans ses écritures du 9 mai 2007, à l'irrecevabilité du recours en tant qu'il s'oppose à la transmission de la comptabilité de la société H. et à son rejet pour le surplus.

G. A la demande de la Cour de céans, le juge d'instruction a confirmé, par courrier du 18 mai 2007 (act. 10), que A. avait pu consulter l'intégralité de la procédure le concernant (notamment la requête d'entraide, ses annexes et les cartons contenant la comptabilité de la société H.) hormis les pièces de forme ainsi que les pièces relatives à la procédure nationale P/10817/2001 qui ne le concernaient pas directement.

H. Invités à répliquer, l'OFJ confirme sa réponse et le recourant maintient ses conclusions.

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 (nouvelle teneur selon le ch. 14 de l'annexe à la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral, en vigueur depuis le 1er janvier 2007; RS 173.32), mis en relation avec l'art. 80*e* al. 1 de la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (loi sur l'entraide pénale internationale [EIMP]; RS 351.1), la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral est compétente pour connaître des recours dirigés contre la décision de clôture rendue par l'autorité cantonale d'exécution.

1.2 L'entraide judiciaire entre la République française et la Confédération suisse 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 la France le 21 août 1967, ainsi que par l'accord bilatéral complétant cette Convention (RS 0.351.934.92), conclu le 28 octobre 1996 et entré en vigueur le 1er mai 2000. Les dispositions de ces traités l'emportent sur le droit autonome qui régit la matière, soit l'EIMP et son ordonnance d'exécution (OEIMP; RS 351.11). Celles-ci restent toutefois applicables aux questions non réglées, explicitement ou implicitement, par le droit conventionnel, et lorsque le droit interne est plus favorable à l'entraide que le traité (ATF 123 II 134 consid. 1a p. 136; 122 II 140 consid. 2 p. 142; 120 Ib 120 consid. 1a et les arrêts cités).

1.3 Par analogie avec la pratique du Tribunal fédéral, le Tribunal pénal fédéral examine librement si les conditions pour accorder l'entraide sont remplies et dans quelle mesure la coopération internationale doit être accordée (ATF 123 II 134 consid. 1d p. 136/137; 118 Ib 269 consid. 2e p. 275). Il n'est pas lié par les conclusions des parties et statue avec une libre cognition sur les griefs soulevés, sans toutefois être tenu, comme le serait une autorité de surveillance, de vérifier d'office la conformité de la décision attaquée à l'ensemble des dispositions applicables en la matière (art. 25 al. 6 EIMP; ATF 130 II 337 consid. 1.4 p. 341 et les arrêts cités). Selon l'art. 80*e* al. 1 EIMP, le recours est ouvert contre les décisions de clôture de l'autorité cantonale ou fédérale d'exécution. Déposé dans le délai de 30 jours dont il est question à l'art. 80*k* EIMP, le présent recours est interjeté en temps utile.

2.

2.1 Selon l'art. 80*h* let. b EIMP, a qualité pour agir quiconque est touché personnellement et directement par une mesure d'entraide et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. La personne visée par la procédure pénale étrangère peut recourir aux mêmes conditions (art. 21 al. 3 EIMP; ATF 130 II 162 consid. 1.1). L'art. *9a* OEIMP précise que sont en particulier réputés personnellement et directement touchés, au sens des art. 21 al. 3 et 80*h* EIMP, le titulaire d'un compte bancaire en cas d'informations sur celui-ci (let. a), et le propriétaire ou le locataire, en cas de perquisition (let. b). L'intérêt fondant la qualité pour agir peut être juridique ou de fait; il ne doit pas nécessairement correspondre à celui protégé par la norme invoquée. Il faut toutefois que le recourant soit touché plus que quiconque ou la généralité des administrés dans un intérêt important, résultant de sa situation par rapport à l'objet litigieux. Un intérêt digne de protection existe lorsque la situation de fait ou de droit du recourant peut

être influencée par le sort de la cause; il faut que l'admission du recours procure au recourant un avantage de nature économique, matérielle ou idéale. Le recours formé dans le seul intérêt de la loi ou d'un tiers est en revanche irrecevable (ATF 130 II 162 consid. 1.1; 128 II 211 consid. 2.3; 126 II 258 consid. 2d; 122 II 130 consid. 2a). S'agissant du témoin, la jurisprudence admet la qualité pour agir de celui-ci, au sens de l'art. 80*h* let. b EIMP, dans une mesure limitée. Il peut s'opposer à la transmission des procès-verbaux de son audition, mais uniquement dans la mesure où les renseignements communiqués le concernent personnellement ou lorsqu'il se prévaut de son droit de refuser de témoigner; il n'a pas qualité pour agir, en revanche, lorsque sa déposition porte sur des comptes bancaires dont il n'est pas juridiquement le titulaire (ATF 122 II 130 consid. 2b p. 133; 121 II 459 consid. 2c p. 462). Enfin, le témoin ne peut s'opposer qu'à la transmission de ses propres déclarations, mais non à la communication de pièces saisies lors d'une perquisition (arrêt non publié C. du 27 février 1998, cité par ROBERT ZIMMERMANN, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 2e éd., Berne 2004, p. 350, note 2069).

2.2 Dans le cas d'espèce, il ressort du procès-verbal d'audition du 1er novembre 2004 (act. 1.5) que le recourant a été entendu en qualité de témoin assermenté. A cette occasion, il a déposé notamment sur la date et les circonstances de la création de la société H., son rôle dans la gestion de celle-ci, son statut d'administrateur rémunéré par la société H., ainsi que sur les comptes bancaires détenus en Suisse par cette même société. Le recourant a également déposé au sujet de B. (inculpé en France) et de ses relations avec celui-ci dans le cadre de l'activité de la société H.. Sur le vu des principes rappelés ci-dessus, le recourant ne saurait valablement s'opposer à la transmission du procès-verbal litigieux à défaut de s'être prononcé sur des renseignements personnels autres que ceux relatifs à son statut dans la société. Il convient en outre de relever qu'il ne s'est pas non plus prévalu de son droit de refuser de témoigner. Il s'ensuit que la qualité pour agir doit lui être déniée en ce qui concerne la transmission du procès-verbal querellé à l'autorité requérante.

3. Il ressort du procès-verbal d'audition du 1er novembre 2004 ainsi que du mémoire de recours que, quelques jours après l'audition, le recourant a remis, à la requête du juge d'instruction, la documentation relative à la société H. (comptabilité de la société pour les années 2000 à 2003). La question qui se pose est celle de savoir si, à la lumière des principes régissant la qualité pour agir rappelés au considérant 2, ou en vertu d'un

autre titre, le recourant a la qualité pour s'opposer à la transmission de la documentation en question.

3.1 Ainsi que le démontrent les actes du dossier, notamment l'extrait du Registre du commerce de Genève (act. 7.3), A. était l'administrateur de la société H. dont la faillite a été prononcée le 7 juillet 2005 par jugement du Tribunal de première instance de Genève. A l'époque de la production de la documentation relative à la société H., ainsi que relevé à juste titre par l'OFJ, le recourant n'agissait guère en sa qualité personnelle, mais en sa qualité d'administrateur de la société H.. Cela étant, seule la société, détentrice de la documentation saisie en son temps, doit être considérée comme directement et personnellement touchée par la mesure d'entraide eu égard aux art. 80*h* let. b EIMP et 9*a* let. b OEIMP. Il en découle que le recourant n'a pas la qualité pour contester la transmission de la documentation litigieuse.

3.2 S'agissant de l'ayant droit d'une personne morale dissoute, la jurisprudence admet exceptionnellement sa qualité pour recourir s'il démontre, à l'appui de documents officiels, que la société a été liquidée (arrêt 1A.10/2000 du 18 mai 2000, consid. 1e; 1A.131/1999 du 26 août 1999, consid. 3 et 1A.236/1998 du 25 janvier 1999, consid. 1b/bb, jurisprudence citée dans l'arrêt 1A.212/2001 du 21 mars 2002, consid. 1.3.2). Il faut en outre que l'acte de dissolution indique clairement l'ayant droit comme son bénéficiaire (arrêt 1A.84/1999 du 31 mai 1999, consid. 2c, jurisprudence également citée dans l'arrêt 1A.212/2001 du 21 mars 2002, consid. 1.3.2). En l'espèce, puisque H. était une société anonyme de droit suisse, la qualité pour agir reviendrait aux actionnaires de la société dissoute (art. 745 CO). Or, même s'il ressort du procès-verbal d'audition du 1er novembre 2004 que le recourant était titulaire d'une action de la société, cela ne suffit pas pour admettre sa qualité pour agir, étant donné que la société a été radiée du Registre du commerce sans aucune liquidation pour cause de défaut d'actifs (extrait du Registre du commerce, act. 7.3).

3.3 Eu égard à l'obligation de conservation en lieu sûr des livres d'une société anonyme dissoute (art. 747 CO et ATF 131 IV 56 consid. 1.4.2), on peut, à l'instar de l'OFJ, se poser la question de savoir si le recourant, en tant qu'administrateur de la société dissoute, est touché personnellement et directement au sens de l'art. 9*a* let. b EIMP. Tel pourrait être le cas dans l'hypothèse où les livres auraient été déposés chez lui. Cette question ne revêt toutefois qu'un intérêt théorique. En effet, les documents saisis n'ont jamais été en dépôt chez le recourant après la dissolution de la société. Celle-ci est intervenue le 28 novembre 2005, c'est-à-dire environ une année après la remise des documents au juge d'instruction. Lors de la remise, en tant que personne morale encore existante, seule la société H.

était personnellement et directement touchée.

4. Au vu de ce qui précède, le recours doit être déclaré irrecevable sans qu'il y ait à examiner les argumentations soulevées au fond.

5. Les frais de procédure sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 PA, applicable par renvoi de l'art. 30 let. b LTPF). L'émolument judiciaire est 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). La compétence du Tribunal pénal fédéral d'établir un tarif relatif à la détermination des émoluments judiciaires, bien que n'étant pas explicitement réservée à l'art. 63 al. 5 PA, se fonde sur l'art. 15 al. 1 let. a LTPF. Dans son message du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, le Conseil fédéral reconnaît en effet l'autonomie administrative de l'autorité judiciaire fédérale s'agissant du calcul des émoluments judiciaires, des dépens alloués aux parties ainsi que de la détermination de l'indemnité en cas d'assistance judiciaire (cf. FF 2001 p. 4208 ss.). Il ne résulte par ailleurs aucunement des débats parlementaires que le législateur ait voulu s'écarter du principe de l'autonomie de l'autorité judiciaire au moment d'attribuer la compétence pour statuer dans le domaine de l'EIMP au Tribunal pénal fédéral plutôt qu'au Tribunal administratif fédéral comme initialement prévu par le Conseil fédéral (cf. BO 2004 CN p. 1570 ss; 2005 CE p. 117 ss; CN p. 643 ss). Il s'ensuit que la réserve figurant à l'art. 63 al. 5 PA doit être interprétée par analogie comme valant également en faveur de l'art. 15 al. 1 let. a LTPF. En vertu de l'art. 63 al. 1 PA, les frais judiciaires sont mis à la charge de la partie qui succombe (1re phr.). En l'occurrence, le recourant ayant succombé, les frais sont mis à sa charge à hauteur de Fr. 4000.--, montant entièrement couvert par l'avance de frais.

Par ces motifs, la Cour prononce:

1. Le recours est irrecevable.

2. Un émolument judiciaire de Fr. 4000.--, couvert par l'avance de frais acquittée, est mis à la charge du recourant.

Bellinzone, le 14 juin 2007

Au nom de la II.e Cour des plaintes
du Tribunal pénal fédéral

Le président: la greffière:

Distribution

- Me Jean-Charles Lopez, avocat
- Juge d'instruction du canton de Genève
- Office fédéral de la justice

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. 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. 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 LTF).