Bundesstrafgericht
Tribunal pénal fédéral
Tribunale penale federale
Tribunal penal federal

Numéro de dossier: RR.2010.32

Arrêt du 17 mars 2010
IIe Cour des plaintes

Composition	Les juges pénaux fédéraux Cornelia Cova, présidente, Jean-Luc Bacher et Patrick Robert-Nicoud, le greffier David Glassey
Parties	**A.**, représenté par Me Jacques Barillon, avocat, recourant **contre** **ADMINISTRATION FÉDÉRALE DES DOUANES, DIRECTION GÉNÉRALE DES DOUANES**, partie adverse
Objet	Entraide judiciaire internationale en matière pénale à la République fédérale d'Allemagne Qualité de partie à la procédure d'entraide; droit de consulter le dossier

Faits:

A. Le 10 août 2009, le Procureur Général de Landshut a adressé au Juge d'instruction du canton de Genève une demande d'entraide judiciaire internationale, dans le cadre d'une enquête ouverte en Allemagne contre A., du chef de tentative de fraude fiscale. En résumé, le prénommé a pris le 17 juillet 2008 un vol direct Genève-Munich. A l'aéroport de Munich, il a utilisé la «sortie verte» réservée aux voyageurs avec des marchandises non soumises aux taxes à l'importation, et affirmé aux agents des douanes qu'il n'était porteur d'aucune marchandise soumise à déclaration. Sur la personne de A., ont toutefois été découverts une montre-bracelet d'une valeur de EUR 18'873.76, deux anneaux d'une valeur de EUR 1'237'623.76, ainsi que les écrins respectifs desdits anneaux. Aux termes de la demande d'entraide, A. avait l'intention d'offrir la montre en Allemagne à un prince saoudien, et de lui vendre les deux anneaux.

L'autorité requérante expose que A. avait l'obligation de déclarer la montre aux agents de l'administration douanière en tant que cadeau, dès lors que sa valeur dépassait le seuil non-imposable de EUR 175.--. Les deux anneaux devaient quant à eux être déclarés au titre d'importation à des fins commerciales. En taisant l'existence de ces objets au Service des douanes, A. aurait tenté de se soustraire au paiement des taxes dues à hauteur de EUR 275'554.79 (soit EUR 30'941.39 de taxes à l'importation et EUR 244'613.40 de taxe à la valeur ajoutée à l'importation).

La demande d'entraide tend à ce que l'administration douanière compétente suisse réponde à diverses questions formulées par l'autorité requérante, notamment au sujet de procédures de dédouanement spéciales que les autorités douanières suisses pourraient avoir accordé à A. ou à des entreprises liées à A. (act. 1.6).

B. Le 24 septembre 2009, le Juge d'instruction du canton de Genève a transmis la demande d'entraide allemande à l'Office fédéral de la justice (ci-après: OFJ; dossier OFJ, pièce n° 1). Le 2 octobre 2009, l'OFJ a délégué l'exécution de la demande allemande à l'Administration fédérale des douanes (ci-après: AFD; dossier OFJ, pièce n° 2).

C. Le 4 décembre 2009, Me Jacques BARILLON, avocat à Genève, a demandé copie de l'intégralité du dossier, au nom et pour le compte de A. Le 14 décembre 2009, l'AFD a répondu que A. n'avait pas la qualité de partie à la procédure, au sens de la Loi fédérale sur l'entraide internationale en ma-

tière pénale (EIMP; RS 351.1; act. 1.9). Le 23 décembre 2009, Me BARILLON a demandé à l'AFD de réviser sa position sur la question du droit de consulter le dossier de A. (act. 1.10). Le 11 janvier 2010, l'AFD a rendu une décision intitulée «décision de clôture fondée sur une demande d'entraide judiciaire», par laquelle elle déniait la qualité de partie de A. à la procédure d'entraide judiciaire (act. 1.1). Le 11 février 2010, A. a formé recours contre cette décision, concluant principalement au refus de l'entraide et subsidiairement à la reconnaissance de sa qualité de partie dans le cadre de la procédure d'entraide (act. 1). L'OFJ a conclu au rejet du recours (act. 7). L'AFD a produit ses observations le 26 février 2009 (act. 8).

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. En vertu de l'art. 28 al. 1 let. e ch. 1 de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral (LTPF; RS 173.71), mis en relation avec les art. 80*e* 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 les autorités fédérales d'exécution.

2. L'entraide judiciaire entre la République fédérale d'Allemagne et la Confédération suisse est prioritairement 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 l'Allemagne le 1er janvier 1977, et par l'Accord du 13 novembre 1969 entre la Confédération suisse et la République fédérale d'Allemagne en vue de compléter la CEEJ et de faciliter son application (0.351.913.61), entré en vigueur le 1er janvier 1977.

A compter du 12 décembre 2008, les art. 48 ss de la Convention d'application de l'Accord Schengen du 14 juin 1985 (CAAS; n° CELEX 42000A0922[02]; Journal officiel de l'Union européenne L 239 du 22 septembre 2000, p. 19 à 62) s'appliquent également à l'entraide pénale entre la Suisse et l'Allemagne (v. arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2008.98 du 18 décembre 2008, consid. 1.3).

Dans les relations d'entraide avec la République fédérale d'Allemagne, les dispositions pertinentes de l'Accord de coopération entre la Confédération

suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, pour lutter contre la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte à leurs intérêts financiers (ci-après: l'Accord anti-fraude; RS 0.351.926.81; v. également FF 2004 5807 à 5827 et 6127 ss) sont également applicables. En effet, bien que l'Accord anti-fraude ne soit pas encore en vigueur, en vertu de son art. 44 al. 3, la Suisse et l'Allemagne ont déclaré respectivement le 8 janvier 2009 et le 9 janvier 2009, que l'Accord est applicable 90 jours après la date de réception de la notification visant l'application anticipée de l'Accord avec toute autre partie ayant fait la même déclaration. Il en découle que l'Accord anti-fraude est applicable entre ces deux Etats à compter du 9 avril 2009 (Journal officiel de l'Union européenne L 46 du 17 février 2009, p. 6 et 7).

Pour le surplus, l'EIMP et son ordonnance d'exécution (OEIMP; RS 351.11) règlent les questions qui ne sont pas régies, explicitement ou implicitement, par les traités (ATF 130 II 337 consid. 1; 128 II 355 consid. 1 et la jurisprudence citée). Le droit interne s'applique en outre lorsqu'il est plus favorable à l'octroi de l'entraide que la Convention (ATF 122 II 140 consid. 2 et les arrêts cités). Le respect des droits fondamentaux demeure réservé (ATF 123 II 595 consid. 7c p. 617).

3. Le recourant s'estime directement touché par les renseignements sollicités par les autorités allemandes. Il revendique le droit de pouvoir s'exprimer sur la transmission des renseignements recueillis, avant qu'elle n'intervienne, au motif que le domaine secret de ses affaires serait touché.

3.1 La personne qui reproche à l'autorité inférieure de lui avoir refusé à tort la qualité de partie à la procédure d'entraide est légitimée à recourir (ATF 124 II 124 consid. 1b; 122 II 130 consid. 1; arrêt du Tribunal fédéral 1A.1/2009 du 20 mars 2009, consid. 2.2.1; arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2009.91-92 du 7 avril 2009, consid. 2.1 proposé à la publication).

3.2 Dans la décision entreprise, l'autorité intimée a dénié au recourant la qualité de partie à la procédure d'entraide, au motif que c'est auprès de l'AFD que l'autorité requérante a sollicité des renseignements. Dès lors que le recourant n'a pas à se soumettre à une mesure d'exécution en Suisse (visite domiciliaire, saisie de documents ou d'autres objets), l'AFD considère qu'il n'est pas personnellement et directement touché par la mesure d'entraide, au sens de l'art. 21 al. 3 EIMP.

3.2.1 Selon l'art. 80*h* let. b EIMP, la qualité pour agir contre une mesure d'entraide judiciaire est reconnue à celui qui est personnellement et directement

touché. La personne visée par la procédure pénale étrangère peut recourir aux mêmes conditions (art. 21 al. 3 EIMP). Aux termes de l'art. 9*a* let. b OEIMP, «est notamment réputé personnellement et directement touché au sens des art. 21 al. 3, et 80*h* EIMP, en cas de perquisition, le propriétaire ou le locataire». Cette disposition est à interpréter en ce sens que la personne – physique ou morale – qui doit se soumettre personnellement à une perquisition ou à un séquestre d'objets ou de valeurs a en principe la qualité pour agir, au regard de l'art. 80*h* let. b EIMP (ATF 130 II 162 consid. 1.1; arrêts du Tribunal fédéral 1C_166/2009 du 3 juillet 2009, consid. 2.3.3; 1A.206/2004 du 15 décembre 2004, consid. 1.2; 1A.164/2003 du 3 septembre 2003, consid. 4; 1A.229/2000 du 3 octobre 2000, consid. 2/a.). Il est en revanche de jurisprudence constante que la personne concernée par des documents ou objets saisis en mains d'un tiers avec lequel il est en relation contractuelle (avocat, fiduciaire, dépositaire, transporteur) n'a pas la qualité pour agir, quand bien même ces documents contiennent des informations à son sujet (ATF 130 II 162 consid. 1.1 p. 164 et la jurisprudence citée). Dans ce domaine, le critère déterminant au sens de l'art. 9*a* let. b OEIMP est celui de la maîtrise effective au moment de la perquisition ou de la saisie: seul sera légitimé à agir celui dont la possession sera directement troublée durant la mise en œuvre de la perquisition ou de la saisie, à l'exclusion de toute autre personne indirectement touchée (sur ces questions, v. arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2009.229 du 16 décembre 2009, consid. 2 proposé à la publication, et les références citées).

3.2.2 Lorsque les informations dont la remise est envisagée proviennent d'une procédure interne et sont, partant, déjà en mains de l'autorité d'exécution, il y a en principe lieu d'admettre que l'administré n'est touché que de manière indirecte, de sorte qu'il n'est pas légitimé à recourir (TPF 2007 79 consid. 1.6.3 et les références citées). Une première exception a ce principe s'impose lorsque l'autorité d'exécution envisage de transmettre des documents bancaires ou des procès-verbaux contenant des informations sur les comptes bancaires dont l'administré est titulaire, dans la mesure où leur transmission reviendrait à une transmission de documentation bancaire (art. 9*a* let. a OEIMP; ATF 124 II 180 consid. 2b; arrêt du Tribunal fédéral 1A.33/2005 du 15 mars 2005, consid. 4). Le Tribunal fédéral a envisagé une deuxième exception à cette règle, dans le cas d'un administré ayant été entendu en tant que prévenu dans le cadre distinct de la procédure pénale suisse et interrogé sur des faits en rapport étroit avec la demande d'entraide. Dans un tel cas, quand bien même les procès-verbaux d'audition de l'administré sont déjà en main de l'autorité d'exécution et n'impliquent pas, pour l'exécution de l'entraide, de mesure de contrainte, la Haute Cour fédérale a jugé que le recourant paraissait pouvoir s'opposer à

leur transmission, comme pourrait le faire l'auteur d'un témoignage dont l'autorité envisage la transmission à l'autorité requérante (question toutefois laissée ouverte dans l'arrêt du Tribunal fédéral 1A.243/2006 du 4 janvier 2007, consid. 1.2). Cette décision confirme un arrêt du 11 février 2005 par lequel le Tribunal fédéral avait reconnu au recourant la qualité pour attaquer la transmission aux autorités espagnoles de ses procès-verbaux d'interrogatoire par le Ministère public de la Confédération, dans le cadre distinct d'une procédure pénale suisse. La Haute Cour fédérale a jugé que l'intéressé s'était largement exprimé, durant les interrogatoires en question, sur sa propre situation (personnelle, familiale et professionnelle, en particulier sur ses fonctions au sein des établissements bancaires) et sur ses relations avec certains clients, notamment les opérations qu'il avait lui-même effectuées pour les personnes inculpées dans le cadre de la procédure espagnole (arrêt du Tribunal fédéral 1A.268/2004 du 11 février 2005, consid. 2.2). Dans le même arrêt, le Tribunal fédéral a par ailleurs reconnu au recourant la qualité pour agir contre la transmission d'un rapport intermédiaire de la police judiciaire fédérale mentionnant les avoirs du recourant et contenant un résumé de ses différentes déclarations (*idem*; v. aussi arrêt du Tribunal fédéral 1A.133/2000 du 24 juin 2000, consid. 1b *in fine*).

3.3 Le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. inclut pour les parties le droit de s'expliquer avant qu'une décision soit prise à leur détriment, de fournir des preuves quant aux faits de nature à influer 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; 129 II 497 consid. 2.2; 127 I 54 consid. 2b et les arrêts cités). Il s'agit là non seulement d'un corollaire du droit d'être entendu, mais aussi d'une obligation de coopérer avec l'autorité, en vue d'assurer la mise en œuvre du principe de la proportionnalité (ATF 127 II 151 consid. 4c/aa; 126 II 258 consid. 9b/aa).

Le droit de consulter le dossier est un autre aspect du droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. (ATF 126 I 7 consid. 2b et les arrêts cités). En matière d'entraide judiciaire, ce droit est mis en œuvre par l'art. 80*b* EIMP et par les art. 26 et 27 de la Loi fédérale sur la procédure administrative (PA; RS 172.021), applicables par renvoi de l'art. 12 al. 1 EIMP. Ces dispositions permettent à l'ayant droit de consulter le dossier de la procédure, à moins que certains intérêts s'y opposent (art. 80*b* al. 2 EIMP).

Aux termes de l'art. 80*b* al. 1 EIMP, «les ayants droit peuvent participer à la procédure et consulter le dossier si la sauvegarde de leurs intérêts l'exige». Le droit de consulter le dossier s'étend uniquement aux pièces décisives pour le sort de la cause, soit toutes celles que l'autorité prend en considé-

ration pour fonder sa décision; partant il lui est interdit de se référer à des pièces dont les parties n'ont eu aucune connaissance (art. 26 al. 1 let. a, b et c PA; ATF 132 II 485 consid. 3.2; 121 I 225 consid. 2a; 119 Ia 139 consid. 2d, 118 Ib 438 consid. 3; arrêt du Tribunal fédéral 1A.247/2000 du 27 novembre 2000, consid. 3a; ROBERT ZIMMERMANN, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 3e éd., Berne 2009, n° 477). Dans le domaine de l'entraide, les pièces pertinentes sont en premier lieu la demande elle-même et les 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; TPF 2008 91 consid. 3.2 et 172 consid. 2.1). L'autorité d'exécution doit également autoriser la consultation des pièces dont elle envisage la transmission à l'Etat requérant (ATF 126 II 258 consid. 9b/aa). La consultation de pièces superflues ou qui ne concernent pas le titulaire du droit peut être refusée (arrêts du Tribunal fédéral 1A.149/1999 du 9 septembre 1999, consid. 4b et 1A.40/1994 du 22 juin 1994, consid. 3b; arrêts du Tribunal pénal fédéral RR.2008.144 du 19 août 2008, consid. 3 et RR.2007.14 du 25 avril 2007, consid. 3.2; décision incidente non publiée du 26 mai 2009 en la cause RR.2009.94). 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 impartit un délai à l'ayant droit, pour qu'il fasse valoir, pièce par pièce, les arguments qui s'opposeraient selon lui à la transmission (arrêt du Tribunal fédéral 1A.150/2005 du 8 août 2005, consid. 3.1).

3.4 Il ressort de la jurisprudence citée plus haut (consid. 3.2.1 et 3.2.2) que la qualité pour recourir contre la transmission d'informations qui sont déjà en mains de l'autorité d'exécution dépend du contenu de ces informations. En l'espèce, à ce stade de la procédure, on ignore de quelle manière l'AFD va exécuter la demande d'entraide. On ignore en particulier si l'AFD a jamais eu à traiter une quelconque affaire en relation avec A. ou une personne morale à lui liée. On ignore donc si l'AFD sera en mesure de transmettre quelque information que ce soit en exécution de la demande allemande. En l'état, l'on ne saurait partant admettre, comme l'allègue le recourant, qu'il est directement touché par les renseignements sollicités par les autorités allemandes, au motif que le domaine secret de ses affaires est menacé.

La question de savoir si le recourant est partie à la procédure d'entraide dépend de la nature des informations que l'AFD envisagera, le cas échéant, de transmettre aux autorités allemandes (v. *supra* consid. 3.2.1 et 3.2.2). La conclusion de lui octroyer la qualité de partie à la procédure

d'entraide est partant prématurée. Pour le même motif, le recourant n'est pas légitimé, à ce stade de la procédure, à conclure au refus de l'entraide. La Cour ne saurait en effet traiter le fond du recours, dès lors que la qualité du recourant pour agir au fond n'est pas établie. Le recours doit par conséquent être rejeté.

4. En rapport avec la suite de la procédure, il se justifie toutefois de rendre l'AFD attentive au contenu des considérants 3.2.1 et 3.2.2 qui précèdent.

Il en découle, dans le cas d'espèce, qu'une fois que l'AFD aura déterminé de quelle manière elle entend répondre aux questions formulées par le magistrat requérant, elle devra se poser la question de savoir si les informations contenues dans sa réponse touchent le recourant de telle manière que celui-ci doit se voir reconnaître la qualité pour recourir contre la transmission envisagée, conformément aux principes jurisprudentiels cités plus haut. En cas de réponse affirmative à cette question, l'AFD ne pourra rendre une ordonnance de transmission des informations qu'après avoir aménagé une procédure respectant le droit d'être entendu des personnes légitimées, le cas échéant, à recourir contre la transmission des informations dont l'AFD envisage la remise. Ces personnes seront interpellées sur la question de savoir si elles consentent à la transmission simplifiée des informations (art. 80*c* EIMP). Le cas échéant, elles devront bénéficier de la possibilité d'exprimer de manière effective les griefs qui, selon elles, s'opposeraient à une transmission. Cette possibilité implique un accès aux pièces décisives pour le sort de la cause, avant que ne soit émise l'ordonnance de clôture (v. *supra* consid. 4.1.1).

5. Vu ce qui précède, le recours est rejeté. En tant que partie qui succombe, le recourant doit supporter les frais du présent arrêt (art. 63 al. 1 PA), lesquels sont fixés à CHF 4'000.-- (art. 3 du règlement du 11 février 2004 fixant les émoluments judiciaires perçus par le Tribunal pénal fédéral; RS 173.711.32 et art. 63 al. 5 PA), couverts par l'avance de frais déjà versée.

Par ces motifs, la IIe Cour des plaintes prononce:

1. Le recours est rejeté.

2. Un émolument de CHF 4'000.--, couvert par l'avance de frais déjà versée, est mis à la charge du recourant.

Bellinzone, le 18 mars 2010

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

La présidente: Le greffier:

Distribution

- Me Jacques Barillon, avocat
- Administration fédérale des douanes, Direction générale des douanes
- 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).