

**Bundesstrafgericht**  
**Tribunal pénal fédéral**  
**Tribunale penale federale**  
**Tribunal penal federal**



Numéro de dossier: RR.2011.37

## **Arrêt du 17 mai 2011** **Ile Cour des plaintes**

---

Composition

Les juges pénaux fédéraux Cornelia Cova, présidente, Andreas J. Keller et Jean-Luc Bacher, le greffier Philippe V. Boss

---

Parties

**La société A. SA**, représentée par Me François Canonica,

recourante

**contre**

**MINISTÈRE PUBLIC DU CANTON DE GENÈVE,**

partie adverse

---

Objet

Entraide judiciaire internationale en matière pénale à la République d'Allemagne

Remise de moyens de preuve (art. 74 EIMP)

**Faits:**

- A.** Le 7 octobre 2010, le Procureur général de Cologne (Allemagne) (ci-après: l'autorité requérante) a adressé une commission rogatoire aux autorités pénales genevoises dans le cadre d'une enquête menée au sujet de nombreuses escroqueries commises par des faussaires. Entre autres, la société A. SA aurait vendu à la société B. SA, le 3 avril 2008, le tableau probablement faux «La Horde» de l'artiste Max ERNST, pour la somme d'environ USD 4,4 mio payée sur un compte ouvert dans les livres de la banque E. à Genève (compte n° 1). Cet établissement a été repris en 2008 par la banque F. Le Procureur général de Cologne requiert que lui soient communiqués l'identité de la personne ayant ouvert ce compte, la date de cette ouverture, son ayant-droit économique et la destination du prix d'achat. Il requiert en outre que soient identifiés d'autres éventuels comptes ou coffres au nom des inculpés dont il spécifie les noms. Il a également requis l'audition de G., administrateur de la société A. SA (act. 1.2, p. 16).
- B.** Par décision du 9 novembre 2010, le Juge d'instruction du canton de Genève (ci-après: le juge d'instruction ou l'autorité d'exécution) est entré en matière sur la requête d'entraide allemande (act. 1.4) et a ordonné la saisie de la documentation bancaire du compte susmentionné (act. 1.5). La banque F. s'est exécutée en date du 19 novembre 2010 (v. dossier de l'autorité d'exécution, rubrique « Documents reçus de la banque F. »). L'ordonnance notifiée à la banque F. faisait l'objet d'une interdiction de communiquer au client sous menace des peines prévues à l'art. 292 du Code pénal (CP, RS 311), menace levée par le juge d'instruction le 22 novembre 2010. Ce dernier a alors invité les titulaires de la relation à se déterminer sur la transmission des pièces saisies dans un délai au 10 décembre 2010 (act. 1.6). Le 7 décembre 2010, le conseil de la société A. SA a obtenu une copie copiardée de la commission rogatoire allemande ainsi que d'une traduction (pp. 1-8 et 16-20), de même qu'il a pu consulté les pièces saisies (v. «Note du juge» du 7 décembre 2010 figurant dans le dossier de l'autorité d'exécution, rubrique « Demande d'entraide »). G. a été entendu le 22 décembre 2010 et a consenti à la transmission simplifiée du procès-verbal de son interrogatoire conformément à l'art. 80c de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP, RS 351.1) (act. 1.7).

C. Le 29 décembre 2010, le juge d'instruction a décidé de transmettre à l'autorité requérante les documents suivants (act. 2.1):

- *le courrier de la banque du 19 novembre 2010 en réponse à la saisie du Juge d'instruction;*
- *la copie des documents d'ouverture de compte;*
- *les relevés de comptes dans les monnaies CHF, USD, Euro et GBP du 30 avril 2008 au 31 mai 2008;*
- *les swift, avis de crédit et documents relatif au versement de USD 4'391'523.36 effectué le 11 avril 2008 par la société H. en relation au tableau La Horde de Max Ernst; le détail de l'utilisation du montant reçu est donné.*

D. Par mémoire du 4 février 2011, la société A. SA forme recours contre la décision du 29 décembre 2010 du juge d'instruction (devenu Procureur du Ministère public du canton de Genève le 1<sup>er</sup> janvier 2011, ci-après: le procureur ou l'autorité d'exécution). Elle en demande l'annulation et à ce qu'il lui soit transmis une version intégrale de la commission rogatoire allemande avant qu'une nouvelle décision de clôture ne soit rendue (act. 1). Invités à présenter des observations, le procureur et l'Office fédéral de la justice (ci-après: OFJ) ont conclu au rejet du recours (act. 8 et 9). Par courrier du 24 mars 2011, la Cour a adressé à la société A. SA les 4 premières lignes de la page 9 et les deux dernières de la page 15 de la version traduite de la commission rogatoire du 7 octobre 2010 et l'a invitée à répliquer (act. 10). La société A. SA n'y a pas donné suite.

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. L'entraide judiciaire entre la République d'Allemagne et la Confédération suisse est prioritairement régie par la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (CEEJ; RS 0.351.1) et l'Accord passé entre elles en vue de la compléter et de faciliter son application (RS 0.351.913.61). 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 sep-

tembre 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).

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 droit le plus favorable à l'entraide s'applique aussi pour ce qui concerne le rapport entre elles des normes internationales pertinentes (v. art. 48 par. 2 CAAS). L'application de la norme la plus favorable doit avoir lieu dans le respect des droits fondamentaux (ATF 135 IV 212 consid. 2.3; 123 II 595 consid. 7c).

- 1.1** En vertu de l'art. 37 al. 2 let. a de la loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération (LOAP; RS 173.71), mis en relation avec les art. 25 al. 1 et 80e al. 1 EIMP et 19 al. 2 du règlement sur l'organisation du Tribunal pénal fédéral (ROTPF; RS 173.713.161), 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** Selon l'art. 80h let. b EIMP, la qualité pour agir contre une mesure d'entraide judiciaire est reconnue à celui qui est personnellement et directement touché par la mesure d'entraide. La personne visée par la procédure pénale étrangère peut recourir aux mêmes conditions (art. 21 al. 3 EIMP). Aux termes de l'art. 9a let. a OEIMP, est notamment réputé personnellement et directement touché au sens des art. 21 al. 3 et 80h EIMP, en cas d'informations sur un compte, le titulaire du compte dont les documents font l'objet de la décision de clôture. Revêtant cette qualité, la société A. SA (ci-après: la recourante) est habilitée à recourir.
- 1.3** Le délai de recours contre une décision de clôture est de 30 jours dès la communication écrite de la décision (80k EIMP). Déposé le 4 février 2011 contre la décision notifiée le 5 janvier 2011, le recours intervient en temps utile.

Il est ainsi recevable.

2. Par un grief d'ordre formel qu'il convient d'examiner en premier lieu, la recourante se plaint de ne pas avoir eu un accès intégral à la commission rogatoire, les pages 9 à 15 de la commission rogatoire ne lui ayant pas été transmises par l'autorité d'exécution.
- 2.1 Selon le principe général de l'art. 29 al. 2 Cst., les parties ont le droit d'être entendues. Cela inclut le droit de s'expliquer, de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur la décision, d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 127 I 54 consid. 2b; 126 V 130 consid. 2). En matière d'entraide judiciaire, le droit d'être entendu est principalement mis en oeuvre par l'art. 80b EIMP. A moins que certains intérêts ne s'y opposent, notamment la protection d'intérêts privés importants (art. 80b al. 2 let. d EIMP), l'ayant droit peut consulter, notamment, 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). Le droit de consulter le dossier s'étend à toutes les pièces décisives pour l'issue de la cause; *a contrario*, la consultation des pièces non pertinentes peut être refusée (v. ATF 121 I 225 consid. 2a).
- 2.2 En l'espèce, la Cour a fourni à la recourante une version caviardée des pièces 9 et 15 de la demande d'entraide (act. 10). A leur lecture, elle est en mesure de constater que, de la 4<sup>ème</sup> ligne de la page 9 à l'antépénultième ligne de la page 15, il est exclusivement question des auditions à mener dans le cadre de l'entraide. Or aucune des auditions menées ne fait l'objet de la procédure de recours. Partant, les parties encore caviardées sont sans pertinence pour la recourante et son droit d'être entendu a été entièrement respecté. Comme l'impossibilité initiale pour la recourante de se convaincre du bien-fondé de la restriction de l'accès au dossier a pu motiver son recours, il devra en être tenu compte dans le calcul de l'émolument de justice. En définitive, le grief est rejeté.
3. Au fond, la recourante estime que la transmission des pièces saisies ne respecte pas le principe de proportionnalité.
- 3.1 Selon le principe de la proportionnalité, la question de savoir si les renseignements demandés sont nécessaires ou simplement utiles à la procédure pénale est en principe laissée à l'appréciation des autorités de poursuite de l'Etat requérant. L'Etat requis ne disposant généralement pas des moyens

qui lui permettraient de se prononcer sur l'opportunité de l'administration des preuves acquises au cours de l'instruction étrangère, il ne saurait substituer sur ce point sa propre appréciation à celle des magistrats chargés de l'instruction. La coopération ne peut dès lors être refusée que si les actes requis sont manifestement sans rapport avec l'infraction poursuivie et impropres à faire progresser l'enquête, de sorte que la demande apparaît comme le prétexte à une recherche indéterminée de moyens de preuve (ATF 122 II 367 consid. 2c; arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2009.33-36 du 25 juin 2009, consid. 3.1). Le principe de la proportionnalité interdit en outre à l'autorité suisse d'aller au-delà des requêtes qui lui sont adressées et d'accorder à l'Etat requérant plus qu'il n'a demandé. Cela n'empêche pas d'interpréter la demande selon le sens que l'on peut raisonnablement lui donner. Le cas échéant, une interprétation large est admissible s'il est établi que toutes les conditions à l'octroi de l'entraide sont remplies; ce mode de procéder permet aussi d'éviter d'éventuelles demandes complémentaires (ATF 121 II 241 consid. 3a; arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2009.286-287 du 10 février 2010, consid. 4.1). Enfin, l'entraide vise non seulement à recueillir des preuves à charge, mais également à décharge (arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2008.287 du 9 avril 2009, consid. 2.2.4 et la jurisprudence citée).

S'agissant de demandes relatives à des informations bancaires, il convient en principe de transmettre tous les documents qui peuvent faire référence au soupçon exposé dans la demande d'entraide; il doit exister un lien de connexité suffisant entre l'état de faits faisant l'objet de l'enquête pénale menée par les autorités de l'Etat requérant et les documents visés par la remise (ATF 129 II 462 consid. 5.3; arrêts du Tribunal fédéral 1A.189/2006 du 7 février 2007, consid. 3.1; 1A.72/2006 du 13 juillet 2006, consid. 3.1). Les autorités suisses sont tenues, au sens de la procédure d'entraide, d'assister les autorités étrangères dans la recherche de la vérité en exécutant toute mesure présentant un rapport suffisant avec l'enquête pénale à l'étranger. Lorsque la demande vise à éclaircir le cheminement de fonds d'origine délictueuse, il convient d'informer l'Etat requérant de toutes les transactions opérées au nom des sociétés et par le biais des comptes impliqués dans l'affaire (ATF 121 II 241 consid. 3c). L'utilité de la documentation bancaire découle du fait que l'autorité requérante peut vouloir vérifier que les agissements qu'elle connaît déjà n'ont pas été précédés ou suivis d'autres actes du même genre (v. arrêts du Tribunal fédéral 1A.259/2006 du 26 janvier 2007, consid. 2.2; 1A.75/2006 du 20 juin 2006, consid. 3.2; 1A.79/2005 du 27 avril 2005, consid. 4.2; 1A.59/2005 du 26 avril 2005, consid. 6.2).

**3.2** En l'espèce, il ressort de la commission rogatoire allemande que le Procureur de Cologne requiert, au-delà des informations liées au titulaire du compte ouvert auprès de la banque F., le traçage documentaire des montants que la recourante a perçu à la suite de la vente du tableau «La Horde» de Max ERNST. En identifiant les récipiendaires de ces sommes et en recoupant leurs noms avec ceux déjà connus de sa procédure, il espère pouvoir identifier les bénéficiaires, voire les commanditaires, du faux pictural.

**3.2.1** La recourante estime que le prix de vente n'a pas profité aux inculpés et que l'autorité d'exécution aurait dû s'en convaincre au vu des déclarations de G. du 22 décembre 2010 (mémoire de recours, act. 1, p. 8, § 2). Ce dernier a indiqué que le tableau en question était propriété de diverses personnes (les sociétés I. SA et J. SA à hauteur de 37,5 % chacune et K. pour 25 %) et que sa vente avait engendré diverses dépenses en commissions (L., à hauteur de 4%) et de transport (M., environ CHF 9'000.--) (act. 1.7, p. 2). G. a consigné l'ensemble de ces informations par écrit et les a remises au procureur (annexe à act. 1.7). Au vu de la jurisprudence citée ci-dessus (consid. 3.1), une telle argumentation à décharge est impropre à refuser l'entraide, car elle est irrecevable (arrêt du Tribunal fédéral 1A.59/2000 du 10 mars 2000, consid. 2b; arrêts du Tribunal pénal fédéral RR.2010.148 du 11 septembre 2009, consid. 2.3; RR.2010.117 du 2 septembre 2010, consid. 3). Il ne revient en effet pas au juge de l'entraide de se livrer à une appréciation des preuves récoltées et l'autorité requérante doit pouvoir apprécier librement les explications de G. au vu de son propre dossier et des pièces saisies en Suisse.

**3.2.2** S'agissant des estimations de portefeuille au 30 avril et 30 mai 2008 dont la recourante conteste la pertinence pour l'enquête allemande, il y a lieu de constater qu'elles ne sont pas visées par la décision querellée. En effet, cette dernière dresse un inventaire des pièces saisies qui n'est pas parfaitement similaire à celui du courrier de la banque F. du 19 novembre 2010 (dossier du procureur, rubrique « Documents reçus de la banque F.»). En effet, ce courrier mentionne les pièces « estimations de portefeuille au 30 avril 2008 et 31 mai 2008 », en plus de 3 autres postes de pièces (« copie des documents d'ouverture de compte », « relevés de compte dans les monnaies CHF, USD Euro et GBP et relevés de bourse pour la période du 3 avril 2008 au 31 mai 2008 », « swift et avis de crédit relatif au versement de USD 4'392'523.36 effectué le 11 avril 2008 par H. relatif au tableau «La Horde» de Max ERNST»). Si ces 3 derniers postes ont été repris tels quels dans la décision de clôture (qui cite encore parmi les pièces à transmettre ledit courrier de la banque du 19 novembre 2010), celle-ci ne mentionne en revanche pas les estimations de portefeuille au 30 avril 2008 et 31 mai

2008. Ces pièces ne font ainsi pas l'objet d'une transmission par le procureur, même si, dans ses observations, ce dernier semble indiquer que toutes les pièces saisies auprès de la banque F. doivent être transmises (act. 8). En définitive, au vu de la teneur de la décision querellée, le grief élevé à l'encontre de la transmission des estimations de portefeuilles est sans objet.

4. La recourante s'oppose enfin à la transmission en invoquant qu'elle s'estime tenue, à l'égard de sa clientèle, de garantir la confidentialité des données qui lui sont confiées.

Lors de l'exécution d'une demande d'entraide, la protection du domaine secret est réglée conformément aux dispositions sur le droit de refuser de témoigner (art. 9, 1<sup>ère</sup> phrase EIMP), soit essentiellement l'art. 321 ch. 1 du Code pénale ([CP; RS 311], applicable par renvois successifs des art. 16 de la loi fédérale sur la procédure administrative, RS 172.021, [elle-même applicable par renvoi de l'art. 12 EIMP] et 42 al. 1 let. b de la loi fédérale de procédure civile fédérale [PCF; RS 273]; Robert Zimmermann, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2009, n° 395). Cette dernière disposition vise les ecclésiastiques, les avocats, les défenseurs en justice, les notaires, les contrôleurs astreints au secret professionnel en vertu du code des obligations, les médecins, les dentistes, les pharmaciens, les sages-femmes, ainsi que leurs auxiliaires. Force est de constater in casu que la recourante n'exerce aucune de ces fonctions. L'art. 42 al. 2 PCF permet en outre au juge de dispenser le témoin de révéler d'autres secrets professionnels, ainsi qu'un secret d'affaires, lorsque, malgré les mesures de précaution de l'art. 38 PCF, l'intérêt du témoin à garder le secret l'emporte sur l'intérêt d'une partie à le révéler. En l'espèce, l'intérêt de la recourante à garantir la confidentialité des données qui lui sont confiées réside, selon cette dernière, dans « l'inévitable perte de confiance envers la galerie [qu'entraînerait] la divulgation de tels secrets » (mémoire de recours, act. 1, p. 9, § 7). S'il se conçoit que la recourante garantisse une certaine confidentialité aux affaires de ses clients, elle ne saurait leur promettre que celles-ci ne feront jamais l'objet d'une investigation judiciaire. Et, en l'occurrence, l'intérêt allégué, demeurant général et abstrait, doit céder le pas à l'obligation de renseigner l'autorité pénale (arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2009.229 du 16 décembre 2009 consid. 5). Dès lors, ce dernier grief s'avère également mal fondé.

5. En règle générale, les frais de procédure comprenant l'émolument d'arrêté, les émoluments de chancellerie et les débours sont mis à la charge de la

partie qui succombe (art. 63 al. 1 PA). Le montant de l'émolument est calculé en fonction de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties, de leur situation financière et des frais de chancellerie (art. 73 al. 2 LOAP). Succombant dans ses conclusions, la recourante supportera les frais réduits du présent arrêt (v. *supra* consid. 2.2), lesquels sont fixés à CHF 4'500.-- (art. 73 al. 2 LOAP et art. 8 al. 3 du règlement du Tribunal pénal fédéral sur les frais, émoluments, dépens, et indemnités de la procédure pénale fédérale [RFPPF; RS 173.713.162] et art. 63 al. 5 PA), couverts par l'avance de frais de CHF 5'000.-- déjà versée. Le solde par CHF 500.-- lui sera restitué par la caisse du Tribunal pénal fédéral. Il n'est pas alloué de dépens.

**Par ces motifs, la IIe Cour des plaintes prononce:**

1. Le recours est rejeté.
2. Un émolument de CHF 4'500.--, couvert par l'avance de frais de CHF 5'000.-  
- déjà versée, est mis à la charge de la recourante. La caisse du Tribunal pénal fédéral restituera à la recourante le solde par CHF 500.--.

Bellinzona, le 17 mai 2011

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

La présidente:

Le greffier:

**Distribution**

- Me François Canonica
- Ministère public 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).