



Arrêt du 18 décembre 2008
Ile Cour des plaintes

Composition

Les juges pénaux fédéraux Cornelia Cova, présidente, Giorgio Bomio et Jean-Luc Bacher, le greffier David Glassey

Parties

1. A.,

2. B.,

tous deux représentés par Me Shahram Dini, avocat,

recourants

contre

JUGE D'INSTRUCTION DU CANTON DE GENÈVE,
partie adverse

Objet

Entraide judiciaire internationale en matière pénale à la France

Remise de moyens de preuve (art. 74 EIMP)

Faits:

- A.** Le 3 août 2005, le Juge d'instruction près le Tribunal de Grande Instance de Paris a adressé une commission rogatoire aux autorités suisses, dans le cadre d'une enquête ouverte contre plusieurs personnes – notamment contre des dirigeants de la société C. – soupçonnées d'avoir commis des délits d'initiés en relation avec le titre de la société D..
- B.** A l'origine active dans la fourniture de cartes téléphoniques prépayées, la société D. a été introduite sur le Nouveau Marché de la Bourse de Paris le 29 mars 1999. Son activité s'est élargie le 7 février 2000, après la signature d'un accord avec la société E. concernant la commercialisation de packs de téléphones mobiles. Le 21 décembre 2000, la Commission des Opérations de Bourse (ci-après: COB) a ouvert une enquête sur le marché du titre de la société D., après avoir constaté d'importants achats d'actions avant le 10 février 2000, date de l'annonce de la signature du contrat entre la société E. et la société D. Les investigations de la COB ont fait apparaître que plusieurs personnes liées aux dirigeants de la société D. – notamment des membres de la famille du directeur de cette société – sont intervenues sur le titre dans les jours précédant le 10 février 2000. Les autorités françaises ont par ailleurs des raisons de croire qu'une information privilégiée a été utilisée par un groupe d'investisseurs liés à la société C. et à la banque suisse F., devenue par la suite G. La banque précitée est en effet intervenue massivement dans l'achat du titre de la société D. à partir du 7 février 2000, notamment par l'intermédiaire de la société C. Elle aurait ainsi acquis près de 40'000 titres entre le 7 et le 10 février 2000, puis réalisé un bénéfice supérieur à € 800'000.-- à l'occasion de leur revente entre le 14 et le 15 février 2000. La demande d'entraide du 3 août 2005 tendait notamment à l'identification des clients de la banque F. bénéficiaires des opérations réalisées durant cette période, plus particulièrement ceux suivis par A., gérant de la société C.
- C.** Le 1^{er} avril 2008, le Juge d'instruction du canton de Genève (ci-après: le juge d'instruction) a ordonné la transmission à l'autorité requérante (act. 1.3):
- d'un courrier du 7 août 2006 la banque G. contenant la liste des comptes bénéficiaires des actions de la société D. et des avis d'achat y relatifs;
 - de divers documents bancaires concernant le compte H.;
 - d'un procès-verbal d'audience de A. du 5 juillet 2005.

- D.** Par acte unique du 2 mai 2008, A. et B. ont formé recours contre cette décision, concluant principalement au refus de l'entraide et subsidiairement à ce que la transmission d'informations soit limitée aux documents d'ouverture du compte «H.» et aux relevés relatifs aux opérations effectuées sur le titre de la société D. entre le 7 et le 15 février 2000.
- E.** L'Office fédéral de la justice (ci-après: OFJ) conclut (act. 8):
- à l'irrecevabilité du recours de A. et B. en tant qu'il concerne la transmission du courrier de la banque G. et de la documentation bancaire relative au compte H.;
 - à l'irrecevabilité du recours de B. en tant qu'il concerne la transmission du procès-verbal du 5 juillet 2005;
 - au rejet du recours, pour le surplus.
- F.** Le juge d'instruction conclut au rejet du recours (act. 9).

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 la République française 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 la France le 21 août 1967, ainsi que par l'accord bilatéral complétant cette convention (RS 0.351.934.92; ci-après: l'accord bilatéral), conclu le 28 octobre 1996 et entré en vigueur le 1^{er} mai 2000.
- 1.3** Le 27 novembre 2008, le Conseil de l'Union européenne a décidé la mise en œuvre de la totalité des accords bilatéraux d'association de la Suisse à

l'Espace Schengen et à l'Espace Dublin à compter du 12 décembre 2008 (Journal officiel de l'Union européenne L 327 du 5 décembre 2008, p. 15 à 17). Selon la jurisprudence constante, le droit applicable à l'entraide internationale est celui en vigueur au moment de la décision. Le caractère administratif de la procédure d'entraide exclut l'application du principe de la non-rétroactivité (ATF 122 II 422 consid. 2a; 112 Ib 576 consid. 2; 109 Ib 62 consid. 2a, 157 consid. 3b; arrêt du Tribunal fédéral 1A.96/2003 du 25 juin 2003, consid. 2.2; TPF RR.2007.178 du 29 novembre 2007, consid. 4.3). Il en découle qu'en vertu des art. 2 ch. 1 et 15 ch. 1 de l'Accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse, l'Union européenne et la Communauté européenne sur l'association de la Suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis Schengen (RS 0.360.268.1; ci-après: l'Accord Schengen), en matière d'entraide, sont également applicables les art. 48 ss de la Convention d'application de l'Accord Schengen du 14 juin 1985 (ci-après: CAAS) entre les gouvernements des Etats de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes (n° CELEX 42000A0922(02); Journal officiel de l'Union européenne L 239 du 22 septembre 2000, p. 19 à 62).

- 1.4** Dans la mesure où l'entrée en vigueur des dispositions pertinentes de la CAAS ne comporte guère, en l'espèce, de changement substantiel des conditions d'octroi de l'entraide à l'Etat requérant par rapport au droit conventionnel (cf. consid. 1.2), un échange d'écriture supplémentaire afférent au droit applicable n'a pas été nécessaire.
- 1.5** 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 p. 339; 128 II 355 consid. 1 p. 357 et la jurisprudence citée). Le droit interne s'applique en outre lorsqu'il est plus favorable à l'octroi de l'extradition que la Convention (ATF 122 II 140 consid. 2 et les arrêts cités). Le respect des droits fondamentaux est réservé (ATF 123 II 595 consid. 7c p. 617).
- 1.6** Qualité pour recourir contre la transmission de documentation bancaire
 - 1.6.1** Il est de jurisprudence constante que seul le titulaire du compte a qualité pour agir, au sens de l'art. 80h let. b EIMP, mis en relation avec l'art. 9a let. a OEIMP, contre la transmission de la documentation bancaire et la saisie de comptes (ATF 130 II 162 consid.1.1). L'ayant droit économique n'est en revanche pas habilité à recourir (cf. ATF 129 II 268 consid. 2.3.3; 127 II 323

consid. 3b/cc p. 330; 125 II 65 consid. 1 et les arrêts cités; 122 II 130 consid. 2b p. 133).

Dans le cas d'espèce, aux dires des recourants, le compte «H.» a été alimenté par des fonds dévolus à A. dans la succession de feu son père. A., qui faisait l'objet d'une procédure de redressement fiscal en France, a ouvert le compte «H.» n° 1 auprès la banque G. au nom d'un tiers de confiance, à savoir B. Au vu de la jurisprudence précitée, la qualité pour recourir doit d'emblée être niée à A., qui n'est pas le titulaire du compte.

- 1.6.2** En ce qui concerne B., la question qui se pose est celle de savoir si, eu égard à la particularité de l'affaire, celui-ci, en tant que titulaire du compte n° 1, est habilité à recourir. Sans mettre en discussion le principe dont il est question aux articles 80*h* let. b EIMP et 9a let. a OEIMP, le Tribunal fédéral a néanmoins précisé que ce principe ne doit pas avoir pour conséquence que celui qui a ouvert un compte sous une fausse identité se voit reconnaître le droit de recourir contre la transmission de la documentation bancaire ou la remise des avoirs saisis. Le sens de cette jurisprudence est de parer aux situations dans lesquelles le détenteur de fonds ouvre un compte bancaire sous un faux nom afin d'en cacher la provenance délictueuse et de contourner ainsi les règles relatives à l'identification de l'ayant droit économique posées à l'art. 4 LBA (ATF 131 II 169 consid. 2.2.3; 129 II 268 consid. 2.3.3). Dans le cas d'espèce, B. s'est certes correctement identifié auprès de l'établissement bancaire lors de l'ouverture du compte litigieux. Toutefois, en agissant de la sorte, il n'oeuvrait que dans les intérêts de A. qui demeurait le réel détenteur du compte et ayant droit économique des fonds y déposés. Il est en outre à relever que les règles relatives à l'identification de l'ayant droit économique ont également été violées dans le cas d'espèce. Il ressort, en effet, du formulaire A relatif au compte «H.» (act. 13) que B. est l'ayant droit économique, alors qu'en réalité A. était lui-même le seul ayant droit économique de ce compte, et le donneur des ordres de virement (act. 1, p. 7; v. également procès-verbal d'audition de A. du 5 juillet 2005, p. 5). Dès lors que B. a fourni des informations contraires à la réalité, notamment en certifiant dans le formulaire A des faits en tous points non conformes à la réalité, il se trouve dans une situation analogue à celui qui ouvre un compte bancaire sous un faux nom. Au vu de ce qui précède, il n'y a pas lieu de lui accorder une protection juridique étendue, au sens de l'EIMP, puisqu'il a manqué aux obligations d'identification imposées par la loi en matière de blanchiment d'argent. En raison de son comportement, B. ne saurait prétendre à ce que la qualité pour recourir au sens de l'art. 9a let a OEIMP lui soit reconnue. Le recours est partant irrecevable en tant qu'il est formé par B.

1.7 Qualité pour recourir contre la transmission du procès-verbal d'audition de A. du 5 juillet 2005

1.7.1 Recours formé par A.

La qualité de personne visée par la procédure pénale étrangère au sens de l'art. 21 al. 3 EIMP ne confère pas en soi la qualité pour recourir contre une mesure d'entraide judiciaire internationale (TPF.2007.79 consid. 1.6.3 et les arrêts cités). Confrontée d'une part à la nécessité d'une protection juridique suffisante et, d'autre part, aux impératifs liés à l'exécution rapide des demandes d'entraide judiciaire, la jurisprudence considère que seul mérite la protection légale celui qui se trouve dans un rapport suffisamment étroit avec la décision attaquée (par exemple celui qui doit être soumis à un interrogatoire ou à une perquisition en vertu d'une commission rogatoire internationale), par opposition à celui qui n'est atteint que de manière indirecte ou médiate (ATF 122 II 130 consid. 2b et les références citées). C'est d'ailleurs pour les mêmes raisons que, lorsque les documents à transmettre ont été saisis en mains d'un tiers, seul ce dernier peut se prévaloir de sa qualité de détenteur pour s'opposer à la mesure de contrainte dont il a été l'objet (ATF 123 II 161 consid. 1d/bb). Le témoin a qualité pour agir, au sens de l'art. 80h let. b EIMP, dans une mesure limitée. Il peut s'opposer à la transmission des procès-verbaux de son audition uniquement dans la mesure où les renseignements communiqués le concernent personnellement ou lorsqu'il se prévaut de son droit de ne pas témoigner; il n'a pas qualité pour agir, en revanche, lorsque sa déposition porte sur des comptes bancaires dont il n'est pas juridiquement titulaire (ATF 122 II 130 consid. 2b p. 133; 121 II 459 consid. 2c p. 462).

En l'espèce, A. a été entendu le 5 juillet 2005 par le Juge d'instruction du canton de Genève, en qualité de témoin dans le cadre d'une procédure pénale suisse consécutive à une plainte de la banque G. et à deux dénonciations de la CFB et du Département fédéral des finances. Cette audition est antérieure à la demande d'entraide relative au titre de la société D., laquelle date du 3 août 2005. Or la transmission de documents obtenus – comme en l'espèce – dans le cadre d'une procédure interne et qui sont, partant, déjà en possession de l'autorité d'exécution, touche seulement de manière indirecte l'administré, lequel n'est donc pas légitimé à recourir (TPF.2007.79 consid. 1.6.3). La jurisprudence admet une exception à cette règle, s'agissant de procès-verbaux, lorsque ceux-ci contiennent des informations sur les comptes bancaires du recourant dans la mesure où leur transmission reviendrait à une transmission de documentation bancaire (idem). Tel n'est pas le cas en l'espèce, puisque le procès-verbal litigieux

ne contient aucune information sur un compte dont A. serait titulaire, et que ce dernier ne s'est pas non plus prévalu de son droit de ne pas témoigner. Le précité n'a donc pas qualité pour recourir contre la transmission du procès-verbal du 5 juillet 2005.

1.7.2 Recours formé par B.

B. prétend être habilité à recourir contre la transmission du procès-verbal d'audition de A.. Une telle faculté est reconnue au titulaire du compte uniquement si la transmission du procès-verbal équivaut matériellement à la remise de la documentation bancaire (ATF 124 II 180 consid. 2b p. 182). En l'occurrence, dans la mesure où B. n'a pas la qualité pour recourir contre la remise de la documentation bancaire relative au compte «H.» (v. supra consid. 1.3.2), il ne saurait se voir reconnaître la qualité pour recourir contre la transmission du procès-verbal litigieux. Son recours doit également être déclaré irrecevable sous cet angle.

1.8 Vu ce qui précède, les recours doivent être déclarés irrecevables.

- 2.** Les frais de procédure 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, calculé conformément à l'art. 3 du Règlement du 11 février 2004 fixant les émoluments judiciaires perçus par le Tribunal pénal fédéral (RS 173.711.32; TPF RR.2007.26 du 9 juillet 2007, consid. 9.1), est fixé en l'espèce à Fr. 6'000.--, couvert par l'avance de frais déjà versée.

Par ces motifs, la Ite Cour des plaintes prononce:

1. Le recours formé par A. est irrecevable.
2. Le recours formé par B. est irrecevable.
3. Un émolument de Fr. 6'000.--, couvert par l'avance de frais déjà versée, est mis à la charge solidaire des recourants.

Bellinzzone, le 19 décembre 2008

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

La présidente:

Le greffier:

Distribution

- Me Shahram Dini, avocat,
- 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).