

Bundesstraengericht

Tribunal p6nal f6d6ral

Tribunale penale federale

Tribunal penal federal



Num6ros de dossiers: RR.2013.280-281
Proc6dures secondaires: RP.2013.57-58

Arr6t du 20 novembre 2013 **Cour des plaintes**

Composition

Les juges p6naux f6d6raux Stephan Bl6ttler, pr6sident, Giorgio Bomio et Nathalie Zufferey Francioli, la greffiere Claude-Fabienne Husson Albertoni

Parties

A. SA,
B.,
toutes deux repr6sent6es par Me Corinne Corminboeuf Harari,
recourantes

contre

OFFICE F6D6RAL DE LA JUSTICE, Office central
USA,
partie adverse

Objet

Entraide judiciaire internationale en mati6re p6nale
aux Etats-Unis d'Am6rique

Pr6sence de fonctionnaires 6trangers (art. 12 ch. 3
let. b et c TEJUS et 26 LTEJUS); effet suspensif
(art. 19a al. 2 LTEJUS)

Vu:

- la demande d'entraide judiciaire du 6 août 2013 déposée par le Juge d'instruction près le Tribunal de première instance de Kaloum (Guinée) dans le cadre de la procédure pénale menée à l'encontre de C., D. et autres pour corruption (art. 191 à 197 du Code pénal guinéen; act. 1.15),
- la décision d'entrée en matière rendue à cet égard par le Ministère public genevois (ci-après: MP-GE), autorité d'exécution, le 23 août 2013 (procédure CP/262/2013; act. 1.19),
- la décision rendue dans ce contexte par le MP-GE le 4 octobre 2013 autorisant la participation de l'autorité requérante aux actes d'exécution (act. 1.26),
- le recours interjeté devant la Cour de céans contre cette décision le 21 octobre 2013 par A. SA et B. (RR.2013.277-278) et l'effet suspensif lui ayant été attribué à titre superprovisoire le 24 octobre 2013 (RP.2013.53-54),
- la procédure pénale nationale ouverte par le MP-GE (P/12914/2013),
- la procédure pénale contre le groupe E., F. Holdings, A. SA et leurs employés, G., H., I., J., K. et consorts conduite depuis janvier 2013 aux Etats-Unis dans le même complexe de faits que ceux investigués par la République de Guinée (ci-après: Guinée; act. 1.30),
- la demande d'entraide du 8 octobre 2013 adressée par les Etats-Unis à la Suisse et portant en particulier sur l'identification des comptes bancaires et de la documentation y relative en lien avec les précités, ainsi que l'audition de tous les individus qui seraient des directeurs, employés, mandataires consultants ou bénéficiaires du groupe E., de A. SA ou d'une quelconque société ou entité associée, et enfin, la possibilité de consulter les objets séquestrés lors des perquisitions domiciliaires effectuées au cours de l'enquête suisse sur cette affaire, y compris et sans s'y limiter, tous matériels obtenus lors de perquisitions à la demande du gouvernement de Guinée, en présence de fonctionnaires américains (act. 1.30),
- la décision d'entrée en matière et incidente du 9 octobre 2013 de l'Office central USA près l'Office fédéral de la justice (ci-après: OFJ) dont le chiffre 6 du dispositif "*Admet la présence des fonctionnaires étrangers lors de l'exécution des mesures d'entraide et notamment des auditions*" (act. 1.1),
- la remise de cette décision à B. lors de son audition par le MP-GE le 16 octobre 2013 en exécution des commissions rogatoires guinéennes et américaines (act. 1.29; act. 5),

- le recours interjeté par A. SA et B. auprès de la Cour de céans le 28 octobre 2013 concluant, après attribution préalable de l'effet suspensif, principalement, à la mise à néant de la décision incidente du 9 octobre 2013 en tant qu'elle admet la participation des fonctionnaires étrangers aux actes d'exécution, sous suite de frais et dépens (act. 1),
- l'effet suspensif octroyé à titre superprovisoire au recours le 31 octobre 2013 (act. 4),
- la réponse de l'OFJ du 7 novembre 2013 concluant notamment à ce que le recours soit déclaré irrecevable,

Et considérant:

que l'entraide judiciaire entre les Etats-Unis d'Amérique et la Confédération suisse est régie par le Traité du 25 mai 1973 sur l'entraide judiciaire en matière pénale (TEJUS; RS 0.351.933.6) et la loi fédérale du 3 octobre 1975 relative au traité conclu avec les Etats-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale (LTEJUS; RS 351.93);

que la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale du 20 mars 1981 (EIMP; RS 351.1) et son ordonnance d'exécution (OEIMP; RS 351.11) sont applicables aux questions qui ne sont pas réglées par le traité et la loi fédérale y relative (ATF 124 II 124 consid. 1a p. 126);

qu'en vertu de l'art. 17 al. 1^{bis} LTEJUS, les décisions incidentes antérieures à la décision de clôture qui sont prises sur la base de l'art. 11 LTEJUS peuvent faire l'objet d'un recours séparé au Tribunal pénal fédéral;

que par application analogique de l'art. 80e al. 2 let. b EIMP, le recours contre les décisions par lesquelles l'OFJ autorise la présence d'un représentant de l'autorité américaine – au sens de l'art. 11 al. 1 let. c *in fine* LTEJUS – est recevable uniquement si le recourant rend vraisemblable que la décision lui cause un préjudice immédiat et irréparable (voir également l'art. 19a al. 3 LTEJUS qui exige la démonstration de ce préjudice pour l'attribution de l'effet suspensif);

qu'il est admis qu'un risque de préjudice immédiat et irréparable existe, conformément à l'art. 65a al. 3 EIMP, lorsque la présence des fonctionnaires étrangers aurait pour conséquence de porter prématurément à la connaissance de l'Etat requérant des faits qui ressortissent au domaine secret (arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2007.49 du 16 avril 2007);

que ce risque peut cependant être évité par la fourniture, par l'autorité requérante, de garanties quant à la non-utilisation prématurée des informations (ATF 128 II 211 consid. 2.1; arrêt du Tribunal fédéral 1A.3/2007 du 11 janvier 2007, consid. 2.3 et 1A.217/2004 du 18 octobre 2004, consid. 2.6; ZIMMERMANN, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 3^e éd., Berne 2009, n° 409);

que selon la jurisprudence constante, l'interdiction d'utiliser les informations recueillies, de prendre des notes ou de faire des copies et d'accéder aux procès-verbaux d'audition constituent des garanties suffisantes (ATF 131 II 132 consid. 2.2; arrêt du Tribunal fédéral 1A.225/2006 du 6 mars 2007, consid. 1.5.1, publié dans Die Praxis 11/2007 n° 130; arrêt du Tribunal fédéral 1A.215/2006 du 7 novembre 2006, consid. 1.3; ég. ZIMMERMANN, ibidem);

que par ailleurs, il est de jurisprudence constante que la présence d'agents étrangers conduisant l'enquête est de nature à faciliter grandement l'exécution de la demande d'entraide, de sorte que leur participation à l'exécution de celle-ci doit être accordée largement (arrêts du Tribunal fédéral 1A.369/1996 du 28 janvier 1997, consid. 4; 1A.85/1996 du 4 juin 1996, consid. 5b);

qu'en effet, la présence d'autorités de l'Etat requérant lors de l'exécution de la demande d'entraide simplifie l'application du principe de la proportionnalité, notamment pour ce qui concerne le tri des pièces auquel l'autorité d'exécution doit procéder, au motif que, sans ce concours et compte tenu du large pouvoir d'appréciation concédé au juge du fond, l'autorité d'exécution serait souvent tentée de transmettre plus de documents que nécessaire (ATF 122 II 367 consid. 2b; ZIMMERMANN, op. cit., n° 408);

qu'en l'espèce, s'agissant des garanties requises, la décision entreprise du 9 octobre 2013 mentionne expressément que *"la participation des fonctionnaires étrangers est subordonnée à la signature de la déclaration de garanties, qui fait partie intégrante de la présente décision, par les personnes concernées, avant leur participation à l'exécution"* (act. 1.1, p. 5 ch. 7);

que, selon le texte de ces garanties, les représentants de l'autorité étrangère doivent s'engager à suivre les instructions de l'OFJ, à ne faire aucun usage, de quelque manière que ce soit, ni à titre de moyen d'investigation, ni à titre de preuve, des informations auxquelles ils auront accès en Suisse dans le cadre de l'exécution de la demande, jusqu'à ce que ces informations aient été transmises en vertu d'une décision suisse exécutoire, et que de son côté, l'OFJ doit veiller à ce que ces agents n'emportent avec eux ni notes ni copies;

que le contenu des garanties telles que requises remplissent les exigences posées par la jurisprudence (cf. arrêts du Tribunal pénal fédéral RR.2009.205-206 du 24 juin 2009, p. 3 s.; RR.2008.259-260 du 2 octobre 2008; RR.2008.106-107 du 17 juin 2008, consid. 3);

qu'en effet, même si l'interdiction de "*révéler au gouvernement guinéen [...] les informations auxquelles [l'autorité requérante] aura eu accès*" ne figure pas expressément dans la déclaration de garantie, la mention qu'elle contient – rappelée ci-dessus – et selon laquelle "*[l'autorité requérante] ne peut en faire aucun usage de quelque manière que ce soit ni à titre de moyen d'investigation, ni à titre de preuve*" démontre que la nécessité d'une telle restriction est connue de l'OFJ;

que vu les rapports de confiance et de bonne foi réciproques entre les Etats (cf. ATF 121 I 181 consid. 2c/aa; 101 Ia 405 consid. 6/bb), il n'y a pas lieu de douter que l'Etat requérant se conformera à ses engagements internationaux;

que certes, les recourantes prétendent que la demande d'entraide américaine vient en renfort de celle de la Guinée, les deux Etats étant selon elles liés par un accord informel de collaboration dans le cadre de l'enquête menée contre le groupe E. et ce hors des canaux de l'entraide judiciaire (act. 1 p. 12, 25);

qu'il est vrai que la demande d'entraide des Etats-Unis fait état d'informations obtenues des autorités guinéennes par celles américaines (act. 1.30 p. 4);

que toutefois, la même demande précise également que l'Etat requérant a eu des informations d'autres sources encore (act. 1.30 p. 4);

qu'il en ressort notamment que les Etats-Unis disposent d'éléments issus de leur propre enquête contre H. pour "*obstructing the U.S. investigation*" en lien avec la présente affaire (idem p. 5);

qu'il résulte par ailleurs de la commission rogatoire formée par la Guinée au mois d'août 2013 et produite par les recourantes (act. 1.15) que L. a accepté de coopérer avec les justices américaine et guinéenne, ce qui, à l'évidence, est susceptible d'alimenter leurs dossiers;

qu'à cet égard, les recourantes se limitent à invoquer que les règles étrangères d'entraide applicables entre les deux pays auraient "*apparemment*" été violées;

qu'elles se réfèrent en particulier à l'audition de l'un des prévenus en Guinée "*hors des canaux de l'entraide*", en présence d'agents du FBI, et à des questions qui auraient été posées par l'intermédiaire du procureur;

qu'outre le fait qu'il s'agit simplement d'allégations de la part des recourantes, celles-ci ne démontrent pas à satisfaction que le droit guinéen aurait été violé, ni du reste que le prévenu n'aurait pu se prévaloir de son droit de se taire;

que les recourantes n'établissent pas non plus que des renseignements ou informations résultant de la mise en œuvre de mesures de contrainte auraient été

transmises des Etats-Unis vers la Guinée ou vice-versa, sans respecter les garanties essentielles de procédure;

que, pour le surplus, l'on ne voit pas en vertu de quels principes les justices américaine et guinéenne ne pourraient pas coopérer entre elles;

que l'accord informel invoqué par les recourantes ainsi qu'un hypothétique transfert illégal d'informations d'un pays à l'autre ne peut dès lors être tenu pour avéré et il n'est ainsi pas à même de faire douter du respect des garanties précitées;

qu'au surplus, ainsi que le relève justement l'OFJ, la décision entreprise spécifie que l'autorité d'exécution prendra toutes les mesures qu'elle jugera nécessaires pour préserver les intérêts de sa procédure nationale ainsi que ceux de la procédure d'entraide en faveur de la République de Guinée (act. 1.1 p. 5 ch. 4);

qu'en tout état de cause, il lui sera possible d'intervenir et de rappeler la teneur de cet engagement aux représentants de l'autorité américaine lors de leur venue;

qu'enfin, les arguments des recourantes quant au bien-fondé de la procédure d'entraide avec la Guinée excèdent le cadre du présent recours lequel n'a pour objet que la décision incidente rendue en lien avec la demande d'entraide américaine;

que ceux relatifs à l'inadmissibilité de l'entraide avec les Etats-Unis ne pourront être soulevés qu'en lien avec un éventuel recours contre la décision de clôture y relative encore à venir (cf. le considérant non publié de l'arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2007.48 du 26 juin 2007, consid. 1);

qu'en conséquence, à défaut d'un dommage immédiat et irréparable, le recours doit être déclaré irrecevable;

que vu le sort de celui-ci, la demande d'effet suspensif ainsi que la demande de jonction de la présente affaire avec la cause RR.2013.277-278 relative à la présence de fonctionnaires et d'avocats dans le cadre de l'entraide avec la Guinée sont sans objet;

que l'effet suspensif à titre superprovisoire est révoqué;

qu'en tant que parties qui succombent, les recourantes doivent supporter solidairement les frais du présent arrêt (art. 63 al. 1 PA), lesquels sont fixés à CHF 5'000.-- (art. 73 al. 2 de la loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération [Loi sur l'organisation des autorités pénales, LOAP; RS 173.71] et art. 8 al. 3 du règlement du Tribunal pénal fédéral du 31 août 2010 sur les frais, émoluments, dépens et indemnités de la procédure pénale fédérale [RFPPF; RS 173.713.162]; art. 63 al. 5 PA). Le solde de l'avance de frais acquittée

se montant à CHF 1'000.-- sera restitué aux recourantes par la caisse du Tribunal pénal fédéral.

Par ces motifs, la Cour des plaintes prononce:

1. Le recours est irrecevable.
2. Les demandes de jonction des causes et d'effet suspensif sont sans objet.
3. L'effet suspensif octroyé à titre superprovisoire est révoqué.
4. Un émolument de CHF 5'000.-- est mis à la charge solidaire des recourantes. Le solde de l'avance de frais à hauteur de CHF 1'000.-- leur sera restitué par la caisse du Tribunal pénal fédéral.

Bellinzone, le 25 novembre 2013

Au nom de la Cour des plaintes
du Tribunal pénal fédéral

Le président:

La greffière:

Distribution

- Me Corinne Corminboeuf Harari, avocate
- Office fédéral de la justice, Office central USA
- Ministère public du canton de Genève

Indication des voies de recours

Aucune voie de droit ordinaire n'est ouverte contre le présent arrêt (cf. art. 93 al. 2 LTF).