

Bundesstrafgericht
Tribunal pénal fédéral
Tribunale penale federale
Tribunal penal federal



Numéro de dossier: RR.2010.291

Arrêt du 22 mars 2011

Ile Cour des plaintes

Composition

Les juges pénaux fédéraux Cornelia Cova, présidente, Giorgio Bomio et David Glassey,
le greffier Aurélien Stettler

Parties

La société A., représentée par Me Jean-Cédric Michel, avocat,

recourante

contre

MINISTÈRE PUBLIC DU CANTON DE GENÈVE,
auparavant Juge d'instruction du canton de Genève,
partie adverse

Objet

Entraide judiciaire internationale en matière pénale à la Belgique

Transmission de moyens de preuve (art. 74 EIMP)

Faits:

- A.** Le 4 janvier 2008, le Juge d'instruction près le Tribunal de première Instance de Charleroi a adressé aux autorités suisses une demande d'entraide judiciaire internationale dans le cadre d'une enquête pénale ouverte en Belgique contre inconnus, des chefs de corruption et de détournement de fonds au sens des art. 240 ss du Code pénal belge. Le magistrat requérant a complété cette demande le 12 février 2008. En résumé, la société B., dirigée par C. et D., a conclu de nombreux contrats de gestion financière avec des personnes de droit public belge. Dans ce cadre, cette société ou ses dirigeants sont soupçonnés d'avoir perçu d'importantes commissions dépourvues de fondement économique. L'autorité requérante a des raisons de croire que de tels versements ont été opérés sur un compte ouvert dans les livres de la banque E. de Genève au nom de la société A. Aux termes de la demande d'entraide, le gérant de cette société, F., serait une ancienne relation d'affaires de C. et D., avec qui il serait demeuré en relation, à tout le moins par courrier électronique. Avant de créer sa société, F. aurait par ailleurs travaillé pour la société G., également soupçonnée par l'autorité requérante d'avoir reçu des commissions en relation avec des opérations pour une personne de droit public belge, plus précisément le fonds H. L'autorité requérante a partant sollicité la transmission de la documentation bancaire des années 2003 et suivantes relative aux comptes détenus par la société A. et par son dirigeant F. auprès de la banque E., ainsi que la saisie en mains de la société A. de toute documentation relative au paiement de commissions en rapport avec des contrats impliquant des entités publiques belges.
- B.** Le 29 février 2008, le Juge d'instruction du canton de Genève (remplacé, à partir du 1^{er} janvier 2011, par le Ministère public du canton de Genève; ci-après: l'autorité d'exécution) a mené une perquisition dans les locaux de la société A., en présence de F. et de Me Jean-Cédric MICHEL. A cette occasion, l'ensemble des messages électroniques envoyés et reçus dès 2003 ont été copiés à partir de l'ordinateur de la société A. Sur les 104'402 messages ou fichiers annexes saisis, la Brigade de Criminalité Informatique de la Police judiciaire de Genève (ci-après: BCI) a par la suite identifié 7'171 éléments contenant un ou plusieurs des 22 mots-clefs fournis par le magistrat instructeur. Le 14 mars 2008, l'autorité d'exécution a imparti un délai à la société A. pour se déterminer sur une éventuelle remise en exécution simplifiée et, le cas échéant, pour exposer les raisons qui fonderaient une opposition à la transmission. Le 10 juin 2008, la société A. a établi une liste d'environ 400 e-mails dont elle s'opposait à la transmission, au motif qu'ils n'étaient pas pertinents dans le cadre de l'enquête belge. La société A. a

fourni à l'autorité d'exécution une version papier de ces documents, classés en trois catégories, soit les messages dont elle s'opposait catégoriquement à la transmission, ceux pour lesquels elle était disposée à consentir à la transmission moyennant un caviardage et ceux dont elle était disposée à consentir à la transmission, bien qu'ils ne présentaient pas, selon elle, de lien avec l'enquête belge. La société A. a proposé à l'autorité d'exécution d'organiser une séance de tri de ces messages. Au surplus, elle déclarait ne pas s'opposer à la transmission du solde des courriels sélectionnés par la BCI (act. 1.4).

- C.** Le 19 novembre 2008, l'autorité d'exécution a ordonné la transmission à l'autorité requérante de la totalité des documents sélectionnés par la BCI. La société A. a recouru contre cette ordonnance le 16 décembre 2008. Par arrêt du 17 mars 2009 (RR.2008.310), la Cour de cassation a partiellement admis le recours et renvoyé le dossier à l'autorité d'exécution afin que celle-ci rende une nouvelle décision motivée sur la question de la transmission des 400 documents environ identifiés dans l'écriture du 10 juin 2008 de la recourante.

Le 14 octobre 2010, l'autorité d'exécution a informé le conseil de la société A. qu'après avoir examiné les 6 classeurs de documents en question, des policiers belges avaient sélectionné les pièces numérotées de 12'000 à 12'821 qu'ils considéraient utiles à leur enquête; l'autorité d'exécution envisageait dès lors de transmettre ces pièces à l'autorité requérante. Un délai était imparti à la société A. pour donner son consentement à la remise simplifiée de ces documents, au sens de l'art. 80c de la Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP; RS 351.1) ou pour exposer les raisons détaillées qui fonderaient une opposition à la transmission envisagée (act. 1.5). Le 12 novembre 2010, la société A. a répondu qu'elle consentait à la remise simplifiée de 61 pièces et exposé les motifs fondant, pièce par pièce, son opposition à la remise des autres documents. Selon la société A., certaines pièces étaient couvertes par le secret professionnel de l'avocat et d'autres concernaient des clients de la société A. étrangers à l'enquête belge (act. 1.7).

- D.** Le 16 novembre 2010, l'autorité d'exécution a ordonné la remise à l'autorité requérante, sous réserve de la spécialité, des e-mails classés sous pièces n° 12'000 à 12'821 (act. 1.8). La société A. a formé recours contre cette ordonnance le 17 décembre 2010, concluant principalement à son annulation et subsidiairement au renvoi de la cause à l'autorité d'exécution pour tri et

nouvelle décision motivée (act. 1). Le 23 décembre 2010, l'autorité d'exécution a fourni son dossier et produit des observations, au terme desquelles elle concluait au rejet du recours (act. 7). Le 26 janvier 2011, l'Office fédéral de la justice, Unité entraide judiciaire, a renoncé à se prononcer sur les griefs de la recourante relatifs au tri et à la proportionnalité (act. 11). La recourante a spontanément répliqué le 8 février 2011 (act. 16). L'autorité d'exécution a dupliqué le 11 février 2011 (act. 19).

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. 37 al. 2 let. a de la Loi fédérale du 19 mars 2010 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 du 30 août 2010 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.
- 1.1 L'entraide judiciaire entre la Suisse et la Belgique est prioritairement régie par la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (CEEJ; RS 0.351.1), entrée en vigueur pour la Suisse le 20 mars 1967 et pour l'Etat requérant le 11 novembre 1975, et par le Deuxième Protocole additionnel du 8 novembre 2001 à la CEEJ, entré en vigueur pour la Suisse le 1^{er} février 2005 et pour l'Etat requérant le 1^{er} juillet 2009.

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 la Belgique (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 ar-

rêts 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). Le respect des droits fondamentaux demeure réservé (ATF 135 IV 212 consid. 2.3).

- 1.2** La qualité pour agir contre une mesure d'entraide judiciaire est reconnue à celui qui est touché personnellement et directement et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (art. 80h let. b EIMP). En sa qualité de propriétaire ou de locataire des locaux ayant fait l'objet de la perquisition, la société recourante a la qualité pour recourir contre l'ordonnance querellée au sens des art. 80h EIMP et 9a let. b OEIMP.

- 2.** La recourante se plaint notamment de ce que l'autorité d'exécution aurait failli à son obligation de motiver l'ordonnance querellée.
 - 2.1** Il découle du droit d'être entendu, garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., l'obligation pour l'autorité d'indiquer dans son prononcé les motifs qui la conduisent à sa décision (arrêt du Tribunal fédéral 1A.95/2002 du 16 juillet 2002, consid. 3.1; cf. pour la jurisprudence relative à l'art. 4 aCst., ATF 123 I 31 consid. 2c). Cette garantie tend à donner à la personne touchée les moyens d'apprécier la portée du prononcé et de le contester efficacement, s'il y a lieu, devant une instance supérieure (arrêt du Tribunal fédéral 1A.58/2006 du 12 avril 2006, consid. 2.2). L'objet et la précision des indications à fournir dépendent de la nature de l'affaire et des circonstances particulières du cas; néanmoins, en règle générale, il suffit que l'autorité mentionne au moins brièvement les motifs qui l'ont guidée, sans qu'elle soit tenue de discuter de manière détaillée tous les arguments soulevés par les parties (ATF 112 la 107 consid. 2b; voir aussi ATF 126 I 97 consid. 2b; 125 II 369 consid. 2c; 124 II 146 consid. 2a). L'autorité n'est pas davantage astreinte à statuer séparément sur chacune des conclusions qui lui sont présentées (arrêt du Tribunal fédéral 1A.95/2002 du 16 juillet 2002, consid. 3.1). Elle peut se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige; il suffit que le justiciable puisse apprécier correctement la portée de la décision et l'attaquer à bon escient (ATF 126 I 15 consid. 2a/aa; 125 II 369 consid. 2c; 124 II 146 consid. 2a et les arrêts cités).

 - 2.2** Par arrêt du 17 mars 2009 (v. *supra* Faits, let. C), la Cour de céans avait jugé que la motivation fournie par l'autorité d'exécution à l'appui de sa décision du 19 novembre 2008 portant sur la transmission de quelque 400 e-mails était insuffisante (arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2008.310 consid. 4.3). La Cour avait ainsi renvoyé le dossier à l'autorité d'exécution, afin que

celle-ci rende une nouvelle décision motivée sur la transmission des e-mails litigieux (même arrêt, consid. 4.4). La Cour précisait que, si elle entendait ordonner la transmission de tout ou partie de ces documents, «l'autorité d'exécution devra déterminer dans chaque cas si un document concerné se rapporte au paiement de commissions en rapport avec des contrats impliquant des entités publiques belges, ou est susceptible de faire progresser l'enquête belge d'une quelconque manière» (*idem*). Or, force est de constater qu'au moment de rendre l'ordonnance querellée, l'autorité d'exécution n'a nullement tenu compte des considérants de l'arrêt du 17 mars 2009.

- 2.2.1** En premier lieu, la décision querellée ne comporte aucune motivation sous l'angle du respect du principe de la proportionnalité. L'autorité d'exécution n'allègue pas qu'un seul des documents litigieux se rapporterait au paiement de commissions en rapport avec des contrats impliquant des entités publiques belges, ni n'explique en quoi l'un ou l'autre de ces documents serait susceptible de faire progresser l'enquête belge. La Cour – au même titre que la recourante, destinataire de la décision querellée – n'est ainsi pas en mesure de comprendre par quel raisonnement l'autorité d'exécution est parvenue à la conclusion que les pièces visées par l'ordonnance querellée ne seraient «pas manifestement impropres à faire progresser l'enquête étrangère» (act. 1.8, p. 3, ch. II, 8^{ème} §).

Certes, aux termes d'une note au dossier de l'autorité d'exécution, le 29 septembre 2010, deux policiers belges représentants de l'autorité requérante ont examiné les 6 classeurs contenant les e-mails litigieux. A l'issue de cet examen, il ont considéré que les pièces numérotées «12'000 et ss» étaient «nécessaires à leur enquête» (note de l'autorité d'exécution du 29.09.2010, dossier fourni par l'autorité d'exécution, rubrique «clôture», pièce non numérotée).

Cela étant, l'autorité d'exécution omet que l'appui, au sens de l'art. 65a EIMP, du magistrat chargé de la poursuite dans l'Etat requérant, ne vise pas à dispenser l'autorité d'exécution de motiver une décision de clôture ultérieure, mais représente au contraire une aide pour procéder au tri – notamment sous l'angle du respect du principe de la proportionnalité – et, par voie de conséquence, à la motivation d'une décision de clôture ultérieure, compte tenu de la connaissance du dossier des fonctionnaires étrangers.

En l'espèce, l'assistance de l'autorité requérante lors du tri des pièces aurait dû aider à déterminer si certains documents se rapportent au paiement de commissions en rapport avec des contrats impliquant des entités publi-

ques belges, font état de relations entre F., C. et D., ou sont susceptibles de faire progresser l'enquête belge d'une quelconque manière. Or, à défaut de la moindre mention sur le sens du tri opéré avec l'aide des policiers belges lors de la séance du le 29 septembre 2010, que ce soit dans le procès-verbal y relatif, dans la décision querellée ou encore dans la réplique de l'autorité d'exécution, ce tri n'aide en rien à vérifier si l'entraide querellée, accordée sur la base de la demande d'entraide du 4 janvier 2008 (v. supra Faits, let. A) – et non, comme mentionné tant dans l'ordonnance querellée que dans les observations de l'autorité d'exécution, sur une ou deux demandes complémentaires du 20 avril 2009 (v. act. 1.8, 7 et 15) –, respecte le principe de la proportionnalité.

- 2.2.2** En second lieu, il n'est pas admissible que l'autorité d'exécution s'abstienne d'examiner l'argument de la recourante selon lequel certains des documents litigieux ne pourraient être remis à l'Etat requérant, au motif qu'ils seraient couverts par le secret professionnel de l'avocat. Il en va de même de l'argument selon lequel certaines pièces seraient dépourvues de toute utilité, même potentielle, pour l'enquête belge, en tant qu'elles concerneraient des clients de la recourante en tous points étrangers à l'enquête belge. Ces questions sont en effet décisives pour l'issue du litige.
- 2.3** Ainsi, le grief tiré du défaut de motivation de l'ordonnance querellée doit être admis. La gravité de la violation du droit d'être entendu commise par l'autorité d'exécution – absence de motivation sous l'angle du principe de la proportionnalité, absence d'examen des arguments de la recourante relatifs à des questions décisives pour le sort de la cause – est telle qu'elle ne saurait être réparée par la juridiction de recours.
- 3.** Le 12 novembre 2010, la recourante a donné son consentement à la transmission simplifiée, au sens de l'art. 80c EIMP, de certaines des pièces visées dans l'ordonnance querellée (act. 1.7, p. 3, ch. 6). Un tel consentement est irrévocable (art. 80c al. 1 EIMP). Lorsque l'ayant droit (ou les ayants droit; art. 80c al. 2 EIMP) et l'autorité d'exécution s'entendent sur la remise de documents, d'objets ou de valeurs, il est nécessaire que l'autorité d'exécution constate formellement la clôture anticipée de la procédure d'entraide. Cette clôture n'a pas à être motivée, mais elle doit mentionner l'accord des ayants droit, soit des parties à la procédure (Message du Conseil fédéral du 29 mars 1995 concernant la révision de l'EIMP in FF 1995 III 29). Lorsque le consentement à la remise ne concerne qu'une partie des documents requis, la procédure ordinaire se poursuit pour le surplus (art. 80c al. 3 EIMP). En l'espèce, les raisons pour lesquelles l'autorité d'exécution n'a pas suivi cette procédure, s'agissant des pièces énumérées

au chiffre 6 des observations de la recourante du 12 novembre 2010, échappent à la Cour. Quoi qu'il en soit, l'ordonnance querellée doit être annulée, pour les motifs exposés plus haut, et le dossier renvoyé à l'autorité d'exécution. Celle-ci examinera les suites qu'elle entend donner à la demande d'entraide belge du 4 janvier 2008. Elle tiendra compte en tous les cas des considérants du présent arrêt et de ceux de l'arrêt RR.2008.310 du 17 mars 2009. Le cas échéant, lorsqu'elle estimera avoir complètement achevé l'exécution, elle restituera le solde des documents litigieux à la recourante.

Vu ce qui précède, la demande de la recourante tendant à la restitution des documents litigieux par l'autorité d'exécution (act. 1, p. 6, ch. 17) doit être rejetée.

4.

4.1 En règle générale, les frais de procédure comprenant l'émolument d'arrêt, les émoluments de chancellerie et les débours sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 de la Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative [PA; RS 172.021], applicable par renvoi de l'art. 39 al. 2 let. b LOAP). Aucun frais de procédure n'est mis à la charge des autorités inférieures, ni des autorités fédérales recourantes et déboutées; si l'autorité recourante qui succombe n'est pas une autorité fédérale, les frais de procédure sont mis à sa charge dans la mesure où le litige porte sur des intérêts pécuniaires de collectivités ou d'établissements autonomes (art. 63 al. 2 PA). Des frais de procédure ne peuvent être mis à la charge de la partie qui a gain de cause que si elle les a occasionnés en violant des règles de procédure (art. 63 al. 3 PA).

4.2 En application de ces principes, le présent arrêt doit être rendu sans frais. La caisse du Tribunal pénal fédéral restituera à la recourante l'avance de frais versée par CHF 5'000.--.

5.

5.1 L'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (art. 64 al. 1 PA). Le dispositif indique le montant des dépens alloués qui, lorsqu'ils ne peuvent pas être mis à la charge de la partie adverse déboutée, sont supportés par la collectivité ou par l'établissement autonome au nom de qui l'autorité inférieure a statué (art. 64 al. 2 PA).

5.2 En l'espèce, le conseil de la recourante n'a pas produit de liste des opérations effectuées. Le mémoire de recours comporte 12 pages, y compris la page de garde. La recourante a produit 12 pièces utiles à la cause, totalisant une cinquantaine de pages, accompagnées d'un bordereau. Elle a également spontanément répliqué, sans toutefois que cette démarche n'apporte quelque élément utile au sort de la cause. Vu le sort du recours et l'ampleur et la difficulté relatives de la cause, et dans les limites admises par le 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), l'indemnité est fixée à CHF 3'000.-- (TVA comprise), à la charge de la partie adverse.

Par ces motifs, la Ite Cour des plaintes prononce:

1. Le recours est partiellement admis, en ce sens que l'ordonnance querellée est annulée et le dossier renvoyé à l'autorité d'exécution pour nouvel examen. Cette dernière examinera les suites qu'elle entend donner à la demande d'entraide belge du 4 janvier 2008. Elle tiendra compte en tous les cas des considérants du présent arrêt et de ceux de l'arrêt RR.2008.310 du 17 mars 2009.
2. La demande de la recourante tendant à la restitution des documents visés par l'ordonnance querellée est rejetée.
3. Le présent arrêt est rendu sans frais.
4. Une indemnité de CHF 3'000.-- (TVA comprise) est allouée à la recourante, à la charge de la partie adverse.

Bellinzone, le 23 mars 2011

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

La présidente:

Le greffier:

Distribution

- Me Jean-Cédric Michel, avocat
- 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).