

Bundesstrafgericht

Tribunal pénal fédéral

Tribunale penale federale

Tribunal penal federal



Numéro de dossier: RR.2008.283-284

Arrêt du 24 mars 2009 Ile Cour des plaintes

Composition

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

Parties

1. A.,

2. B.,

tous deux représentés par Me Yvona Griesser, avocate,

recourants

contre

JUGE D'INSTRUCTION DU CANTON DE GENÈVE,
partie adverse

Objet

Entraide judiciaire internationale en matière pénale à l'Italie

Saisie conservatoire (art. 33a OEIMP) et remise en vue de confiscation (art. 74a EIMP)

Faits:

- A.** Les 16 août et 20 décembre 2000, le Procureur près le Tribunal de Rome a adressé aux autorités suisses des commissions rogatoires internationales dans le cadre d'une enquête portant sur un trafic illicite de biens culturels propriétés de l'Etat italien. L'autorité requérante sollicitait notamment la saisie de biens archéologiques en possession de A. et de B. Ladite saisie a été exécutée par les autorités du canton de Zurich le 6 mars 2001, sur requête du Juge d'instruction du canton de Genève (ci-après: le juge d'instruction). La saisie a été levée le 19 décembre 2007 par le juge d'instruction, en raison de l'absence de réaction des autorités italiennes.
- B.** Par commission rogatoire du 1^{er} avril 2008, le Procureur près le Tribunal de Rome a demandé aux autorités suisses de surseoir à la restitution des biens archéologiques saisis auprès de A. et de B. et, dans l'hypothèse où ces biens auraient déjà été rendus, de les saisir à nouveau et de les remettre à l'Etat italien en exécution d'une décision de confiscation rendue le 27 mars 2008 par le «giudice per le indagini preliminari» près le «Tribunale ordinario di Roma» (act. 1.2).
- C.** Le 30 juin 2008, le Juge d'instruction a ordonné à nouveau la saisie pénale conservatoire de divers objets archéologiques auprès de A. et de B., ainsi que la remise de ces objets aux autorités italiennes. L'ordonnance du 30 juin 2008 a été notifiée à A. et B. à l'occasion d'une perquisition menée le 9 octobre 2008 par la «Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich» dans les locaux à disposition des précités.
- D.** A. et B. recourent contre l'ordonnance du 30 juin 2008 par acte unique du 7 novembre 2008. Ils concluent principalement à la levée de la saisie ainsi qu'au refus de l'entraide et, subsidiairement, au refus de la transmission des objets saisis à l'autorité requérante. Le Juge d'instruction conclut au rejet du recours. L'Office fédéral de la justice (ci-après: OFJ) conclut à l'admission du recours, en tant qu'il demande l'annulation de la remise des objets saisis à l'Italie, et à son rejet pour le surplus.

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 Confédération suisse et la République italienne est régie par la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (CEEJ; 0.351.1), entrée en vigueur le 20 mars 1967 pour la Suisse et le 12 juin 1962 pour l'Italie, ainsi que par l'Accord complémentaire à cette convention, entré en vigueur le 1^{er} juin 2003 (RS 0.351.945.41; ci-après: l'Accord bilatéral).

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 ne requiert pas 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 à l'Italie, sont également pertinents 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. 2.1), 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 demeure réservé (ATF 123 II 595 consid. 7c p. 617).
- 1.6** En leur qualité de propriétaires ou de locataires des locaux ayant fait l'objet de la perquisition, les recourants ont la qualité pour recourir contre l'ordonnance querellée au sens des art. 80h EIMP et 9a let. b OEIMP. Adressé dans les trente jours à compter de celui de la notification de la décision attaquée, le recours est recevable en la forme (art. 80k EIMP).
- 1.7** Le présent arrêt est rédigé en français, langue de la décision attaquée (art. 33a al. 2 PA, applicable par renvoi de l'art. 30 let. b LTPF).
- 2.** Dans un premier grief, les recourants reprochent au juge d'instruction d'avoir ordonné, dans la même décision, la saisie et la transmissions à l'Etat requérant des objets litigieux. Selon eux, cette manière de procéder les aurait empêchés de s'exprimer avant que ne soit rendue la décision de clôture, en violation de leur droit d'être entendus.
- 2.1** Le droit de consulter le dossier est un aspect du droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. (ATF 126 I 7 consid. 2b p. 10, et les arrêts cités). Dans le domaine de l'entraide, il est notamment mis en oeuvre par l'art. 80b EIMP. Ce droit s'étend à toutes les pièces décisives pour le sort de la cause (ATF 121 I 225 consid. 2a p. 227). Dans le cas de l'entraide, il s'agit en premier lieu de la demande elle-même et des 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). Le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. inclut également, pour les parties, le droit de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à leur détriment, de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer 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 p. 88/89; 129 II 497 consid. 2.2 p. 504/505; 127 I

54 consid. 2b p. 56, et les arrêts cités). Après avoir saisi les documents qu'elle juge utiles pour l'exécution de la demande, l'autorité d'exécution trie les pièces susceptibles d'être remises, en vue du prononcé de la décision de clôture de la procédure. Avant de statuer à ce sujet, elle doit impartir un délai au détenteur, pour qu'il fasse valoir, pièce par pièce, les arguments qui s'opposeraient selon lui à la transmission. Il est interdit de remettre la documentation en vrac, sans avoir procédé à un examen de sa pertinence dans le cadre de la procédure étrangère (ATF 130 II 14).

- 2.2** En l'espèce, l'autorité d'exécution a, par un acte unique, admis l'entraide, ordonné la saisie pénale conservatoire auprès des recourants de l'ensemble des objets archéologiques mentionnés dans la demande d'entraide italienne et ordonné la remise de ces objets aux autorités italiennes. Cette manière de faire prête le flanc à la critique, en ce sens que, comme le relève l'OFJ, elle a privé les recourants de la faculté de se déterminer sur la demande d'entraide du 1^{er} avril 2008 et d'exercer leur droit d'être entendus conformément à la jurisprudence citée plus haut (supra consid. 2.1). Pour respecter le droit d'être entendus des recourants, l'autorité d'exécution aurait donc dû leur donner accès à la demande d'entraide du 1^{er} avril 2008 et l'occasion de se déterminer à ce sujet entre l'exécution de la saisie conservatoire et le prononcé de la remise des objets litigieux à l'autorité requérante.
- 2.3** Il ne demeure pas moins que, même si une violation du droit d'être entendu est commise par l'autorité d'exécution, la procédure de recours devant la I^{le} Cour des plaintes en permet la réparation (art. 49 PA, applicable par renvoi de l'art. 30 let. b LTPF; TPF RR.2008.94 du 13 octobre 2008, consid. 4.2; arrêt du Tribunal fédéral 1A.228/2006 du 11 décembre 2006, consid. 3.3; ROBERT ZIMMERMANN, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 2^e éd., Berne 2004, n° 273-1, p. 320 et les arrêts cités). Bien que «l'effet guérisseur» de la procédure de recours fasse l'objet des critiques d'une partie de la doctrine (PATRICK SUTTER in CHRISTOPH AUER/MARKUS MÜLLER/BENJAMIN SCHINDLER [Hrsg.], *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Zurich/St Gall 2008, N. 20 ad art. 29; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5^e éd., Zurich/St Gall 2006, p. 366, n. 1711), la Cour de céans ne voit pas de raison de s'écarter de la jurisprudence précitée. Cela se justifierait d'autant moins dans le domaine de l'entraide judiciaire internationale, gouverné par le principe de la célérité (art. 17a EIMP; TPF RR.2008.182-184 du 5 décembre 2008, consid. 2.3). En l'espèce, il n'est pas contesté que les recourants ont pu s'exprimer en pleine connaissance de cause devant l'autorité de recours, laquelle dispose d'un libre pouvoir

d'examen, de sorte que la violation du droit d'être entendu commise par l'autorité d'exécution peut être réparée dans le cadre de la procédure de recours dont connaît la Cour de céans. Il sera toutefois tenu compte, lors du calcul de l'émolument judiciaire, du fait que le grief tiré de la violation du droit d'être entendu n'était pas infondé (v. infra consid. 16).

- 3.** Les recourants se plaignent également d'une motivation insuffisante de la décision du 30 juin 2008, en tant qu'elle ne précise pas si A. et B. interviennent à titre d'inculpés ou de tiers dans la procédure pénale menée en Italie.
- 3.1** Il découle du droit d'être entendu, garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., aussi 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 p. 34). 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 p. 109; voir aussi ATF 126 I 97 consid. 2b p. 102; 125 II 369 consid. 2c p. 372; 124 II 146 consid. 2a p. 149); 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; 124 v 180 consid. 1a et les arrêts cités). En tant que parties à la procédure de recours, les recourants sont habilités à soulever ce grief (art. 80*i* let. a EIMP).
- 3.2** S'agissant de la position des recourants dans l'enquête pénale italienne, l'ordonnance querellée expose ce qui suit: «Il suffit à l'autorité suisse de se référer au jugement italien du 27 mars 2008 ainsi qu'à la requête audit Tribunal de Monsieur le Procureur du 13 février 2008 pour inférer de l'origine délictueuse des objets, indépendamment du rôle de A. et B., pour en conclure que la confiscation prononcée ne saurait être contraire aux princi-

pes de droit suisse et empêcher la confiscation; compte tenu notamment des pièces recueillies et des déclarations de A. et B., on ne saurait retenir leur bonne foi». Le juge d'instruction a donc laissé ouverte la question du statut des recourants dans la procédure italienne, dès lors qu'il a admis que leur bonne foi au sens de l'art. 74a al. 4 let. c EIMP n'était de toute façon pas établie. Il s'est toutefois abstenu d'exposer en quoi les recourants n'étaient pas parvenus à rendre vraisemblable qu'ils avaient acquis de bonne foi en Suisse des droits sur les objets litigieux, ce qui constitue une violation du devoir de motivation au sens de la jurisprudence citée plus haut (consid. 3.1).

3.3 Le Tribunal fédéral admet toutefois la guérison de l'absence de motivation devant l'autorité supérieure lorsque l'autorité intimée justifie sa décision et l'explique dans le mémoire réponse, dès lors que le recourant a eu la possibilité de présenter un mémoire complémentaire pour prendre position sur les motifs contenus dans la réponse des autorités intimées et qu'il n'en résulte aucun préjudice pour le recourant (ATF 125 I 209 consid. 9a p. 219 et les arrêts cités; PIERRE MOOR, Droit administratif, vol. II, Berne 2002, p. 304 et les arrêts cités; BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 268). En l'espèce, le juge d'instruction a exposé dans sa réponse du 21 novembre 2008 que les recourants étaient inculpés dans le cadre de la procédure pénale italienne (act. 7, p. 7). Il a également précisé que les recourants n'avaient pu fournir aucune pièce relative à l'acquisition des objets litigieux, de sorte que l'hypothèse d'une acquisition de bonne foi au sens de l'art. 74a al. 4 let. c EIMP n'était en tout état de cause pas réalisée en l'espèce (act. 7, p. 7). Le défaut de motivation a donc été corrigé par l'autorité intimée, au sens de la jurisprudence précitée. Le fait que la réponse du 21 novembre 2008 ait été communiquée aux recourants pour information, sans que ceux-ci aient été formellement invités à répliquer, ne modifie en rien cette appréciation. En effet, si le droit de procédure applicable ne prévoit en principe qu'un seul échange d'écritures (cf. art. 57 al. 1 PA, applicable par renvoi de l'art. 30 let. b LTPF), l'autorité peut se limiter dans un premier temps à communiquer la prise de position à titre d'information, sans avis formel de la possibilité de répliquer; la partie est ainsi mise en situation de faire ou non usage de cette possibilité; si elle s'en abstient, elle est censée y avoir renoncé (ATF 132 I 42 consid. 3.3.3 p. 46/47 et la jurisprudence citée; arrêt du Tribunal fédéral 1P.423/2006 du 1er novembre 2006, consid. 2.1). En application de cette jurisprudence, le Tribunal fédéral a précisé que, si la partie à laquelle la prise de position a été communiquée pour information juge nécessaire de répliquer, elle doit demander à le faire, respectivement le faire, sans délai (ATF 132 I 42 consid. 3.3.4 p. 47 et les arrêts cités). En l'espèce, il appartenait aux recourants, qui ont été mis en

situation de le faire, de demander à répliquer, respectivement de répliquer, sans délai. Ils s'en sont toutefois abstenus, de sorte qu'ils sont censés y avoir renoncé et ne sauraient donc se plaindre d'une violation de leur droit d'être entendus.

4. Toujours en lien avec le silence de la décision querellée s'agissant de leur position dans la procédure pénale italienne, les recourants exposent que, lors de la perquisition du 9 octobre 2008, ils auraient renseigné la police sur le lieu de stockage de certains des objets litigieux parce qu'ils croyaient faussement occuper la position de tiers dans la procédure italienne. Sans faire valoir de conclusion particulière sur ce point, les recourants se bornent à alléguer qu'en qualité d'inculpés dans la procédure italienne, rien ne les obligeait à renseigner les autorités de la sorte. En l'occurrence, les recourants ne sauraient de bonne foi prétendre qu'ils ignoraient leur statut dans la procédure pénale italienne, dès lors qu'il était déjà précisé en détail, dans les commissions rogatoires des 16 août et 20 décembre 2000, auxquelles ils ont eu accès, que l'enquête italienne était dirigée notamment contre C., D., A. et d'autres personnes à identifier, accusées d'avoir formé une association criminelle ayant pour but le recel et l'exportation de pièces archéologiques italiennes provenant de vols ou de fouilles illicites. Ladite demande d'entraide mentionnait expressément que le Ministère Public de la République près le Tribunal de Rome procédait notamment contre A. pour infraction aux art. 416 (association de malfaiteurs), 110, 648, 61 ch. 7 (recel), 81, 87, 124 (omission de déclarer des découvertes archéologiques) 483, 65, 66 et 123 (exportation clandestine) du Code pénal italien, de sorte que le grief des recourants tombe manifestement à faux.

5. Sur le fond, les recourants font, en premier lieu, valoir que l'état de faits présenté par le Procureur italien ne permettrait pas d'examiner la réalisation de la condition de la double incrimination.

- 5.1 Aux termes des art. 28 EIMP et 14 CEEJ, la demande d'entraide doit notamment indiquer son objet et son but (ch. 1 let. b), ainsi que l'inculpation et un exposé sommaire des faits (ch. 2). Ces indications doivent permettre à l'autorité requise de s'assurer que l'acte pour lequel l'entraide est demandée est punissable selon le droit des parties requérante et requise (art. 5 ch. 1 let. a CEEJ), qu'il ne constitue pas un délit politique ou fiscal (art. 2 al. 1 let. a CEEJ), et que le principe de la proportionnalité est respecté (ATF 118 Ib 111 consid. 4b et les arrêts cités). L'autorité suisse saisie d'une requête d'entraide en matière pénale n'a pas à se prononcer sur la réalité des

faits évoqués dans la demande; elle ne peut que déterminer si, tels qu'ils sont présentés, ils constituent une infraction. Cette autorité ne peut s'écarter des faits décrits par l'Etat requérant qu'en cas d'erreurs, lacunes ou contradictions évidentes et immédiatement établies (ATF 126 II 495 consid. 5e/aa p. 501; 118 Ib 111 consid. 5b p. 121/122).

- 5.1.2** La CEEJ ne fait pas dépendre expressément l'octroi de l'entraide du respect de la condition de la double incrimination. L'art. 5 par. 1 let. a de la Convention laisse néanmoins aux Etats la faculté de formuler une réserve à ce propos, pour exiger que l'exécution de commissions rogatoires aux fins de perquisition ou de saisie d'objets soit soumise à cette condition. La Suisse a utilisé cette possibilité en émettant une réserve dans ce sens. En l'espèce, l'octroi de l'entraide est donc soumis au respect de la condition de la double incrimination, dès lors que la commission rogatoire italienne sollicite la saisie et la remise d'objets en vue de confiscation.
- 5.1.3** La remise d'objets en vue de confiscation constitue une mesure de contrainte au sens de l'art. 63 al. 2 let. d EIMP, qui ne peut être ordonnée, selon l'art. 64 al. 1 EIMP, que si l'état de fait exposé dans la demande correspond aux éléments objectifs d'une infraction réprimée par le droit suisse. L'examen de la punissabilité selon le droit suisse comprend, par analogie avec l'art. 35 al. 2 EIMP applicable en matière d'extradition, les éléments constitutifs objectifs de l'infraction, à l'exclusion des conditions particulières du droit suisse en matière de culpabilité et de répression (ATF 124 II 184 consid. 4b p. 186/188; 122 II 422 consid. 2a p. 424; 118 Ib 448 consid. 3a p. 451; 117 Ib 64 consid. 5c p. 90; 116 Ib 89 consid. 3c/bb p. 94/95; 112 Ib 576 consid. 11 b/bb p. 594/595). Il n'est ainsi pas nécessaire que les faits incriminés revêtent, dans les deux législations concernées, la même qualification juridique, qu'ils soient soumis aux mêmes conditions de punissabilité ou passibles de peines équivalentes; il suffit qu'ils soient réprimés dans les deux Etats comme des délits donnant lieu ordinairement à la coopération internationale (ATF 124 II 184 consid. 4b/cc p. 188; 117 Ib 337 consid. 4a p. 342; 112 Ib 225 consid. 3c p. 230 et les arrêts cités), étant précisé qu'en matière de «petite entraide» – contrairement à l'extradition – la réalisation des éléments constitutifs d'une seule infraction permet l'octroi de l'entraide (ATF 110 Ib 173 consid. 5b p. 181/182; 107 Ib 268 consid. 3c; arrêt du Tribunal fédéral 1C_138/2007 du 17 juillet 2007, consid. 2.3.2).
- 5.2** Contrairement à l'avis des recourants, la demande d'entraide du 27 mai 2005 et ses compléments satisfont aux exigences des art. 14 ch. 1 CEEJ et 28 al. 2 EIMP. L'autorité requérante expose en effet que la commission rogatoire du 1er avril 2008 s'inscrit dans le cadre d'une enquête menée en Italie contre A. et B. Aux termes de la demande d'entraide, l'enquête ita-

lienne aurait apporté la preuve que les recourants ont contribué à recycler à grande échelle de biens culturels qu'ils savaient volés, au nombre desquels les quelques 500 pièces archéologiques litigieuses provenant de fouilles illicites en Italie. L'autorité requérante précise que les infractions de recel, d'omission de dénoncer des biens culturels et d'exportation illicite sont prescrites à l'encontre des recourants, mais que la confiscation des biens litigieux doit être ordonnée, dès lors que l'origine délictueuse de ces biens a été établie et que les recourants ne possèdent aucune pièce susceptible de légitimer leur possession des objets en question.

5.2.1 Dans un arrêt non publié du 26 janvier 1999 (1A.123/1998), le Tribunal fédéral a accordé l'entraide à l'Italie en autorisant la transmission de la documentation bancaire relative à un compte suisse soupçonné d'avoir recueilli le prix de vente d'une coupe en or du IV^e siècle avant Jésus-Christ ayant été excavée illicitement en Italie, puis vendue à un collectionneur américain. Dans cette affaire, la Haute Cour fédérale a retenu que selon l'art. 724 al. 1 aCC, les antiquités qui n'appartiennent à personne et qui offrent un intérêt scientifique considérable – comme les objets culturels recherchés par les autorités italiennes en l'espèce – deviennent la propriété du canton sur le territoire duquel elles ont été trouvées. Par identité de raisonnement, les faits décrits dans la requête italienne, s'ils s'étaient produits en Suisse, auraient ainsi réalisé les éléments objectifs de l'art. 137 CP qui réprime l'appropriation d'une chose mobilière appartenant à autrui dans le but de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime (cf. GIORGIO BOMIO, Le rôle de l'entraide pénale internationale dans le domaine des biens culturels, in *Etudes en droit de l'art*, vol. 17, Zurich 2006, p. 104).

5.2.2 S'agissant plus particulièrement du comportement imputé aux recourants, selon les autorités italiennes, il consisterait en l'acquisition de biens culturels volés faisant partie de l'une des catégories prévues à l'art. 1 de la Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites de biens culturels (RS 0.444.1), conclue à Paris le 14 novembre 1970, entrée en vigueur pour l'Italie le 2 janvier 1979 et pour la Suisse le 3 janvier 2004. Les agissements reprochés aux recourants remplissent donc les conditions objectives de l'art. 24 al. 1 let. a de la loi fédérale du 20 juin 2003 sur le transfert international des biens culturels (LTBC; RS 444.1), disposition qui incrimine le comportement de celui qui importe, vend, distribue, procure, acquiert ou exporte un bien culturel volé ou dont le propriétaire s'est trouvé dessaisi sans sa volonté.

Au vu de ce qui précède, l'état de fait présenté dans la demande d'entraide suffit à retenir que la condition de la double punissabilité est réalisée dans le cas d'espèce.

6. Les recourants reprochent au Procureur général de Zurich d'avoir mené la perquisition du 9 octobre 2008 en exécution d'une décision d'entrée en matière et d'une décision incidente inexistantes (act. 1, p. 15). L'argument, qui relève d'une mauvaise foi crasse, n'a pas à être étudié, dès lors que les recourants admettent dans le même acte de recours, à juste titre, que l'ordonnance querellée constitue à la fois une décision d'entrée en matière, de saisie et de transmission d'objets (act. 1, p. 8; v. aussi supra consid. 2).

7. De l'avis des recourants, le Juge d'instruction du canton de Genève n'était pas territorialement compétent pour exécuter la demande d'entraide, étant donné que les objets à saisir se trouvaient dans le canton de Genève.

- 7.1 Lorsque l'exécution de la demande d'entraide nécessite des investigations dans plusieurs cantons, l'art. 79a let. a EIMP donne la faculté à l'OFJ de charger une seule autorité cantonale de l'exécution. Les art. 352 à 355 aCP (actuellement les art. 356 à 359 CP) concernant l'entraide intercantonale s'appliquent alors par analogie (art. 79 al. 1 EIMP), de même que les règles pertinentes du Concordat du 5 novembre 1992 sur l'entraide judiciaire et la coopération intercantonale en matière pénale (ci-après: le Concordat), entré en vigueur pour le canton de Genève le 2 novembre 1993 (RS/GE E 4 25) et pour le canton de Zurich le 1^{er} janvier 1995 (RS/ZH 325). Le Tribunal fédéral a en effet jugé que les art. 352 ss aCP ne représentaient que des règles minimales (ATF 122 I 85 consid. 3b/cc p. 89) et que rien n'empêchait les cantons d'y déroger par voie concordataire et de permettre aux autorités judiciaires d'un canton d'ordonner et d'effectuer des actes de procédure directement dans un autre canton, au sens de l'art. 3 ch. 1 du Concordat, en appliquant leur propre droit de procédure, conformément à l'art. 4 du Concordat (ATF 124 II 120 consid. 4b; v. aussi ROBERT ZIMMERMANN, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 2^e éd., Berne 2004, n° 171; Commentaire romand, n° 1 ss ad art. 79 EIMP). Comme la Haute Cour fédérale a déjà eu l'occasion de le préciser, la priorité accordée aux règles concordataires plus favorables que le droit fédéral à l'entraide internationale constitue le pendant du principe qui veut que, dans le domaine de l'entraide internationale, c'est – sous réserve de la protection des droits fondamentaux – la règle la plus favorable à l'entraide qui prime, règle pouvant être soit internationale, soit, pour ce qui est des règles internes d'un

Etat fédéral comme la Suisse, fédérale ou intercantonale (ATF 124 II 120 consid. 4e).

- 7.2** En l'espèce, l'OFJ a désigné le 13 septembre 2000 le canton de Genève en qualité de canton directeur, en application de l'art. 79a EIMP (act. 14). Cette désignation ne prête guère le flanc à la critique, dès lors que les demandes formées par les autorités italiennes dans le cadre de l'enquête dirigée contre l'association de malfaiteurs à laquelle étaient présumés appartenir les recourants nécessitaient des investigations dans plusieurs cantons, notamment Genève, Bâle et Zurich. Etant rappelé que le Concordat consacre une brèche dans le principe de la territorialité (ATF 124 II 120 consid. 4d; 122 I 85 consid. 3b/cc), le juge d'instruction genevois, contrairement à ce que soutiennent les recourants, était donc fondé à ordonner une mesure de saisie directement dans le canton de Zurich, que le Procureur zurichois était tenu d'exécuter.
- 8.** Selon les recourants, même si les objets litigieux provenaient d'une infraction pénale, celle-ci serait prescrite selon le droit suisse. Les recourants se prévalent de l'art. 5 al. 1 let. c EIMP, à teneur duquel la demande est irrecevable si son exécution implique des mesures de contrainte et que la prescription absolue empêche, en droit suisse, d'ouvrir une action pénale ou d'exécuter une sanction. Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, la question de la prescription n'a toutefois pas à être examinée lorsque la demande d'entraide émane, comme en l'espèce, d'un Etat partie à la CEEJ (ATF 118 Ib 266 consid. 4b/bb p. 268; 117 Ib 53 consid. 2). Contrairement à la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 (art. 10), la CEEJ, qui prévaut sur l'art. 5 al. 1 let. c EIMP (v. supra consid. 1.5), ne contient en effet pas de dispositions qui excluent l'entraide lorsque l'action pénale est prescrite. Selon la Haute Cour fédérale, il s'agit d'un silence qualifié et non d'une lacune à combler par voie d'interprétation (ATF 117 Ib 53 consid. 2; ROBERT ZIMMERMANN, op. cit., n° 435). Le grief est dès lors rejeté.
- 9.** Les recourants font également valoir le fait que la demande italienne serait de nature purement civile et non pénale. Ce grief tombe d'emblée à faux, au vu de ce qui a été dit plus haut dans le cadre de l'examen du principe de la double incrimination dans le cas d'espèce (v. consid. 5).

- 10.** Les recourants qualifient d'illicite l'entrée en matière au sujet de la demande d'entraide, au motif que celle-ci serait basée sur une décision qui ne serait pas entrée en force. Dans ses observations du 12 décembre 2008, l'OFJ relève également qu'à la lecture de la demande d'entraide du 1^{er} avril 2008 et de ses annexes, il ne ressort pas que le jugement de confiscation du 27 mars 2008 soit définitif et exécutoire. L'Office en conclut que, sans informations supplémentaires de la part des autorités italiennes sur ce point, la remise des objets archéologiques litigieux à l'Etat requérant ne semble pas être possible.
- 10.1** La CEEJ ne régit pas la remise d'objets représentant le produit d'une infraction (ATF 123 II 134 consid. 5a). Cette matière fait en revanche l'objet de l'art. VIII de l'Accord bilatéral. A teneur de cette disposition, les biens provenant d'une infraction ainsi que le produit de leur aliénation sont susceptibles d'être saisis selon le droit de l'Etat requis et peuvent être remis à l'Etat requérant, notamment en vue de leur restitution au lésé ou de leur confiscation (ch. 1). En droit interne, l'art. 74a EIMP dispose que les objets ou valeurs saisis à titre conservatoire sont remis à l'autorité étrangère compétente sur demande de sa part en vue de confiscation ou de restitution à l'ayant droit (al. 1). Selon l'alinéa 2 de cette disposition, les objets ou valeurs comprennent les instruments ayant servi à commettre l'infraction (let. a), le produit ou le résultat de l'infraction, la valeur de remplacement et l'avantage illicite (let. b), les dons ou autres avantages ayant servi (ou qui devaient servir) à décider ou à récompenser l'auteur de l'infraction, ainsi que la valeur de remplacement (let. c). La remise peut intervenir à tous les stades de la procédure étrangère, en règle générale sur décision définitive et exécutoire de l'Etat requérant (art. 74a al. 3 EIMP). L'expression «en règle générale» a été employée par le législateur afin de permettre une procédure rapide et peu formaliste dans les cas où une restitution s'impose à l'évidence, par exemple lorsqu'il n'existe aucun doute sur l'identification des valeurs ou objets saisis, et sur la provenance illicite de ces valeurs ou objets (ATF 123 II 595 consid. 4f, 268 consid. 4a, 134 consid. 5c; ROBERT ZIMMERMANN, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 2^e éd., Berne 2004, p. 200). Sans être tenue à restitution, l'autorité requise dispose d'un large pouvoir d'appréciation afin de décider, sur la base d'une appréciation consciencieuse de l'ensemble des circonstances, si et à quelles conditions la remise peut avoir lieu (ATF 123 II 268 consid. 4a, 123 II 134 consid. 7a; 115 Ib 517 consid. 7h p. 540). Elle peut exiger de l'autorité requérante des renseignements complémentaires, ou lui fixer un délai pour l'ouverture d'une procédure formelle de confiscation (ATF 115 Ib 517 consid. 8c p. 546).

- 10.2** En l'espèce, l'ordonnance querellée est muette sur la question de savoir si le jugement de confiscation italien du 27 mars 2008 est entré en force. Dans sa réponse du 21 novembre 2008, le juge d'instruction précise cependant que la demande italienne est basée sur un jugement de confiscation définitif et exécutoire. Il ressort du dossier de l'autorité d'exécution que le juge d'instruction a, en date du 25 juin 2008, interpellé l'autorité requérante afin que celle-ci lui fasse parvenir une attestation officielle certifiant que le jugement de confiscation italien du 27 mars 2008 était définitif et exécutoire (dossier du juge d'instruction, classeur n° 5, p. 581). Le Procureur de la République près le Tribunal ordinaire de Rome a donné suite à cette requête le 3 juillet 2008 en produisant une attestation du Juge près le Tribunal de Rome du 2 juillet 2008 et en certifiant que le jugement de confiscation du 27 mars 2008 était définitif (dossier du juge d'instruction, classeur n° 5, p. 619 sv). Certes, le fait que l'ordonnance querellée soit muette sur ce point constitue une violation de l'obligation faite aux autorités de motiver leurs décisions. Ce défaut a toutefois pu être corrigé devant la Cour de cassation, dès lors que les recourants et l'OFJ se sont vu notifier la réponse du 21 novembre 2008 et qu'ils ont également eu la possibilité de consulter le dossier au siège du Tribunal pénal fédéral. (v. supra consid. 3.3). Dans la mesure où les recourants, respectivement l'OFJ, n'ont pas réagi suite à cette notification, s'abstenant d'exposer quelque motif susceptible de remettre en cause la véracité de l'attestation d'entrée en force fournie par l'autorité requérante, le grief selon lequel le jugement de confiscation du 27 mars 2008 ne serait pas en force doit être écarté.
- 11.** Les recourants reprochent au juge d'instruction d'avoir ordonné la saisie des biens litigieux, alors que le jugement italien du 27 mars 2008 n'en ordonne pas de saisie, mais uniquement la confiscation et la remise. Ils perdent de vue que, par la commission rogatoire du 1^{er} avril 2008 à laquelle était annexé le jugement de confiscation du 27 mars 2008, l'autorité requérante a expressément requis la saisie des biens litigieux (v. supra let. D). Eût-elle omis de le faire et sollicité uniquement la restitution des biens, l'autorité d'exécution n'en aurait pas moins dû saisir les biens visés, tant il est évident que la saisie est une mesure préalable nécessaire à l'exécution d'une demande de remise. Une demande d'entraide doit en effet être interprétée selon le sens que l'on peut raisonnablement lui donner, le cas échéant de manière large, afin d'éviter qu'une demande complémentaire soit nécessaire (ATF 121 II 241 consid. 3a).

- 12.** De l'avis des recourants, un descriptif complet du parcours de chacun des objets à restituer serait nécessaire pour établir un lien avec une infraction. A défaut de ces informations, les autorités suisses ne pourraient donner suite à la demande d'entraide.

12.2

12.2.1 La demande du 1^{er} avril 2008 est fondée sur une décision de confiscation rendue à l'encontre des recourants, le 27 mars 2008, par le «giudice per le indagini preliminari» près le «Tribunale ordinario di Roma». Il ressort de ce jugement que des centaines de répertoires archéologiques ainsi qu'une documentation photographique volumineuse, en possession de C., on été saisis suite à une perquisition menée le 13 septembre 1995 par les autorités suisses au port franc de Genève. L'enquête italienne consécutive à cette découverte visait notamment à retrouver les biens culturels volés de provenance italienne, en suivant la piste des commerçants, transporteurs et restaurateurs tenant lieu d'intermédiaires à C. à travers le monde entier, notamment en France, en Grande-Bretagne, aux Etats-Unis, au Japon et en Suisse, grâce aux répertoires photographiques saisis, où figurent des polaroids des objets et fragments tirés sur les lieux des fouilles clandestines. L'autorité requérante précise que le *modus operandi* en cause, destiné à éviter la diffusion du matériel en dehors d'un cercle restreint de personnes qui se connaissent – notamment en évitant que des tiers n'interviennent lors du développement de photographies – et propre aux «pilleurs de tombes» («tombaroli»), n'est pas suivi lorsque les fouilles sont effectuées dans un but scientifique. Le Juge romain relève par ailleurs que les chantiers de fouilles archéologiques menées par des scientifiques présentent des caractéristiques toutes autres que celles des chantiers figurant sur les polaroids saisis.

12.2.2 C'est dans ce cadre que s'inscrit la procédure italienne contre A. et son fils B. Interrogé le 7 mars 2001 par les autorités suisses en exécution d'une demande d'entraide italienne, B. a nié toute relation d'affaire avec C., ainsi que le fait que les objets archéologiques trouvés en sa possession puis séquestrés proviendraient de fouilles illicites effectuées en Italie. B. n'a pas été en mesure d'expliquer la présence dans les locaux perquisitionnés d'un sac de sport portant l'inscription «Mondragonese Calcio» maculé de terre, de billets portant l'annotation «E.» et «vaso attico Castelvetro E.» dans deux caisses contenant des objets archéologiques de provenance suspecte, ou encore de pièces emballées dans des pages de journaux italiens. Il a par ailleurs refusé de répondre aux questions relatives à la provenance des objets suspects. Réentendu le 9 octobre 2001, B. a affirmé avoir acquis les objets séquestrés 15 ou 20 ans plus tôt, précisant qu'il ne possé-

dait aucun justificatif d'achat ou certificat d'origine y relatif. A. a quant à lui admis avoir conçu le soupçon que certains des biens proviennent de fouilles illicites. C. a été condamné par la justice italienne, le 14 décembre 2004, à une peine privative de liberté de 10 ans, notamment du chef de participation à une association de malfaiteurs au sens de l'art. 416 du Code pénal italien.

12.2.3 L'enquête a permis d'établir que les objets excavés illicitement en Italie étaient transférés en Suisse, puis attribués fictivement en propriété à diverses sociétés intermédiaires, dans de nombreux pays étrangers, avant la remise à l'acheteur final, ce en vue d'entraver leur traçabilité, de créer l'apparence d'une provenance légitime et de fixer artificiellement un prix à ces biens sur le marché de l'art. Les objets issus des fouilles illicites étaient ainsi immédiatement transférés dans des ports francs suisses afin que A. et B. éliminent toute trace indiquant une récente excavation.

12.2.4 Outre cette activité de «restauration», A. a admis, à l'occasion de son audition par les autorités suisses en octobre 2001, avoir joué le rôle de prête-nom dans l'achat et la vente de biens archéologiques commercialisés par l'organisation de C. et D. Ce fait est corroboré par trois témoignages, dont celui de D. lui-même, ainsi que par divers documents saisis en cours d'enquête dont il ressort que A. et B. ont agi à plusieurs reprises en qualité d'intermédiaires pour la société F. de C. et pour la société G. de D.. L'enquête italienne a permis de démontrer que A. est un proche de D., connu pour être l'auteur de la vente au Metropolitan Museum of Art de New York d'un vase attique signé Eufronio, objet d'importance économique et culturelle majeure provenant de l'une des principales nécropoles de Cerveteri (Italie). Cette vente a fait l'objet d'une vaste polémique dans les milieux scientifiques, relayée par la presse internationale, ainsi que d'un procès en Italie, à l'occasion duquel est apparu le nom de C., trafiquant italien étroitement lié à D. et à A., ainsi qu'à des «pilleurs de tombes» notoires opérant principalement dans la région de Cerveteri. Il est ainsi apparu que D. avait acheté le vase à C., après que celui-ci lui en ait présenté un polaroïd, puis transféré l'objet pour restauration à A., au domicile duquel le directeur de l'époque du Metropolitan Museum vit le vase pour la première fois. L'objet en question a récemment été restitué à l'Italie. L'existence de relations d'affaires étroites entre C., D., A. et B. ressort d'emblée du fait que les deux premiers ont été trouvés en possession de répertoires contenant des polaroïds pris dans le laboratoire des deuxièmes. Le juge romain énumère en outre de très nombreux cas dans lesquels l'enquête a permis de démontrer que A. et B. étaient intervenus en qualité d'intermédiaires dans la vente par C. et D. d'objets archéologiques de provenance illicite, généra-

lement à d'importants musées archéologiques. Dans certains cas, les objets en question ont d'ores et déjà été restitués à l'Italie.

12.2.5 S'agissant plus précisément des objets saisis auprès des recourants, le juge romain a relevé que les experts nommés par la justice italienne avaient estimé que la quasi-totalité de ces biens provenaient de fouilles illícites effectuées en Italie. Le magistrat italien se réfère à une expertise effectuée le 9 octobre 2001 (dossier du juge d'instruction, classeur n° 4, p. 422 ss) sur les 561 pièces saisies à l'époque en possession de B. (337 pièces) et de A. (224 pièces).

Les experts H. et I. ont en premier lieu identifié 35 objets dont la provenance italienne ne pouvait être établie avec certitude (expertise, p. 54 sv.). Il ont ensuite été en mesure de certifier que certains des objets saisis en possession des recourants figuraient dans les répertoires saisis auprès de C. et D. (expertise, p. 79 ss). Les experts ont également pu attester que tous les objets saisis après de A. et B. étaient authentiques et présentaient un intérêt archéologique notable (expertise, p. 82).

L'examen de ces objets a permis aux experts de certifier qu'ils provenaient de fouilles récentes, notamment au vu de traces fraîches et du fait qu'ils n'avaient pas été soumis aux opérations usuelles de nettoyage, de reconstitution et de restauration avant leur mise sur le marché de l'art (expertise, p. 82 sv). Les experts ont également relevé que si les objets de bronze trouvés dans le laboratoire, en état de fragments couverts d'incrustations terreuses et présentant de fortes traces de corrosion, avaient effectivement été stockés à cet endroit depuis 15 ans – conformément aux déclarations de B. (voir supra consid. 12.2.2) –, il n'en resterait plus que poussière, faute d'intervention pour enrayer la corrosion du métal.

De l'avis des experts, le fait qu'une partie des objets soient stockés sous forme de fragments constitue un signe clair que ces objets proviennent de fouilles clandestines. Il en va de même de la présence sur certains objets de traces d'excavation laissées par des instruments de métal. Aux termes de l'expertise, en présence de telles traces et compte tenu de leur expérience en la matière, A. et B. ne pouvaient ignorer la provenance illicite des objets. Certains des objets saisis étaient restaurés ou en cours de restauration. Les techniques de restauration consistaient à supprimer les espaces vides et les fissures pour conférer aux objets un aspect superflu de complétude, de manière à en augmenter la valeur commerciale, alors que la restauration scientifique vise au contraire à préserver la physionomie dans laquelle l'objet a été trouvé. Selon les experts, des objets archéologiques is-

sus de fouilles licites présentent des traces de restauration, conduites dans un but scientifique, qui sont différentes de celles constatées sur les objets saisis (expertise, p. 83). L'origine illicite de ces objets ressort également du fait qu'en dépit de leur intérêt scientifique de premier ordre, ces objets n'apparaissent dans aucun des nombreux ouvrages recensant, de manière exhaustive, ce type d'objets, malgré de longues et méticuleuses recherches dans les collections privées et sur le marché de l'art dans le monde entier (expertise, p. 83). Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, les experts ont conclu que les objets séquestrés auprès de A. et B. provenaient de fouilles illicites (expertise, p. 84).

12.2.6 Le «giudice per le indagini preliminari» près le «Tribunale ordinario di Roma» s'est rallié, sur ce point, aux conclusions des experts, considérant qu'il ne subsistait aucun doute sur le fait que A. et B. savaient que les objets provenaient de fouilles illicites et avaient fait l'objet d'une exportation illégale. Il précisait que chaque acquisition ou découverte licite d'objet archéologique présentant une certaine importance faisait systématiquement l'objet de publications mentionnant les études comparatives idoines, accessible aux professionnels de la branche grâce à la globalisation de l'information; en l'occurrence, l'absence de telles publications relatives aux objets litigieux fut l'un des éléments qui, parmi de nombreux autres, aurait dû fixer A. et B. sur la provenance illicite de ces biens. Il a enfin rappelé que l'origine illicite des biens culturels saisis était contestée par A. et B., notamment par le biais d'une lettre adressée au juge d'instruction le 27 mai 2004 (soit près de trois ans après le prononcé du séquestre), mais que les recourants n'ont jamais été en mesure de produire quelque document que ce soit relatif à l'exportation et à l'acquisition de ces objets, malgré l'annonce qui en avait été faite dans la lettre du 27 mai 2004 (Jugement de confiscation du «Tribunale ordinario di Roma» du 27 mars 2008, p. 13).

Le juge italien a toutefois constaté que les infractions de recel, d'omission de dénonciation de biens culturels et d'exportation illicites reprochées aux recourants étaient prescrites. Il a par conséquent prononcé le classement («archiviazione») de la procédure ouverte à raison de ces infractions, tout en ordonnant la confiscation des biens saisis provenant, selon l'expertise du 9 octobre 2001, de fouilles illicites réalisées en Italie et qui sont donc propriété de l'Etat italien. Aux termes des considérants du jugement du 27 mars 2008, la confiscation est en effet obligatoire même en cas de prescription de l'infraction ou de décès de l'auteur.

12.2.7 En exécution du «decreto di archiviazione» du 27 mars 2008, le Procureur près le Tribunal de Rome a demandé le 1^{er} avril 2008 aux autorités suisses

la restitution des biens archéologiques saisis auprès de A. et de B. provenant, selon l'expertise du 9 octobre 2001, de fouilles illicites réalisées en Italie. En annexe à la commission rogatoire étaient fournis le jugement de confiscation et la liste, établie par les experts, sur laquelle l'autorité requérante avait biffé les objets dont les experts n'avaient pas pu déterminer avec certitude la provenance italienne (dossier du juge d'instruction, classeur n° 4, p. 507 ss). Le 25 juin 2008, le juge d'instruction a demandé à l'autorité requérante de lui faire parvenir un dossier photographique couleur afin de lui permettre d'identifier les objets visés par la décision de confiscation du 27 mars 2008 (dossier du juge d'instruction, classeur n° 5, p. 583). L'autorité requérante a fourni le document demandé le 3 juillet 2008.

- 12.3** Les recourants ne mettent pas en doute que les objets dont l'ordonnance querellée ordonne la transmission à l'Etat requérant correspondent bien à ceux qui font l'objet de la décision de confiscation italienne du 27 mars 2008. Ils se bornent à contester que ces objets proviennent de fouilles illégales. Ce faisant, ils avancent de l'argumentation à décharge qui est irrecevable dans le cadre de la procédure d'entraide (ATF 132 II 81 consid. 2.1 p. 85 et les arrêts cités).

Au surplus, les recourants ne sauraient se prévaloir de l'art. 74a al. 4 let. c EIMP, dont l'application peut être envisagée dès lors qu'il est plus favorable à l'entraide que l'art. VIII ch. 2 de l'accord bilatéral. Aux termes de cette disposition, les objets saisis à titre conservatoire dont l'autorité étrangère demande la remise en vue de confiscation peuvent être retenus en Suisse si une personne étrangère à l'infraction et dont les prétentions ne sont pas garanties par l'Etat requérant rend vraisemblable qu'elle a acquis de bonne foi, en Suisse, des droits sur ces objets ou valeurs, ou si, résidant habituellement en Suisse, elle rend vraisemblable qu'elle a acquis de bonne foi des droits sur eux à l'étranger. En l'espèce, au vu des faits retenus dans le jugement de confiscation du 27 mars 2008, dont il a été fait état plus haut (consid. 12.2), les recourants ne sauraient être qualifiés de «personnes étrangères à l'infraction» au sens de l'art. 74a al. 4 let. c EIMP, ce qui exclut en l'occurrence l'application de cette disposition.

- 13.** Les recourants affirment que la décision de confiscation du 27 mars 2008 ne leur aurait jamais été notifiée. Ils n'auraient en outre jamais été invités par le juge italien à prendre position dans le cadre de la procédure de confiscation. Selon eux, ces défauts devraient entraîner le refus de l'entraide. Selon l'OFJ, il ne ressortirait pas, *prima facie*, de la demande d'entraide et de ses annexes que les recourants eussent pu participer à la

procédure de confiscation en Italie, de sorte que la production d'informations supplémentaires sur le déroulement de la procédure italienne serait nécessaire.

13.1 Les recourants ont été informés de l'existence de la procédure pénale italienne à tout le moins à compter du 6 mars 2001, date de la saisie ordonnée par le Procureur général de Zurich de plus de 500 objets archéologiques en leur possession (v. supra let. A). A compter de cette date, ils avaient accès au dossier de la procédure d'entraide, en particulier aux commissions rogatoires des 16 août et 20 décembre 2000 dont il ressortait que l'enquête italienne était notamment dirigée à leur encontre (v. supra consid. 4). Il ressort également du dossier que les recourants ont été entendus par les autorités italiennes par voie de commissions rogatoires adressées à la Suisse, notamment dans le courant de l'année 2001 (v. supra consid. 12.2.2 et 12.2.6). A dater de 2001, ils étaient donc en mesure d'intervenir auprès des autorités italiennes d'instruction pour solliciter, par exemple, l'accès au dossier ou l'administration de moyens de preuve. Il est du reste établi que les recourants ont fait usage de cette faculté, puisqu'ils déposent en annexe à leur recours copie d'une lettre du 29 avril 2002 adressée par A. au «giudice per le indagini preliminari» près le Tribunal de Rome, par lequel le premier déclare faire élection de domicile auprès d'une étude d'avocat à Rome (act. 1.9). S'agissant de la décision de confiscation du 27 mars 2008, les recourants en ont eu connaissance à tout le moins en date de la perquisition menée le 9 octobre 2008 par le Procureur général de Zurich dans des locaux à leur disposition. Une notification antérieure à la mise en œuvre de cette mesure aurait engendré le risque que les objets visés ne soient soustraits à l'emprise de la justice, étant rappelé que la saisie avait été levée le 19 décembre 2007 (v. supra let. C). La Cour Suprême de Cassation pénale italienne a d'ailleurs eu récemment l'occasion de juger que les décisions devant bénéficier – comme la décision de confiscation rendue dans le cas d'espèce le 27 mars 2008 – d'un «effet de surprise» («a sorpresa») ne pouvaient être prises au terme de la procédure contradictoire de l'art. 666 du Code italien de procédure pénale (arrêt n° 29566 du 11 juillet 2008). Or, outre le défaut de notification de la décision querellée, les recourants ne prétendent pas que l'accès au dossier leur eût été refusé en Italie ou que leurs offres de preuve eussent été indûment ignorées en Italie. Le juge de la confiscation relève d'ailleurs qu'il a attendu en vain que les recourants produisent les offres de preuve qu'ils s'étaient réservées (v. supra consid. 12.2.6). Il n'apparaît donc pas, à première vue, que le droit d'être entendu des recourants ait été violé dans le cadre de la procédure de confiscation.

13.2 Les recourants ne prétendent du reste pas avoir entrepris la décision de confiscation du 27 mars 2008 devant les autorités italiennes compétentes, sitôt qu'ils en ont eu connaissance, de sorte que celle-ci est entrée en force, selon les informations fournies par l'Etat requérant (v. supra consid. 10.2). Les griefs dirigés contre de prétendues violations du droit d'être entendu qui auraient été commises par le juge italien de la confiscation relèvent de la compétence des autorités de recours italiennes, et non des autorités chargées de l'exécution de l'entraide pour l'Etat requis. S'agissant des Etats liés par l'art. 6 par. 1 CEDH et soumis au contrôle subsidiaire des organes de Strasbourg, il faut présumer que les recourants bénéficient, dans l'Etat requérant, d'une protection adéquate de leurs droits procéduraux. L'art. 667 ch. 4 du Code italien de procédure pénale prévoit d'ailleurs que les décisions du Juge de l'exécution peuvent être attaquées dans les 15 jours suivant leur notification ou leur communication. Vu que les recourants ont renoncé à utiliser les voies de droit à leur disposition en Italie, la Cour de céans ne saurait substituer son appréciation quant au respect des droits procéduraux des recourants par le juge italien de la confiscation à celle des juridictions italiennes qui auraient été compétentes pour connaître d'un recours au fond.

14. Par ces motifs, le recours doit être rejeté.

15. Se fondant sur l'art. 6 par. 1 CEDH, les recourants demandent expressément de pouvoir bénéficier d'une procédure publique et orale, en cas de rejet de leur recours.

La décision par laquelle l'autorité de l'Etat requis exécute une demande d'entraide ne statue pas sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale, ni sur une contestation portant sur des droits et obligations à caractère civil. En tant qu'elle concerne exclusivement l'exécution par l'Etat des obligations assumées dans le cadre d'accords internationaux, elle n'entre par conséquent pas dans le champ d'application de l'art. 6 CEDH (Décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 1^{er} décembre 1986 dans la cause A. c/ Suisse [JAAC 51.73]). Il en découle que la personne visée en Suisse par une mesure restrictive à ses droits, ordonnée pour les besoins de la coopération internationale, ne peut en principe se prévaloir des garanties procédurales de l'art. 6 CEDH devant les autorités fédérales et cantonales d'exécution et de recours (arrêt du Tribunal fédéral 1A.215/1998 du 7 décembre 1998, consid. 2a; ROBERT ZIMMERMANN, op. cit., n° 103, p. 111). Dans un arrêt du 11 février 2008 (1A.53/2007), le Tri-

bunal fédéral a consacré une exception à ce principe. La Haute Cour fédérale a jugé que l'art. 6 ch. 1 CEDH était applicable à la procédure d'entraide dans l'hypothèse d'une remise anticipée, c'est-à-dire en l'absence d'une décision de confiscation définitive et exécutoire dans l'Etat requérant (en l'occurrence la Colombie, Etat qui n'est pas touché par la CEDH). En pareil cas, l'autorité d'entraide a l'obligation de donner suite à la demande tendant à la mise en œuvre de débats oraux et publics (arrêt du Tribunal fédéral 1A.53/2007 du 11 février 2008, consid. 7.2). Tel n'est toutefois pas le cas en l'espèce, puisque la remise en vue de confiscation est accordée sur la base d'un jugement définitif et exécutoire rendu en Italie. S'agissant d'un Etat ayant ratifié la CEDH et soumis au contrôle subsidiaire des organes de Strasbourg, les recourants avaient la faculté de demander que soit dressé un procès oral et public devant les autorités italiennes compétentes pour prononcer la confiscation au fond. Dans la mesure où la décision de remise querellée se borne à exécuter un jugement définitif et exécutoire rendu dans un Etat où les recourants ont pu bénéficier d'une protection adéquate de leurs droits procéduraux, ils ne sauraient prétendre à la tenue de débats publics et oraux dans le cadre de la procédure d'entraide. Au vu de ce qui précède, l'art. 6 ch. 1 CEDH ne s'applique pas au cas d'espèce, de sorte que la demande formulée par les recourants doit être rejetée.

- 16.** 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). Il se justifie toutefois en l'espèce de fixer un émolument judiciaire réduit, pour tenir compte du fait que le grief tiré de la violation du droit d'être entendu par l'autorité d'exécution n'était pas infondé (v. consid. 2) et que la motivation de la décision attaquée a prêté le flanc à des critiques justifiées (v. consid. 3 et 10). 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), cet émolument est arrêté à Fr. 5'500.--, couvert par l'avance de frais déjà versée par Fr. 6'000.--. La caisse du Tribunal pénal fédéral restituera aux recourants le solde de Fr. 500.--.
- 17.** Les recourants concluent à l'octroi d'une indemnité équitable à titre de participation à leurs honoraires d'avocat.
- 17.1** 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). Les dépens alloués sont supportés par la collectivité ou par

l'établissement autonome au nom de qui l'autorité inférieure a statué (art. 64 al. 2 PA).

- 17.2** En cas de rejet du recours, une indemnité au sens de l'art. 64 al. 1 PA ne peut être allouée que dans le cas exceptionnel où la violation du droit d'être entendu commise par l'autorité d'exécution est constitutive d'un abus de droit au sens des art. 9 Cst. et 2 al. 2 CC (TPF RR.2008.182-184 du 5 décembre 2008, consid. 7 proposé à la publication). Une telle hypothèse n'étant pas réalisée en l'espèce, l'octroi aux recourants d'une indemnité équitable à titre de participation aux honoraires d'avocat ne saurait entrer en ligne de compte.

Par ces motifs, la Ite Cour des plaintes prononce:

1. La demande tendant à la mise en œuvre de débats publics et oraux est rejetée.
2. Le recours est rejeté.
3. Un émolument de Fr. 5'500.--, couvert par l'avance de frais de Fr. 6'000.-- déjà versée, est mis à la charge solidaire des recourants. La caisse du Tribunal pénal fédéral leur restituera le solde par Fr. 500.--.

Bellinzona, le 25 mars 2009

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

La présidente:

Le greffier:

Distribution

- Me Yvona Griesser, avocate,
- Juge d'instruction du canton de Genève,
- Office fédéral de la Justice, Unité entraide judiciaire internationale,

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).