



Arrêt du 28 juin 2017 Cour des plaintes

Composition

Les juges pénaux fédéraux Stephan Blättler,
président, Tito Ponti et Giorgio Bomio,
le greffier Aurélien Stettler

Parties

A.,

B. LTD,

tous deux représentés par Me Pascal Dévaud,
avocat,

recourants

contre

MINISTÈRE PUBLIC DU CANTON GENÈVE,

partie adverse

Objet

Entraide judiciaire internationale en matière pénale à
la France

Remise de moyens de preuve (art. 74 EIMP)

Faits:

- A.** Le vice-président chargé de l'instruction auprès du Tribunal de Grande Instance de Bourg-en-Bresse (France) a, le 27 septembre 2016, adressé aux autorités suisses, singulièrement le Ministère public du canton de Genève (ci-après: MP-GE), une demande d'entraide judiciaire en lien avec une procédure ouverte du chef d'exercice illégal de l'activité de conseil en investissements financiers (art. L573-9 du Code monétaire et financier *cum* art. 313-1 du Code pénal français) et blanchiment d'argent (art. 324-1 du Code pénal français). L'autorité requérante s'intéresse dans ce contexte notamment à la société C. Sàrl dont le siège est à Genève, et auprès de laquelle auraient été placés des fonds de provenance potentiellement illicite. Ayant par ailleurs mis à jour l'existence d'un compte bancaire ouvert auprès de la banque D. à Zurich duquel auraient été débités 250'000 EUR en faveur d'une personne sous enquête en France, ladite autorité a requis de son homologue helvétique la production de la documentation bancaire y relative.
- B.** Le MP-GE est entré en matière par décision du 14 novembre 2016 (act. 1.1). Il a, le même jour rendu une "*ordonnance d'exécution*" par laquelle il ordonnait la saisie probatoire de la documentation bancaire relative au compte 1 ouvert en les livres de la banque D. à Zurich, non sans assortir la mesure d'une interdiction "*d'informer quiconque des mesures ordonnées (art. 80n EIMP)*" (act. 1.2).
- La banque D. s'est exécutée en date du 30 novembre 2016, précisant ce qui suit au MP-GE: "*Nous avons par ailleurs pris bonne note de votre interdiction d'informer et ne manquerons pas de revenir vers vous dans trois mois, afin de connaître votre position quant à la suite*" (dossier MP-GE, classeur 1/2, rubrique E).
- C.** Par décision de clôture du 9 février 2017, le MP-GE a ordonné, sous réserve de la spécialité, la transmission à la France de la documentation bancaire relative au compte bancaire susmentionné (act. 1.1bis). Cette décision a été notifiée à la société B. Ltd à Genève, à la banque D., ainsi qu'à l'Office fédéral de la justice (act. 1.1bis, p. 3).
- D.** Par mémoire du 17 mars 2017, le dénommé A. et la société B. Ltd ont formé recours à l'encontre de la décision susmentionnée, concluant à son annulation et au rejet de la demande d'entraide française du 27 septembre

2016. A titre subsidiaire, le renvoi de la cause à l'autorité inférieure était requis pour nouvelle décision dans le sens des considérants (act. 1, p. 2).

Appelé à répondre, le MP-GE a, en date du 19 avril 2017, produit le dossier de la cause, non sans préciser qu'il "*s'en rapport[ait] à justice sur la recevabilité et le fond du recours et n'entend[ait] pas déposer d'observations*" (act. 8). Egalement invité à se déterminer, l'OFJ a conclu à l'irrecevabilité du recours formé au nom de A., et au rejet de celui émanant de B. Ltd (act. 7).

Invités à ce faire, les recourants ont répliqué le 8 mai 2017 (act. 11), ce dont l'OFJ et le MP-GE ont été informés (act. 12).

Par envoi du 16 juin 2017, les recourants ont saisi la Cour de céans d'une "*[r]equête de suspension*" de la procédure RR.2017.60-61, au motif que les autorités françaises ne respecteraient notoirement pas le principe de la spécialité, les informations transmises par voie d'entraide judiciaire étant livrées au fisc français, ainsi que cela ressortirait d'échanges de correspondance entre l'Administration fédérale des contributions suisse et son homologue française (act. 13, annexes).

Les arguments et moyens de preuve invoqués par les parties seront repris, si nécessaire, dans les considérants en droit.

La Cour considère en droit:

- 1.** L'entraide judiciaire entre la République française et la Confédération suisse est prioritairement régie par la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (CEEJ; RS 0.351.1), ainsi que par l'Accord bilatéral complétant cette convention (RS 0.351.934.92).
- 1.1** 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 France. Peut également s'appliquer en l'occurrence la Convention européenne relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (CBI; RS 0.311.53).

Dans les relations d'entraide avec la République française, les dispositions pertinentes de l'Accord de coopération entre la Confédération suisse, d'une

part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, pour lutter contre la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte à leurs intérêts financiers (ci-après: l'Accord anti-fraude; RS 0.351.926.81; v. également FF 2004 5807 à 5827 et 6127 ss) sont également applicables. En effet, bien qu'il ne soit pas encore en vigueur, en vertu de son art. 44 al. 3, l'Accord anti-fraude est applicable entre ces deux Etats à compter du 8 avril 2009.

Pour le surplus, la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP; RS 351.1) 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 (ATF 142 IV 250 consid. 3; 140 IV 123 consid. 2). Le principe du 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; art. 39 CBI). L'application de la norme la plus favorable doit avoir lieu dans le respect des droits fondamentaux (ATF 135 IV 212 consid. 2.3; 123 II 595 consid. 7c).

- 1.2** En vertu de l'art. 37 al. 2 let. a de la loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération (LOAP; RS 173.71), mis en relation avec les art. 25 al. 1 et 80e al. 1 EIMP et 19 du règlement sur l'organisation du Tribunal pénal fédéral (ROTPF; RS 173.713.161), la 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 fédérale ou cantonale d'exécution.
- 1.3** Le délai de recours contre la décision de clôture est de 30 jours dès la communication écrite de celle-ci (art. 80k EIMP). Déposé à un bureau de poste suisse le 17 mars 2017, le recours contre la décision de clôture notifiée le 15 février 2017 est intervenu en temps utile.
- 1.4** Aux termes de l'art. 80h let. b EIMP, a qualité pour recourir en matière d'entraide quiconque est personnellement et directement touché par une mesure d'entraide et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. Précisant cette disposition, l'art. 9a let. a OEIMP reconnaît au titulaire d'un compte bancaire la qualité pour recourir contre la remise à l'Etat requérant d'informations relatives à ce compte. La transmission ordonnée concerne la documentation bancaire relative à la relation 1 ouverte au nom de B. Ltd en les livres de la banque D. En application des principes rappelés plus haut, seule cette dernière est légitimée à recourir à cet égard. L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (*G.S.B contre Suisse* du

22 décembre 2015) dont se prévaut A., ayant droit économique du compte en question, pour tenter de fonder sa propre légitimation à recourir ne lui est d'aucun secours dès lors qu'il concerne précisément le titulaire des comptes bancaires visés par l'entraide et non pas l'ayant droit économique (v. arrêt du Tribunal fédéral 1C_333/2016 du 25 juillet 2016, consid. 1.3.2 in fine).

1.5 Le recours est ainsi recevable dans la mesure précisée au considérant précédent.

2. Par un grief d'ordre formel qu'il convient d'examiner en premier lieu, la recourante reproche à l'autorité d'exécution d'avoir violé son droit d'être entendue, en ce sens que l'interdiction faite à la banque de communiquer les mesures d'exécution ordonnées l'aurait empêchée de participer à la procédure devant le MP-GE (act. 1, p. 8 ss).

2.1

2.1.1 Le droit du particulier de s'exprimer avant qu'une décision le concernant ne soit prise découle de son droit d'être entendu (arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2009.294 du 7 octobre 2009, consid. 3.1.1). Il en va de même du droit du particulier de recevoir la décision qui le concerne (ATF 124 II 124 consid. 2a p. 127; 107 Ib 170 consid. 3 p. 175/176, et les arrêts cités). En application de ce principe et en vertu de l'art. 80m EIMP, les décisions de l'autorité d'exécution sont notifiées à l'ayant droit domicilié en Suisse (let. a) et à l'ayant droit résidant à l'étranger qui a élu domicile en Suisse (let. b). Selon l'art. 9 OEIMP, la partie qui habite à l'étranger ou son mandataire doit désigner un domicile de notification en Suisse (1^{re} phrase). A défaut, la notification peut être omise (2^e phrase). Par ailleurs, le détenteur d'informations a le droit, selon l'art. 80n EIMP, d'informer son mandant de l'existence de la demande d'entraide, à moins d'une interdiction faite à titre exceptionnel par l'autorité compétente. Lorsque l'autorité compétente s'adresse à une banque pour obtenir les documents nécessaires à l'exécution d'une requête d'entraide judiciaire, elle doit notifier à l'établissement bancaire sa décision d'entrée en matière, puis sa décision de clôture, quel que soit le domicile du titulaire du compte visé. Lorsque le titulaire est domicilié à l'étranger, c'est à la banque qu'il appartient d'informer son client afin de permettre à celui-ci d'élire domicile et d'exercer en temps utile le droit de recours qui lui est reconnu selon les art. 80h let. b EIMP et 9a let. a OEIMP (cf. arrêt du Tribunal fédéral 1A.36/2006 du 29 mai 2006, consid. 3.3; ZIMMERMANN, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 4^e éd. 2014, n° 321 note 638). Le droit dont disposent les parties d'assister à l'exécution de la demande d'entraide dans la mesure où ces actes les touchent directement, ne les exempte pas d'élire un domicile de

notification en Suisse (arrêt du Tribunal fédéral 1A.107/2006 du 10 août 2006, consid. 2.5.1; ZIMMERMANN, op. cit., n° 484).

2.1.2 En pareille hypothèse – soit celle dans laquelle le détenteur des documents saisis en exécution d'une demande d'entraide n'a pas élu domicile en Suisse –, le Tribunal fédéral a posé le principe selon lequel l'autorité d'exécution n'a pas à impartir de délai audit détenteur pour faire part de ses éventuelles observations avant que ne soit rendue la décision de clôture (arrêt du Tribunal fédéral 1A.107/2006 du 10 août 2006, consid. 2.5 in fine). En d'autres termes, l'autorité d'exécution n'a pas l'obligation d'interpeller dans ce sens l'établissement bancaire abritant le compte visé par la mesure d'entraide – et dont le titulaire n'a pas élu de domicile en Suisse – avant de notifier sa décision de clôture audit établissement (v. *supra*, consid. 2.1.1). Il ressort toutefois des considérants du Tribunal fédéral que la règle ainsi posée ne respecte le droit d'être entendu du détenteur que pour autant que l'éventuelle interdiction de communiquer imposée à la banque en début de procédure (art. 80n al. 1 EIMP) ait été levée *préalablement* à la décision de clôture (arrêt cité, *ibidem* "[...] *dopo la revoca del divieto di comunicazione* [...]"); il s'agit en effet, d'une part, de garantir à la banque la possibilité d'informer son client de l'existence de la mesure d'entraide dont il fait l'objet, et, d'autre part, de permettre audit client qui entendrait élire domicile en Suisse de se manifester auprès de l'autorité d'exécution avant qu'elle ne rende sa décision de clôture.

2.2

2.2.1 En l'espèce, le MP-GE a, par ordonnance d'exécution du 14 novembre 2016, "[i]nterdit, sous la menace des peines de l'art. 292 CP (...) à l'établissement concerné, d'informer quiconque des mesures ordonnées (art. 80n EIMP)". Le 30 novembre 2016, l'établissement concerné, soit la banque D., a confirmé à l'autorité d'exécution avoir pris bonne note de l'interdiction prononcée et annoncé qu'il reviendrait vers elle "*dans trois mois afin de connaître [sa] position quant à la suite*" (v. *supra* let. B).

L'ordonnance de clôture ici querellée a été rendue le 9 février 2017. Sous l'intitulé "*Droit d'être entendu*", elle indique que "[l]e titulaire de la relation n'a pas réagi aux mesures ordonnées, qui n'ont pas été assorties d'une interdiction d'informer (art. 80n EIMP)" et que partant "[s]on droit d'être entendu a été respecté" (act. 1.1bis, p. 1).

2.2.2 Il appert ainsi que l'ordonnance de clôture est en parfaite contradiction avec l'ordonnance d'exécution du 14 novembre 2016. Le mode de procéder de l'autorité d'exécution a violé gravement le droit d'être entendu de la recourante en ce sens qu'il ne s'agit là pas d'un "simple" oubli portant sur la

levée de l'interdiction de communiquer prononcée préalablement, mais d'une présentation des faits totalement contraire à la réalité. Pareil procédé – même s'il n'y a pas lieu de douter qu'il relève de la négligence – est de nature à heurter le principe de la bonne foi procédurale (art. 3 al. 2 let. a CPP et 12 al. 1 EIMP).

- 2.3** Lorsqu'une violation du droit d'être entendu est commise par l'autorité d'exécution, la procédure de recours devant la Cour des plaintes en permet en principe la réparation (art. 49 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; TPF 2008 172 consid. 2.3; 2007 57 consid. 3.2). A teneur de l'art. 61 al. 1 PA, l'autorité de recours peut exceptionnellement renvoyer l'affaire à l'autorité inférieure, avec des instructions impératives. Compte tenu de la gravité de la violation du droit d'être entendu de la recourante constatée ci-dessus, et du fait que l'autorité d'exécution n'a pas jugé opportun de s'expliquer – même a minima – à cet égard dans le cadre de l'échange d'écritures intervenu devant l'autorité de céans (v. *supra* let. D in fine), elle ne peut être réparée dans le cadre de la présente procédure de recours, et ce en dépit du plein pouvoir d'examen dont dispose la Cour des plaintes. Aussi la décision entreprise doit-elle être annulée et le dossier renvoyé à l'autorité précédente.
- 3.** Compte tenu de ce qui précède, le recours est admis, et ce dans la mesure où il est recevable (v. *supra* consid. 1.4). La décision de clôture entreprise est annulée, le dossier de la cause étant renvoyé à l'autorité inférieure pour nouvelle décision dans le respect du droit d'être entendu de la recourante B. Ltd.
- 4.** Vu le sort du recours, la requête de suspension de la présente procédure (v. *supra* let. D in fine) devient sans objet.
- 5.** 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 PA, 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).

En application de ces principes, et au vu, d'une part, de l'admission du recours formé par B. Ltd et, d'autre part, du caractère irrecevable de celui formé au nom de A., un émolument réduit sera mis à la charge de ce dernier. Il sera fixé à CHF 1'000.--. La caisse du Tribunal pénal fédéral restituera au conseil des recourants le solde de l'avance de frais versée par CHF 4'000.--.

6.

6.1 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).

6.2 En l'espèce, le conseil des recourants n'a pas produit de liste des opérations effectuées. Vu l'ampleur et la difficulté relative 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 *ex aequo et bono* à CHF 2'000.-- (TVA comprise), à la charge de la partie adverse.

Par ces motifs, la Cour des plaintes prononce:

1. Le recours est admis, dans la mesure où il est recevable. La décision de clôture rendue le 9 février 2017 par le Ministère public du canton de Genève dans la procédure d'entraide CP/340/2016 est annulée, le dossier de la cause étant renvoyé à cette autorité pour nouvelle décision dans le respect du droit d'être entendu de la recourante B. Ltd.
2. Un émolument de CHF 1'000.--, couvert par l'avance de frais de CHF 5'000.-- déjà versée est mis à la charge du recourant A. La caisse du Tribunal pénal fédéral restituera au conseil des recourants le solde par CHF 4'000.--.
3. Une indemnité de CHF 2'000.-- est allouée à la recourante B. Ltd, à charge de la partie adverse.

Bellinzona, le 28 juin 2017

Au nom de la Cour des plaintes
du Tribunal pénal fédéral

Le président:

Le greffier:

Distribution

- Me Pascal Dévaud, 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).