

(vgl. Art. 169 Abs. 2 BStP) und ihre Unmittelbarkeit bezweckt, die richterliche Beweiswürdigung zu optimieren (in diesem Sinne HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel/Genf/München 2005, S. 231 N. 10; zum Ganzen TPF SK.2005.5 vom 19. Oktober 2005 E. 1.3). Entsprechend ist nach einer Rückweisung eine neue Hauptverhandlung vor allem dann durchzuführen, wenn neue Sachverhaltselemente abgeklärt werden müssen.

Wie sich aus den nachstehenden Ausführungen ergibt, sind im vorliegenden Fall die Parteistandpunkte in den im Rahmen des Schriftenwechsels eingereichten Stellungnahmen nicht so klar dargestellt worden, um ohne Parteivorträge eine hinreichende Basis für die neue richterliche Entscheidung zu bilden. Das liess eine neue Hauptverhandlung unerlässlich erscheinen.

## TPF 2007 65

16. Extrait de l'arrêt de la IIe Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral dans la cause A. contre Office fédéral de la justice du 26 juin 2007 (RR.2007.48)

*Entraide internationale en matière pénale aux Etats-Unis d'Amérique; présence de fonctionnaires étrangers; procédure d'autorisation.*

**Art. 26 LTEJUS, art. 65a EIMP**

**La présence de fonctionnaires américains pour l'exécution d'actes d'entraide en Suisse peut être autorisée sans que les personnes habilitées à recourir contre cette autorisation aient été préalablement invitées à se déterminer à ce propos.**

*Internationale Rechtshilfe in Strafsachen an die Vereinigten Staaten von Amerika; Anwesenheit von ausländischen Beamten; Genehmigungsverfahren.*

**Art. 26 BG-RVUS, Art. 65a IRSG**

**Die Anwesenheit von amerikanischen Beamten bei der Durchführung von Rechtshilfehandlungen in der Schweiz kann genehmigt werden, ohne dass die Personen, die zur Beschwerde gegen diese Genehmigung berechtigt sind, vorab zur Stellungnahme eingeladen worden sind.**

*Assistenza internazionale in materia penale agli Stati Uniti d'America; presenza di funzionari stranieri; procedura d'autorizzazione.*

**Art. 26 LTAGSU, art. 65a AIMP**

**La presenza di funzionari américains pour l'exécution de actes d'assistance judiciaire en Suisse peut être autorisée sans que les personnes légitimées à recourir contre telle autorisation soient étés préventivement invitées à prendre position en mérite.**

### **Résumé des faits:**

Les autorités américaines conduisent une procédure pénale contre B. et consortis en raison de versements illicites destinés au gouvernement de l'Irak dans le cadre du programme onusien "Oil for food". Par requête du 14 septembre 2005, l'Office central du Département américain de la justice a présenté une demande d'entraide à la Suisse pour les besoins de cette procédure. Entre autres actes, l'autorité américaine a requis l'audition de plusieurs témoins, dont A., et sollicité que les interrogatoires se tiennent en présence de ses agents. Par décision du 4 octobre 2005, l'Office central USA près l'Office fédéral de la justice (OFJ) est entré en matière sur la demande et en a confié l'exécution au Ministère public de la Confédération (MPC). L'office a autorisé la présence des représentants de l'Etat requérant, la première fois le 31 janvier 2006. L'OFJ a décidé, le 19 mars 2007, d'autoriser à nouveau la présence des fonctionnaires américains. Par acte du 30 mars 2007, A. recourt contre cette décision, soutenant notamment que la procédure d'autorisation nécessaire à la présence d'agents étrangers n'a pas été respectée.

La IIe Cour des plaintes a rejeté le recours.

### **Extrait des considérants:**

**2.**

**2.1** Le litige porte principalement sur l'interprétation qu'il convient de donner à l'art. 26 LTEJUS. Le recourant s'appuie sur la lettre de cette disposition et exige qu'elle soit respectée. Aux termes de l'art. 26 LTEJUS, "Si, en application de l'art. 12, al. 3, let. b ou c, du traité, les autorités américaines exigent une autorisation permettant la présence d'un représentant, l'office central soumet cette partie de la demande à la personne habilitée à recourir

(art. 17a) et à l'autorité d'exécution, pour qu'elles se prononcent dans un délai de dix jours. A l'expiration de ce délai, l'office central rend une décision (art. 11, al. 1, let. c)". L'OFJ retient que l'art. 26 LTEJUS constitue "une anomalie dans le système suisse actuel de l'entraide". Pour cet office, soumettre la question de la présence étrangère aux personnes habilitées à recourir avant qu'il ne statue va à l'encontre de la jurisprudence du Tribunal fédéral qui tend à accorder largement le droit de participer à l'exécution de la demande lorsque les garanties de ne pas utiliser les informations recueillies avant l'octroi définitif de l'entraide sont fournies par les autorités étrangères. Qui plus est, toujours selon cet office, à suivre la procédure décrite à l'art. 26 LTEJUS, on traiterai moins bien les Etats-Unis par rapport à tous les autres pays qui, eux, profitent des largesses accordées par la jurisprudence sur la base de l'art. 65a EIMP.

**2.2** L'EIMP ne contient pas de règle semblable à celle de l'art. 26 LTEJUS. L'art. 65a EIMP permet la présence du magistrat chargé de la procédure dans l'Etat requérant à l'exécution de la demande d'entraide judiciaire *sans consultation préalable de l'intéressé*. Il suffit pour cela que la participation de personnes étrangères ait été autorisée par l'autorité d'exécution, qui émet à cette fin une décision incidente. Cette décision peut faire l'objet d'un recours séparé aux conditions restrictives de l'art. 80e al. 2 let. b EIMP. Comme on l'a vu plus haut, l'art. 26 al. 1 LTEJUS, de son côté, exige de l'OFJ qu'il soumette, dans les cas d'application de l'art. 12 ch. 3 let. b et c, la question de la présence de représentants des parties étrangères à la personne habilitée à recourir ainsi qu'à l'autorité d'exécution. Dans ce sens, cette disposition offre a priori des garanties supérieures aux standards de l'EIMP. A titre liminaire, il convient de relever que, lors de l'adoption du TEJUS, en 1974/1975, et avant son entrée en vigueur le 23 janvier 1977, certains textes internationaux régissant cette matière traitaient déjà de la question de la présence de représentants étrangers à l'exécution de commissions rogatoires, par exemple l'art. 4 de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 (CEEJ; RS 0.351.1; entrée en vigueur le 20 mars 1967), ainsi que l'art. III de l'accord complémentaire conclu le 13 juin 1972 entre la Suisse et l'Autriche (RS 0.351.916.32; entré en vigueur le 14 décembre 1974). En substance, selon ces dispositions, le concours de magistrats étrangers à l'exécution de commissions rogatoires doit être autorisé sur *simple demande* de l'Etat requérant, l'accord complémentaire avec l'Autriche fondant au reste un véritable droit à la participation (voir ZIMMERMANN, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2004, n<sup>o</sup> 231). Dans les rapports américano-suisse, la

question a été réglementée différemment. Lors des travaux relatifs à l'adoption de la TEJUS et de la LTEJUS, une certaine méfiance s'était en effet manifestée à l'encontre de la participation de magistrats états-unien. Cette retenue était alors motivée par les conceptions opposées sur la manière d'administrer les preuves entre le droit suisse et anglo-saxon. A vrai dire, on craignait surtout de voir des commissions d'enquête américaines agir à tout moment sur le territoire suisse – crainte qui s'est révélée infondée par la suite (sur ces questions: SCHMID/FREI/WYSS/SCHOUWEY, L'entraide judiciaire internationale en matière pénale, RDS 1981 II p. 282 ss; FREI, Entraide internationale en matière pénale – Le traité d'entraide judiciaire avec les Etats-Unis d'Amérique et la révélation de secrets protégés par la loi, Exécution des requêtes américaines en Suisse, Genève 1989, FJS 67a, p. 69 s.). Le législateur a en conséquence opté pour une procédure offrant davantage de garanties et a exprimé sa pensée dans le texte de l'art. 26 LTEJUS (voir Message du Conseil fédéral du 28 août 1974 à l'appui d'une loi relative au traité conclu avec les Etats-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale, FF 1974 II p. 645). Il sied de préciser que le respect de ce *modus operandi* n'est pas requis dans les cas d'application de l'art. 12 ch. 3 let. a TEJUS, où la présence des représentants de l'autorité américaine doit être autorisée sans autre forme de procédure lorsque le droit de procédure américain exige leur présence.

**2.3** La LTEJUS a inspiré bon nombre de solutions adoptées par l'EIMP en 1981 (voir à ce propos les Messages du Conseil fédéral du 8 mars 1976 concernant l'EIMP, FF 1976 II p. 435, resp. du 29 mars 1995 concernant la révision de l'EIMP et de la LTEJUS, FF 1995 III p. 5). S'agissant de la procédure décrite à l'art. 26 LTEJUS, l'EIMP n'en a toutefois pas tenu compte. De la même manière, selon le texte de l'ancien art. 26 al. 1 OEIMP, l'autorité n'était nullement tenue de faire participer les personnes intéressées par l'issue de la cause (cf. art. 26 al. 1 aOEIMP a contrario; entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1983 [RO 1982 p. 878], cette disposition a été abrogée le 9 décembre 1996 [RO 1997 p. 132]). La situation n'a pas changé après la révision de l'EIMP du 4 octobre 1996. Au demeurant, on voit difficilement comment il aurait pu en être autrement dans la mesure où cette révision avait pour finalité de simplifier la procédure d'entraide, ceci en éliminant de l'EIMP les dispositions pouvant ralentir l'entraide (cf. Message du Conseil fédéral du 29 mars 1995 concernant la révision de l'EIMP et de la LTEJUS, FF 1995 III p. 11). Quant à l'art. 26 LTEJUS, il n'a pas été modifié par la révision de 1996. Il ne l'a pas non plus été lors de la récente réforme de la juridiction fédérale. A ce stade, on doit se demander s'il s'agit d'un oubli du

législateur ou si, au contraire, la LTEJUS va intentionnellement moins loin que l'EIMP. Cette question n'a pas encore été traitée par la jurisprudence. Ainsi que relevé plus haut, considérée dans une perspective historique, la règle de l'art. 26 LTEJUS s'explique par la méfiance des auteurs de la LTEJUS vis-à-vis de l'Etat requérant, méfiance injustifiée eu égard à l'évolution de la coopération entre la Suisse et les Etats-Unis en matière d'entraide. Sous l'angle plus général de l'évolution des conceptions en entraide, il y a lieu de relever que la tendance est d'aller vers une plus grande coopération judiciaire interétatique et un allègement des procédures, tout spécialement dans le domaine de la présence des agents étrangers (voir sur ce point le Message du Conseil fédéral du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 p. 4223; é.g. ZIMMERMANN, Communication d'informations et de renseignements pour les besoins de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale: un paradigme perdu?, in AJP/PJA 1/2007, p. 63). Rien n'autorise dès lors à considérer qu'il devrait en aller différemment dans le cadre de la LTEJUS. On peut aussi partir de l'idée que, si le Conseil fédéral avait véritablement entendu conserver un régime différent vis-à-vis des Etats-Unis, il aurait exprimé clairement sa volonté, comme il l'a fait en 1995 lorsqu'il a maintenu la procédure d'opposition (Message du Conseil fédéral du 29 mars 1995 concernant la révision de l'EIMP et de la LTEJUS, FF 1995 III p. 15). Dans ce cadre, appliquer à la lettre l'art. 26 LTEJUS reviendrait à faire un retour en arrière injustifié tant à l'égard de l'évolution législative qu'à celui de l'actuelle jurisprudence affirmant que la présence des agents étrangers doit être admise dans une large mesure (arrêts du Tribunal fédéral 1A.369/1996 du 28 janvier 1997 et 1A.85/1996 du 4 juin 1996, cités par ZIMMERMANN, op. cit., p. 64, n° 20). De plus, comme le relève pertinemment l'OFJ, dans la mesure où l'art. 26 LTEJUS est moins favorable à l'entraide, les Etats-Unis risqueraient d'être préférentiels par rapport à d'autres pays avec lesquels la Suisse ne serait par hypothèse pas liée par un traité. Ainsi, l'entraide avec les Etats-Unis se déroulerait à l'encontre des principes voulus par le législateur et la jurisprudence. A ces considérations s'ajoute le fait que, dans les cas où la mesure d'entraide doit bénéficier de l'effet de surprise – comme cela est le cas notamment pour la perquisition de locaux –, l'art. 26 LTEJUS serait impraticable (à ce propos, voir SCHMID/FREI/WYSS/SCHOUWEY, op. cit., p. 287, cité par ZIMMERMANN, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, p. 259, n° 1266).

**2.4** Dans le domaine de l'entraide internationale, l'existence d'un traité ne prive pas la Suisse de la faculté d'accorder l'entraide en vertu de règles

éventuellement plus larges de son droit interne (principe de faveur, ATF 132 II 178 consid. 2.1; 123 II 134 consid. 1a p. 136; 122 II 140 consid. 2 p. 142; 120 Ib 189 consid. 2b et les arrêts cités). Il convient donc, en vertu du principe de faveur, d'appliquer la règle la plus favorable, solution qui va également dans le sens de la TEJUS qui, à son art. 38, réserve l'application de la législation interne plus favorable à l'entraide. La pratique de l'OFJ consistant à traiter les requêtes américaines sans recueillir l'avis de la personne concernée échappe ainsi à la critique.

## TPF 2007 70

17. Extrait de l'arrêt de la IIe Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral dans la cause Banque A. SA en liquidation contre Banque B. SA et Juge d'instruction du canton de Genève du 9 juillet 2007 (RR.2007.26)

*Entraide internationale en matière pénale à la République du Paraguay; ordonnance de restitution: qualité pour recourir; recevabilité; droit d'être entendu; acquisition de bonne foi de droits sur les valeurs saisies par une personne étrangère à l'infraction; garanties procédurales offertes par l'Etat requérant; proportionnalité.*

Art. 29 al. 2 Cst., art. 74a al. 1, 4 let. c et 5 let. c, 80e al. 2, 80h let. b EIMP

La banque A., titulaire d'un compte auprès de la banque B., a qualité pour recourir contre l'ordonnance prononçant la levée de la saisie conservatoire des avoirs du compte en question en application de l'art. 74a al. 4 let. c EIMP lorsque, à défaut, la banque B. serait à même d'exercer son droit de gage sur les fonds saisis (consid. 2).

La requête de saisie n'équivaut pas, en elle-même, à une demande de remise (consid. 4.1).

La notion de bonne foi au sens de l'art. 74a al. 4 let. c EIMP s'entend de la bonne foi "pénale", dont l'objet est différent de celui de la bonne foi "civile" de l'art. 3 CC (consid. 5.3); examen détaillé dans le cas d'espèce (consid. 5.4).