

TPF 2008 172

43. Extrait de l'arrêt de la IIe Cour des plaintes dans la cause A., B. et C. contre Juge d'instruction du canton de Genève du 5 décembre 2008 (RR.2008.182, RR.2008.183, RR.2008.184)

Entraide judiciaire internationale en matière pénale aux Pays-Bas; recevabilité; droit d'être entendu; effet guérisseur du recours; frais et dépens.

Art. 80h let. b EIMP, art. 9a OEIMP, art. 29 al. 2 Cst., art. 64 PA

Légitimation en cas de remise de documents relatifs au compte de passage d'une banque (consid. 1.3.1 et 1.3.2).

Accès au dossier après le prononcé de l'ordonnance de clôture; effet guérisseur du recours (consid. 2).

Frais et dépens en cas de violation du droit d'être entendu commise par l'autorité d'exécution (consid. 6 et 7).

Internationale Rechtshilfe in Strafsachen an die Niederlande; Zulässigkeit; Anspruch auf rechtliches Gehör; heilende Wirkung der Beschwerde; Kosten und Entschädigung.

Art. 80h lit. b IRSG, Art. 9a IRSV, Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 64 VwVG

Beschwerdelegitimation im Fall der Herausgabe von Dokumenten, welche ein Durchlaufkonto einer Bank betreffen (E. 1.3.1 und 1.3.2).

Akteneinsicht nach Ankündigung der Schlussverfügung; heilende Wirkung der Beschwerde (E. 2).

Kosten und Entschädigung im Falle der Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die ausführende Behörde (E. 6 und 7).

Assistenza internazionale in materia penale ai Paesi Bassi; ricevibilità; diritto di essere sentito; effetto sanatorio del ricorso; spese processuali e ripetibili.

Art. 80h lett. b AIMP, art. 9a OAIMP, art. 29 cpv. 2 Cost., art. 64 PA

Legittimazione in caso di consegna di documenti relativi a un conto di passaggio di una banca (consid. 1.3.1 e 1.3.2).

Accesso agli atti dopo la pronuncia della decisione di chiusura; effetto sanatorio del ricorso (consid. 2).

Tasse e spese ripetibili in caso di violazione del diritto di essere sentito commessa dall'autorità d'esecuzione (consid. 6 e 7).

Résumé des faits:

Par commission rogatoire du 19 décembre 2007, le Parquet du Tribunal de Grande Instance de Middelburg (Pays-Bas) a demandé aux autorités suisses des informations sur le compte n° 1 ouvert dans les livres de la banque D. à Genève. En exécution de cette demande d'entraide, le Juge d'instruction du canton de Genève (ci-après: le juge d'instruction) a décidé le 23 juin 2008 de transmettre à l'autorité requérante une lettre de la banque D. du 27 mars 2008 et ses annexes. Aux termes de la lettre précitée, le compte n° 1 correspond à un compte interne de la banque D. qui avait été utilisé pour recevoir des fonds en provenance de la banque E. Les avoirs ont ensuite été crédités sur deux comptes ouverts dans les livres de la banque D. au Luxembourg, à savoir le compte n° 2 au nom de la société A. et le compte n° 3 au nom de la société B. La lettre du 27 mars 2008 précisait que le bénéficiaire économique de ces deux derniers comptes était C., citoyen belge domicilié à Londres, également titulaire du compte n° 4 ouvert dans les livres de la banque D. à Genève. En annexe à sa lettre, la banque a remis au juge d'instruction le formulaire de transfert de fonds et titres, un mémo interne du 19 mars 2008 expliquant les détails de la transaction et le relevé du compte n° 3 concernant les crédits et débits en compte.

Par lettres des 17, 19 et 24 juin 2008, les conseils de A. et B. ont demandé au juge d'instruction l'autorisation de consulter le dossier au greffe de l'instruction. Le 25 juin 2008, le juge d'instruction a adressé aux conseils précités une lettre ayant le contenu suivant: «dans la mesure où les sociétés A. et B. ne font pas l'objet de mesures de contrainte sur des comptes bancaires dont elles seraient titulaires auprès de la banque D. en Suisse, elles n'ont pas qualité de partie à la procédure d'entraide et n'ont pas à donner leur accord à la transmission de documents ni à recevoir la décision de clôture y relative».

Par lettre du 26 juin 2008, les conseils de C. ont demandé au juge d'instruction l'autorisation de consulter le dossier au greffe de l'instruction. Le 22 juillet 2008, le juge d'instruction a adressé aux conseils précités une lettre ayant le contenu suivant: «pour ce qui est de l'accès au dossier de C., les informations données à votre mandant par la banque D. sont en l'état suffisantes. J'attends des pièces complémentaires relatives au compte dont

votre mandant est titulaire auprès de cet établissement, celles-ci me permettront de déterminer si ces pièces sont utiles à la procédure d'entraide et s'il y a lieu de maintenir la saisie du compte. Dans l'affirmative, je statuerai sur l'étendue de l'accès à la procédure d'entraide de votre mandant».

Le 25 juillet 2008, A., B. et C. ont recouru contre l'ordonnance du 23 juin 2008, se plaignant d'une violation de leur droit d'être entendus et concluant à l'annulation de l'ordonnance entreprise et au renvoi de la cause au juge d'instruction en lui ordonnant de donner aux recourants l'accès au dossier de la procédure d'entraide, sous suite de frais et indemnité.

Par courrier du 29 septembre 2008, les conseils de A., B. et C. ont reçu du juge d'instruction une copie caviardée de la commission rogatoire hollandaise du 19 décembre 2007, avec la précision que cette remise n'intervenait qu'en leur qualité d'avocats de C.

Par mémoire complémentaire du 17 octobre 2008, A., B. et C. ont fait valoir des griefs au fond, concluant principalement à l'annulation de l'ordonnance querrellée, sous suite de frais et indemnité.

La IIe Cour des plaintes a déclaré irrecevable les recours formés par A. et B. et rejeté celui formé par C.

Extrait des considérants:

1.3 La qualité pour agir contre une mesure d'entraide judiciaire est reconnue à celui qui est touché personnellement et directement et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (art. 80h let. b EIMP). La personne visée par la procédure pénale étrangère peut recourir aux mêmes conditions (art. 21 al. 3 EIMP). Aux termes de l'art. 9a OEIMP, est notamment réputé personnellement et directement touché au sens de ces dispositions le titulaire d'un compte bancaire en cas d'informations sur ce compte (let. a) et le propriétaire ou le locataire qui doit se soumettre personnellement à une perquisition ou à une saisie (let. b; ATF 118 Ib 442 consid. 2c, concernant la saisie de documents en mains d'une banque; ATF 121 II 38, concernant la remise du dossier d'une procédure civile à laquelle l'intéressé est partie). La jurisprudence constante dénie en revanche cette qualité au détenteur économique d'un compte bancaire visé par la demande, ou à l'auteur de documents saisis en mains d'un tiers, même si la transmission des

renseignements requis entraîne la révélation de son identité (ATF 130 II 162 consid. 1.1; 128 II 211 consid. 2.3; 122 II 130 consid. 2b).

1.3.1 Recours formé par A. et B.

La lettre du 27 mars 2008 de la banque D. a été fournie en réponse à une ordonnance du juge d'instruction du 13 mars 2008 tendant à la saisie des avoirs et de l'intégralité de la documentation bancaire relative au compte n° 1. Il ressort de la documentation interne relative à ce compte que C. a, le 26 septembre 2007 dans les bureaux de la banque D. à Genève, ouvert les relations n° 4, n° 2 et n° 3 dont il est fait état plus haut. Les deux structures derrière les comptes n° 2 et n° 3 ont par ailleurs été incorporées à l'étranger par les soins de la banque D. Genève. La lettre du 27 mars 2008 et ses annexes se rapportent donc au compte n° 1, soit un compte de passage interne détenu par la banque D. à Genève. Les informations contenues dans ces documents (y compris le relevé du compte n° 3) étaient stockées physiquement à Genève, ou accessibles dans un système informatique sis à Genève, en relation avec le compte interne n° 1. Les recourants affirment par conséquent à juste titre que la totalité des informations litigieuses était disponible au siège genevois de la banque D., que ces informations n'ont pas été obtenues hors de la juridiction du juge d'instruction et qu'elles devaient être communiquées au magistrat précité en exécution de son ordonnance de perquisition et de saisie. Il en découle qu'en sa qualité de titulaire du compte concerné, la banque D. aurait seule eu qualité pour recourir contre l'ordonnance du 23 juin 2008, au sens de l'art. 9a let. a OEIMP, à l'exclusion de ses cocontractants dont les numéros de comptes (suisses ou étrangers) apparaissent dans la documentation relative au compte n° 1. En effet, même si les documents bancaires relatifs à un compte peuvent mentionner les numéros des différents comptes en provenance desquels des fonds sont transférés au débit dudit compte, ou à destination desquels des sommes sont transférées au crédit de ce même compte, il n'en demeure pas moins que seul le titulaire du compte sur lequel porte les informations bénéficie de la qualité pour agir au sens de l'art. 80h let. b EIMP. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le tiers mentionné dans la documentation bancaire relative à un compte n'est pas légitimé à recourir; de même, la banque n'a pas qualité pour recourir lorsque, sans être touchée dans la conduite de ses propres affaires, elle doit simplement remettre des documents concernant les comptes de ses clients (ATF 128 II 211 consid. 2.3). Tel n'est pas le cas en l'espèce, s'agissant des recours formés par A. et B., puisque la documentation litigieuse se rapporte à un compte détenu par la

banque D. Genève elle-même, et non par des clients de celle-ci. Il ressort simplement de cette documentation que des fonds ont été transférés du compte interne n° 1 de la banque D. à Genève vers les comptes des recourantes ouverts auprès d'une autre banque (la banque D. au Luxembourg). Dès lors qu'elles ne sont pas titulaires du compte concerné auprès de la banque D. à Genève, les recourantes sont dans la position de tiers; elles ne sont dès lors pas légitimées à recourir. Retenir une solution inverse irait à l'encontre du texte clair de l'art. 9a let. a OEIMP. Au vu de l'ensemble de ces éléments, le recours doit être déclaré irrecevable, en tant qu'il est formé par A. et B.

1.3.2 Recours formé par C.

Le compte n° 4 dont C. est titulaire auprès de la Banque D. Genève n'a pas été alimenté par le compte de passage n° 1. Ladite banque a estimé qu'il était nécessaire de communiquer à l'autorité chargée de l'exécution de la demande d'entraide que le bénéficiaire économique des comptes n° 2 et n° 3 était titulaire d'un compte en ses livres. La situation de la relation n° 4 est par conséquent différente de celle des relations n° 2 et n° 3 ouvertes respectivement au nom de A. et de B., en ce sens que, dans la mesure où aucun transfert n'a jamais eu lieu entre le compte de passage n° 1 et la relation n° 4, l'existence de cette dernière n'aurait pas pu être révélée directement par la fourniture de la documentation bancaire relative au compte de passage n° 1. Dans ces conditions, le recours formé par C. est recevable, dans la seule mesure où il est dirigé contre la transmission à l'autorité requérante d'une liste mentionnant le compte n° 4 dont il est titulaire auprès de la banque D. à Genève. Il est irrecevable pour le surplus (v. TPF 2007.180-181 du 8 mai 2008, consid. 1.3).

2. Le recourant s'est plaint dans un premier temps d'une violation de son droit d'être entendu, faute pour lui d'avoir eu accès à la demande d'entraide déposée par les Pays-Bas avant que ne soit rendue l'ordonnance querellée.

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 à remettre, 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, le conseil des recourants a demandé à pouvoir consulter le dossier au nom et pour le compte de A. et de B. les 17 et 19 juin 2008. Ces deux sociétés étant dépourvues de la qualité pour agir dans le cadre de la procédure d'entraide (v. supra consid. 1.3.1), c'est à bon droit que le juge d'instruction a refusé de donner suite à cette demande. Ce n'est que le 26 juin 2008, soit à une date postérieure à l'ordonnance querellée, que C. a sollicité l'autorisation de consulter le dossier au greffe de l'instruction. Dans ces conditions, le recourant ne saurait reprocher à l'autorité d'exécution d'avoir négligé de lui donner la possibilité de se déterminer avant que ne soit prise la décision querellée. Au vu de la jurisprudence citée plus haut (supra consid. 2.1), c'est en revanche en violation manifeste du droit d'être entendu de C. que le juge d'instruction lui a refusé l'accès à la demande d'entraide pour examiner l'opportunité d'un recours contre l'ordonnance du 23 juin 2008. Compte tenu de ce refus, le recourant n'avait d'autre alternative que de former recours auprès de la Cour de céans pour pouvoir prendre connaissance de la demande d'entraide. La transmission au recourant de la demande d'entraide par l'autorité d'exécution après le dépôt du recours ne permet plus de corriger ce vice dans le cadre de la procédure d'exécution de la commission rogatoire. La manière dont le juge d'instruction a traité le recourant est d'autant plus incompréhensible que ce magistrat considérait – à juste titre – que C. était personnellement et directement touché par certaines des mesures d'entraide qu'il envisageait de prendre. Par ailleurs, l'attitude du recourant ne prête pas le flanc à la critique. L'on ne saurait en particulier lui reprocher une attitude passive (cf.

TPF RR.2008.105 du 8 juillet 2008, consid. 2.2; RR.2007.177 du 18 décembre 2007, consid. 3.2). Pour respecter le droit d'être entendu du recourant, l'accès aux pièces décisives pour le sort de la cause aurait donc dû lui être donné durant le délai de recours contre l'ordonnance du 23 juin 2008 afin de lui permettre d'examiner l'opportunité d'une telle démarche (v. art. 80m EIMP).

2.3 Cela étant, même si une violation du droit d'être entendu est commise par l'autorité d'exécution, la procédure de recours devant la IIe 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), comme le recourant l'admet en évoquant «l'effet guérisseur» de la procédure devant le Tribunal pénal fédéral. Bien que cet effet guérisseur 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 justifie d'autant plus dans le domaine de l'entraide judiciaire internationale, gouverné par le principe de célérité (art. 17a EIMP). En l'espèce, il n'est pas contesté que le recourant a 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 devant la Cour de céans. Il sera toutefois tenu compte du fait que le grief tiré de la violation du droit d'être entendu n'était pas infondé, lors du calcul de l'émolument judiciaire (v. infra consid. 6 et 7).
(...)

6. Aucun frais de procédure n'est mis à la charge des autorités inférieures (art. 63 al. 2 PA, applicable par renvoi de l'art. 30 let. b LTPF). Les frais de procédure réduits 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). L'émolument judiciaire d'ensemble, 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 juil-

let 2007, consid. 9.1), est fixé en l'espèce de la manière suivante: un émolument réduit de Fr. 4'000.– à déduire de l'avance de frais de Fr. 8'000.– pour les recours formés par A. et B., afin de tenir compte du fait que les recours ont été déclarés irrecevables, sans que la Cour n'ait à se pencher sur le fond; un émolument de Fr. 4'000.– à déduire de l'avance de frais de Fr. 6'000.– pour le recours formé par C., afin de tenir compte du fait que le grief tiré de la violation du droit d'être entendu n'était pas infondé, mais que la violation du droit d'être entendu a pu être réparée par la Cour de céans, soit un émolument judiciaire global de Fr. 8'000.–, couvert par l'avance de frais de Fr. 14'000.– déjà versée. Le solde de l'avance effectuée par les recourants, soit Fr. 6'000.–, leur sera restitué par la caisse du Tribunal pénal fédéral.

7. C. conclut à l'octroi d'une indemnité équitable à titre de participation aux honoraires de ses avocats, à la charge de l'Etat de Genève.

7.1 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).

7.2 En cas de violation du droit d'être entendu commise par l'autorité d'exécution dans le cadre d'une procédure d'entraide, le droit à une indemnité au sens de l'art. 64 al. 1 PA est donné dans trois hypothèses.

La première est celle où la violation ne peut être corrigée par la juridiction de recours. En pareille hypothèse, le recours doit être admis et le dossier renvoyé à l'autorité inférieure en application de l'art. 61 al. 1 PA.

La deuxième hypothèse est celle où le recourant retire son recours après que la violation du droit d'être entendu ait été réparée dans la procédure de recours. Ainsi, si, dans le cas d'espèce, le recourant avait retiré son recours après avoir pris connaissance de la demande d'entraide dans le cadre de la procédure pendante devant la Cour de céans, la cause aurait été rayée du rôle. Le grief tiré de la violation du droit d'être entendu s'avérant bien fondé, l'examen *prima facie* du sort du recours (v. TPF RR.2008.136 du 3 septembre 2008) aurait porté la Cour à renoncer à percevoir des frais et à

allouer au recourant une indemnité équitable au sens de l'art. 64 al. 1 PA, à la charge de l'autorité d'exécution.

Autre est l'hypothèse où le recourant dépose des conclusions au fond après que la violation du droit d'être entendu ait pu être réparée dans la procédure de recours. Dans ce cas, si les griefs au fond s'avèrent fondés, le recours doit être admis, sous suite de frais et dépens. Si, comme c'est le cas en l'espèce, le recours doit être rejeté au fond, l'existence d'une violation des droits d'être entendu du recourant justifie une réduction de l'émolument judiciaire mis à la charge du recourant qui succombe (arrêt du Tribunal fédéral 2A.124/1998 du 29 octobre 1998, consid. 3c; TPF RR.2008.188-189 du 3 novembre 2008, consid. 5). Dans ce dernier cas, le recourant doit supporter le risque du litige au fond qu'il soumet à la juridiction de recours. Une indemnité au sens de l'art. 64 al. 1 PA ne peut être dès lors allouée, en cas de rejet du recours au fond, 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. Une telle hypothèse n'étant pas réalisée en l'espèce, l'octroi au recourant d'une indemnité équitable à titre de participation aux honoraires d'avocats ne saurait entrer en ligne de compte.

TPF 2008 180

44. Präsidialentscheid der Strafkammer in Sachen Bundesanwaltschaft gegen A. vom 9. Dezember 2008 (SN.2008.49)

Beschlagnahme von Vermögenswerten im gerichtlichen Verfahren.

Art. 45 Ziff. 3, 65 BStP

Zuständigkeit vor der Hauptverhandlung (E. 1). Wird ein Kaufsrecht auf eine Liegenschaft errichtet und der Verkäufer berechtigt, den Kaufpreis mit einer beschlagnahmten Forderung zu verrechnen, so ist zur Sicherung einer späteren Einziehung eine Grundbuchsperre zu verfügen (E. 2–4).