



Arrêt du 4 mai 2006
Cour des plaintes

Composition

Les juges pénaux fédéraux Emanuel Hochstrasser,
président, Barbara Ott et Tito Ponti,
La greffière Claude-Fabienne Husson Albertoni

Parties

CANTON DE GENÈVE, CABINET DU JUGE D'INS-
TRUCTION, rue des Chaudronniers 9, case postale
3344, 1211 Genève 3,

requérant

contre

- 1. COMMISSION FÉDÉRALE DES BANQUES**,
Schwanengasse 12, case postale, 3001 Berne,
- 2. COMMISSIONS DE GESTION DE L'ASSEMBLÉE FÉDÉRALE**, 3003 Berne,

Objet

Entraide pénale nationale entre la Confédération et
un canton (art. 352 et 357 CP; art. 28 al. 1 let g
LTPF)

Faits:

- A.** Le 4 mars 2005, le Juge d'instruction du canton de Genève (ci-après: Juge d'instruction) en charge de l'enquête ouverte en 2001 suite à la déconfiture de la Banque Cantonale de Genève (ci-après: BCGe) s'est adressé à la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral pour obtenir que les Commissions de gestion du Conseil national et du Conseil des Etats (ci-après: CdG) lui remettent copie des procès-verbaux de leurs séances et des auditions des membres et collaborateurs de la Commission fédérale des Banques (ci-après: CFB) au titre de l'entraide pénale nationale. Sa requête a été rejetée par un arrêt du 18 avril 2005, la question de la remise des extraits de procès-verbaux des membres de la CFB demeurant toutefois réservée (BB.2005.19).
- B.** Par une requête du 1^{er} juillet 2005, le Juge d'instruction a prié la CFB de lui indiquer lesquels de ses membres avaient été entendus par les CdG entre 1990 et 2001 et de lui remettre copie des extraits des procès-verbaux relatant leurs auditions (act. 1.2). Se référant à une prise de position du 6 mai 2005 des CdG sur l'arrêt précité (act. 1.4), la CFB répondit qu'en règle générale elle est représentée par son président, son directeur et son directeur suppléant lors de l'entretien annuel avec les CdG. Elle précisa par ailleurs que, s'agissant des procès-verbaux, elle ne pouvait passer outre à une injonction formelle des Chambres fédérales de ne pas les divulguer (act. 1.3). Le Juge d'instruction revint à la charge le 2 août 2005 en priant la CFB de solliciter l'accord des présidents des CdG (act. 1.5). Ceux-ci se sont opposés à la remise desdits extraits (act. 1.7).
- C.** Par acte du 20 mars 2006, le Juge d'instruction saisit à nouveau la Cour des plaintes en la priant d'enjoindre la CFB et les CdG de lui remettre copie des extraits de procès-verbaux concernés. Il considère que la CFB ne peut se retrancher derrière le refus des présidents des CdG ni ceux-ci se fonder sur les art. 6 al. 5, 7 al. 4 et 8 de l'ordonnance du 3 octobre 2003 de l'Assemblée fédérale portant application de la loi sur le Parlement et relative à l'administration du Parlement (OLPA; RS 171.115) pour empêcher une telle remise.
- D.** Invités à se prononcer sur cette requête, les présidents des CdG ainsi que la CFB concluent à son rejet (act. 3 et 4).

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

La Cour considère en droit:

1. La Cour des plaintes est compétente pour statuer sur les contestations portant sur l'entraide pénale nationale dans les cas prévus par une loi fédérale (art. 357 CP en lien avec les art. 279 al. 3 PPF et art. 28 al. 1 let. g LTPF). Comme rappelé dans le précédent arrêt rendu dans cette même affaire (BB.2005.19 consid. 1), il appartient à l'autorité de poursuite pénale qui se voit refuser une mesure d'entraide de s'adresser à la Cour des plaintes, en application de l'art. 357 CP, afin que celle-ci ordonne, le cas échéant, à l'autorité requise d'exécuter la mesure.
2. Selon l'art. 44 de la Constitution fédérale, la Confédération et les cantons s'entraident dans l'accomplissement de leurs tâches et collaborent entre eux (al. 1). Ils se doivent respect et assistance. Ils s'accordent réciproquement l'entraide administrative et l'entraide judiciaire (al. 2). Les différends entre les cantons ou entre les cantons et la Confédération sont, autant que possible, réglés par la négociation ou par la médiation (al. 3). L'art. 352 al. 1 CP précise que la Confédération et les cantons sont tenus de se prêter assistance dans toute cause entraînant l'application du code pénal ou d'une autre loi fédérale. Ainsi que cela a également été développé dans l'arrêt du 18 avril 2005 précité, rien n'indique que ces devoirs n'incomberaient pas aussi au pouvoir législatif, respectivement aux commissions désignées par l'Assemblée fédérale. Le principe de la séparation des pouvoirs ne saurait non plus s'opposer par principe à l'entraide pénale nationale (arrêt BB.2005.19 consid. 2.1 à 2.3).

L'assistance que la Confédération et les cantons sont tenus de se prêter s'entend sans réserve et de manière large (ATF 121 IV 311, 314 consid. 1a). L'entraide judiciaire au sens de l'art. 352 CP porte sur toute mesure qu'une autorité est requise de prendre, dans les limites de sa compétence, au cours d'une procédure pénale pendante aux fins de poursuite ou d'exécution d'un jugement (ATF 102 IV 217, 220 consid. 2). Elle englobe notamment la remise de dossiers, de renseignements ou de pièces à conviction (ATF 129 IV 141, 144 consid. 2.1). Dans la procédure prévue par l'art. 357 CP, il incombe à la Cour des plaintes d'examiner si le droit applicable, respectivement si l'application de ce droit par l'autorité requise,

a été restreint au point qu'il ne correspond plus à la notion même d'entraide, qui est à la base de l'art. 352 CP. Tel est entre autres le cas lorsque la mesure requise est rejetée sans raison ou sans motif raisonnable (ATF 123 IV 157, 162-163 consid. 4b). Il convient donc d'examiner si les motifs avancés par les CdG pour refuser d'autoriser la CFB à remettre les extraits des procès-verbaux concernés au Juge d'instruction sont objectivement soutenable (ATF 129 IV 141, 144 consid. 3). Cet examen se fera au regard du droit de procédure de l'autorité requise (arrêt du Tribunal pénal fédéral BV.2005.35 du 15 février 2006 consid. 2.3; ATF 121 IV 311, 315 consid. 2).

- 3.** Pour refuser l'accès aux extraits de procès-verbaux concernés, les présidents des CdG invoquent la confidentialité de leurs séances et l'obligation pour toutes les personnes y ayant participé de garder le secret sur les déclarations qu'elles y ont faites, faute de quoi les CdG ne seraient plus en mesure d'exercer leur haute surveillance. Cette confidentialité garantit aux collaborateurs de la Confédération qu'ils peuvent faire état, librement et sans crainte de sanction, des dysfonctionnements et des insuffisances dont ils ont connaissance; sans elle, ces derniers ne s'exprimeraient plus librement. Se ralliant à cette argumentation, la CFB relève en outre que les procès-verbaux concernés ont été remis à titre personnel à ses membres entendus par les CdG et qu'ils ne figurent donc pas dans son dossier interne. L'entraide prescrite dans cette affaire par le Tribunal fédéral s'agissant des documents internes (ATF 129 IV 141) ne s'appliquerait donc pas.
- 3.1** A titre préalable, il convient de relever que la CFB et les CdG se fondent sur les art. 6 al. 5, 7 al. 4 et 8 OLPA pour refuser l'entraide. Dans la mesure où la Cour des plaintes est amenée à réexaminer de manière plus détaillée un aspect d'une requête sur laquelle elle s'était avant tout prononcée quant à son principe, il convient en premier lieu de revenir sur les dispositions légales applicables. Il s'avère en effet que les dispositions invoquées par les CdG ne sauraient trouver ici application étant donné que les extraits de procès-verbaux dont la production est requise ont été établis entre 1990 et 2001, soit à une période antérieure à l'entrée en vigueur de l'OLPA, le 1^{er} décembre 2003. Il en est de même de la LParl, dont les art. 47 al. 1 et 156 al. 3 ont notamment été invoqués dans le cadre de la précédente procédure, et qui, faute de disposition transitoire ad hoc, ne sont pas applicables en l'espèce (MOOR, Droit administratif, Volume I, 2^{ème} édition, Berne 1994, pt. 2.5.2.3.). Les procès-verbaux n'étant ainsi pas soumis à la législation entrée en vigueur postérieurement à la date à laquelle ils ont été établis, respectivement remis aux personnes entendues par les CdG dans

l'exercice de leur haute surveillance sur la CFB, c'est au regard des dispositions en vigueur à l'époque, soit la loi fédérale sur la procédure de l'Assemblée fédérale, ainsi que sur la forme, la publication et l'entrée en vigueur des actes législatifs (loi sur les rapports entre les conseils; LREC) et de ses actes d'exécution (abrogés par la LParl le 1^{er} décembre 2003 [RO 2003 3592] et annexe à l'art. 172 LParl, chiffre I.3 [RO 2003 3594]) qu'il convient d'examiner la présente affaire.

- 3.2** L'art. 47bis al. 6 LREC précisait que les membres, les secrétaires et les rédacteurs des procès-verbaux des commissions étaient tenus au secret de fonction en ce qui concerne les déclarations soumises au secret en vertu de la loi sur le statut des fonctionnaires ou au secret militaire et les documents secrets qui ont été produits. Le règlement de chacun des conseils stipulait en outre que les séances de commissions étaient confidentielles, les participants ne devant pas divulguer la position prise par les autres participants et respecter le secret de fonction sur les faits qu'ils connaissaient en raison de leur participation aux séances (art. 24 du Règlement du Conseil national [ci-après: RCN]; art. 16 du Règlement du Conseil des Etats [ci-après: RCE]). Chacun des deux règlements prévoyait de plus, s'agissant de l'utilisation des procès-verbaux et autres documents, que les tiers ayant participé à une séance recevaient, s'ils en exprimaient le désir, un extrait relatif à leur contribution (art. 27 al. 1 RCN et art. 20 al. 1 RCE). Les personnes qui utilisaient les procès-verbaux devaient en sauvegarder le caractère confidentiel et ne pas divulguer les informations ayant un caractère secret (art. 27 al. 3 RCN et art. 20 al. 3 RCE). Le Tribunal fédéral a par ailleurs relevé que, pour assurer le secret des délibérations, les commissions doivent faire en sorte que leurs débats restent confidentiels et nécessairement aussi les documents destinés à nourrir la discussion (ATF 108 IV 185, 189 consid. 1c).

Il ressort des dispositions précitées que, même si le caractère confidentiel des séances des CdG était alors déjà consacré, les tiers entendus au cours de ces séances n'étaient toutefois pas visés par l'art. 47bis al. 6 LREC puisque celui-ci s'adressait aux membres des commissions et à leurs assistants directs. En revanche, la confidentialité requise de tous les participants aux séances des commissions se rapportait essentiellement à l'interdiction de « divulguer la position prise par les autres participants et de respecter le secret de fonction sur les faits qu'ils connaissaient en raison de leur participation aux séances », ce qui n'est nullement l'objet de la demande d'entraide. C'est donc à l'aune de ces précisions que doivent être interprétés les art. 27 al. 3 RCN et 20 al. 3 RCE qui imposent aux personnes utilisant les procès-verbaux d'en sauvegarder le caractère confidentiel et de ne pas divulguer les informations à caractère secret.

- 3.3** Ainsi que le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de le préciser dans cette même affaire, lorsque des documents internes établis par une autorité dans le cadre d'une procédure administrative pourraient constituer des moyens de preuve pour une procédure pénale instruite par une autre autorité, comme c'est le cas en l'espèce, l'intérêt de la poursuite pénale doit l'emporter sur l'intérêt au maintien du secret (ATF 129 IV 141, 147 consid. 3.3.2). Par ailleurs, si les procès-verbaux dont la remise est requise doivent indubitablement être considérés comme des documents internes aux CdG, destinés à la formation de l'opinion de ces dernières (arrêt précité du Tribunal pénal fédéral BB.2005.19 consid. 3.2), on peut par contre se demander si, dans la situation très particulière du cas d'espèce, les passages relatant les déclarations qu'ont pu faire les responsables de la CFB et les informations données par ceux-ci bénéficient du caractère confidentiel au sens des éléments développés au considérant 3.2. En effet, lorsque les membres de la CFB ont été entendus par les CdG, ce sont sans conteste eux qui, en leur qualité d'autorité de surveillance, ont exposé les faits relatifs à la BCGe. Or, leur secret de fonction a été levé dans le cadre de la procédure pénale genevoise et l'accès aux pièces internes autorisé par le Tribunal fédéral. Aucune information relative à la BCGe et aux établissements qui l'ont précédée n'a donc pu être donnée aux CdG qui n'aurait pas pu l'être également au Juge d'instruction, les responsables de la CFB ayant été entendus par ce dernier en qualité de témoin et, partant, exhortés à dire la vérité. Ces informations peuvent ainsi être considérées comme des éléments internes à la CFB et non comme des informations à caractère secret dont les membres de la CFB auraient eu connaissance du simple fait de leur participation aux séances des CdG. Si le Juge d'instruction devait être autorisé à consulter les extraits de procès-verbaux, il ne saurait ainsi y avoir a priori de divulgation d'informations à caractère secret au sens des art. 27 al. 3 RCN et 20 al. 3 RCE. Dès lors, un refus de principe des CdG d'autoriser l'accès aux extraits de procès-verbaux concernés pourrait, dans ce contexte très spécifique, porter atteinte à l'essence même de l'art. 352 CP. Cette question peut cependant rester indécise en l'état.
- 3.4** Le caractère strictement confidentiel des documents nécessaires aux CdG et l'importance à ce qu'il soit respecté ont déjà été soulignés (arrêt précité du Tribunal pénal fédéral BB.2005.19 consid. 3.2). Plus le caractère confidentiel d'un document est marqué, plus il y a lieu de se montrer sévère en ce qui concerne d'une part la nécessité d'y avoir accès dans le cadre d'une enquête pénale et, d'autre part, les modalités d'exécution propres à en sauvegarder la confidentialité (ATF 129 IV 141, 148 consid. 3.4.1). Il ressort du dossier soumis par le Juge d'instruction dans le cadre de cette affaire que la demande d'accès aux extraits de procès-verbaux a pour but de dé-

terminer le niveau d'information de la CFB au sujet de la situation de la BCGe et la perception qu'elle avait de ses problèmes, l'autorité de surveillance ayant, aux dires de certains inculpés, été mise au courant des méthodes de provisionnement de la banque et eux-mêmes n'ayant rien fait qui n'ait été connu de la CFB (BB.2005.19 act. 1 et 1.5). Ainsi que la Cour de céans l'a déjà retenu (arrêt BB.2005.19 consid. 3.2.2), l'utilité potentielle pour la procédure pénale de ces documents ne peut a priori être exclue. Les personnes concernées ont déjà été entendues comme témoins dans la procédure genevoise (BB.2005.19 act 1.10), ce qui implique qu'elles ont, à cette occasion, été libérées de leur secret de fonction. Elles ont certes été entendues en 2004 sur des éléments portant sur la période de 1990 à 2001. Les déclarations qui ont pu être faites année après année par les responsables de la CFB devant les CdG avaient l'avantage de l'actualité et de l'immédiateté, tandis que celles qui ont été faites depuis l'ouverture de l'enquête peuvent avoir été altérées, que ce soit par l'écoulement du temps ou les nombreuses interventions auxquelles la déconfiture de la BCGe a donné lieu au niveau bancaire, judiciaire ou médiatique. Il reste que la BCGe est assujettie à la surveillance de la CFB depuis 1995 (BB.2005.19 act. 1.5) et que MM. A. et B., respectivement directeur et directeur suppléant de l'institution, occupent cette fonction depuis 1996. Déjà entendus en qualité de témoins par le Juge d'instruction de même que d'autres responsables de la CFB, anciens et actuels, ces derniers ont pu et pourront encore si nécessaire fournir toute information utile sur la situation de la banque à l'époque, au besoin à l'aide des pièces internes mises à la disposition du Juge d'instruction. Ainsi que le relève la CFB, il n'est pas allégué qu'ils n'aient pas été en mesure de se prononcer sur les questions qui sont à la base de la demande d'entraide, ni, comme l'a souligné le Juge d'instruction dans le cadre de la procédure devant la Chambre d'accusation genevoise, que leurs dépositions n'aient pas été véridiques (BB.2005.19 act. 1.10). Au vu des circonstances particulières de cette affaire, et même si le Juge d'instruction est lui aussi soumis au secret de fonction et tenu de préserver les droits et obligations y relatifs (arrêt du Tribunal pénal fédéral BV.2005.35 du 15 février 2006 consid. 2.3), notamment de respecter les conditions posées par les art. 27 al. 3 RCN et 20 al. 3 RCE, le refus des CdG est objectivement fondé. Il ne se justifie pas, dès lors, de faire droit à la requête du Juge d'instruction dans le cas précis.

4. Il n'y a pas lieu de percevoir des frais ni d'allouer de dépens (art. 245 PPF en lien avec l'art. 156 al. 2 OJ).

Par ces motifs, la Cour prononce:

1. La requête est rejetée.
2. Il n'est pas prélevé d'émolument judiciaire ni alloué de dépens.

Bellinzone, le 4 mai 2006

Au nom de la Cour des plaintes
du Tribunal pénal fédéral

Le président:

la greffière:

Distribution

- Canton de Genève, Cabinet du juge d'instruction, rue des Chaudronniers 9, case postale 3344, 1211 Genève 3 (PP N° P/3409/01)
- Commission fédérale des banques, Schwanengasse 12, case postale, 3001 Berne
- Commissions de gestion de l'Assemblée fédérale, 3003 Berne

Indication des voies de recours

Il n'existe pas de voie de recours ordinaire contre cet arrêt.