

Bundesstrafgericht
Tribunal pénal fédéral
Tribunale penale federale
Tribunal penal federal



Numéro de dossier: RR.2007.49

Arrêt du 26 juin 2007

Ile Cour des plaintes

Composition

Les juges pénaux fédéraux Bernard Bertossa, président, Giorgio Bomio et Roy Garré.
La greffière Nathalie Zufferey

Parties

A., représentée par Me Dante Canonica, avocat
recourante

contre

OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE - OFFICE CENTRAL USA,

partie adverse

Objet

Entraide aux Etats-Unis
Présence de fonctionnaires étrangers (art. 12 ch. 3 let. b TEJUS et 26 LTEJUS); décision incidente du 19 mars 2007

Faits:

- A.** Les autorités américaines conduisent une procédure pénale contre B. et consorts en raison de versements illicites destinés au Gouvernement de l'Irak en liaison avec des achats de pétrole irakien dans le cadre du programme onusien «Oil for food». Les agissements délictueux seraient intervenus entre le début de l'année 2000 et le mois de mars de l'année 2003. Pour ce faire, B. aurait utilisé trois sociétés disposant de bureaux à Genève: C. SA, D. et E. Ltd. Par requête du 14 septembre 2005, l'Office central du Département américain de la justice a présenté une demande d'entraide à la Suisse relative à cette affaire. L'autorité a demandé qu'il soit procédé à la perquisition des trois sociétés, à la saisie de tous les documents se rapportant aux transactions passées avec l'Irak, ainsi qu'à l'audition de plusieurs personnes à titre de témoins, dont les dénommés F. et A.. L'autorité requérante a par ailleurs requis que ses agents puissent être présents lors de l'exécution de la demande (act. 1.3). Par décision du 4 octobre 2005, l'Office central USA près l'Office fédéral de la justice (ci-après: OFJ) est entré en matière sur la demande et a admis la présence des représentants de l'Etat requérant (act. 1.4). L'exécution de la requête a été confiée au Ministère public de la Confédération (ci-après: MPC) qui a délivré une ordonnance dans ce sens le 20 janvier 2006 (act. 1.5). Le 31 janvier 2006, A. a donc été entendue par le MPC en présence des représentants de l'autorité étrangère conformément à la décision de l'OFJ du 4 octobre 2005 (act. 1.6).
- B.** Le 17 avril 2006, se basant sur des faits découverts subséquentement dans le cadre de l'enquête américaine, l'Office central du Département américain de la justice a adressé une nouvelle demande à la Suisse. L'autorité requérante souhaite derechef entendre F. et A. en présence de deux de ses agents (act. 1.7). Par décision du 20 février 2007, l'OFJ a admis leur audition (act. 1.8). Comme pour la première demande, le MPC a été chargé de l'exécution de la requête. En date du 19 mars 2007, l'OFJ a pris une décision incidente par laquelle il autorise la présence des représentants américains (act. 1.2).
- C.** Par acte du 2 avril 2007, A. recourt contre la décision du 19 mars 2007. Elle conclut à l'annulation de la décision de l'OFJ, l'effet suspensif devant être accordé à sa démarche. Elle demande par ailleurs que la procédure d'entraide soit suspendue jusqu'à ce que des garanties idoines soient four-

nies par l'Etat requérant, selon lesquelles les renseignements obtenus ne seront pas utilisés de manière anticipée.

L'effet suspensif à titre superprovisoire a été attribué au recours par décision du Tribunal pénal fédéral du 3 avril 2007 (act. 5). Dans sa prise de position du 4 avril 2007, l'OFJ s'est déterminé sur la question de l'effet suspensif en concluant à ce que celui-ci soit révoqué (act. 8). Par ordonnance du 16 avril 2007, le Tribunal pénal fédéral a rejeté la demande d'effet suspensif (act. 11). L'OFJ a présenté ses observations sur le fond du recours le 12 avril 2007 (act. 12). Il invite l'autorité de céans à rejeter le recours.

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.
 - 1.1 L'entraide judiciaire entre les Etats-Unis d'Amérique et la Confédération suisse est régie par le Traité du 25 mai 1973 sur l'entraide judiciaire en matière pénale (TEJUS; RS 0.351.933.6) et la loi fédérale du 3 octobre 1975 relative au traité conclu avec les Etats-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale (LTEJUS; RS 351.93). La loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale du 20 mars 1981 (EIMP; RS 351.1) et son ordonnance d'exécution (OEIMP; RS 351.11) sont applicables aux questions qui ne sont pas réglées par le traité et la loi fédérale y relative (ATF 124 II 124 consid. 1a p. 126).
 - 1.2 La décision par laquelle l'OFJ décide d'autoriser un représentant des autorités américaines à assister à l'exécution de la demande en vertu des art. 12 ch. 3 TEJUS et 5 al. 2 let. d LTEJUS est une décision incidente au sens de l'art. 11 LTEJUS. Selon l'art. 11 al. 1 let. c LTEJUS, l'OFJ rend sans délai une décision incidente «s'il s'agit de se prononcer sur la question [...] de la présence d'un représentant des autorités américaines, selon l'art. 12, al. 3, du traité». Cette décision peut être attaquée immédiatement par la voie du recours au Tribunal pénal fédéral (art. 17 al. 1^{bis} LTEJUS). En vertu de l'art. 19a al. 2 LTEJUS, la décision est immédiatement exécutoire, sauf si l'effet suspensif au recours est accordé par la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral. Pour que l'effet suspensif soit accordé, le recourant doit «rendre vraisemblable que la décision lui cause un préjudice irréparable» (art. 19a al. 3 LTEJUS). Dans son ordonnance du 16 avril 2007, le Tribunal pénal fédéral a jugé qu'un risque de préjudice immédiat et irréparable

au sens de l'art. 19a al. 3 LTEJUS n'avait pas été rendu vraisemblable par la recourante dans la mesure où, d'une part, les fonctionnaires étrangers avaient fourni les garanties de ne pas utiliser ou tirer avantage des documents ou informations auxquels ils auraient accès lors de leur intervention en Suisse jusqu'à ce que ceux-ci aient été transmis aux USA en application du droit suisse et, d'autre part, la recourante, interrogée en qualité de prévenue, jouissait du droit de se taire (TPF RR.2007.49 du 16 avril 2007). Partant, il a rejeté la conclusion de la recourante d'accorder l'effet suspensif à son recours. Le Tribunal pénal fédéral, qui doit maintenant trancher le fond de l'affaire, est lié par les considérants en droit de son ordonnance du 16 avril 2007, de sorte qu'il n'y a pas lieu de revenir sur cette question. En vertu de la décision incidente entreprise, la recourante est tenue de souffrir la présence des fonctionnaires américains. La recourante est donc touchée par cette mesure d'entraide qui la concerne personnellement et directement, tout comme elle a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée, de sorte qu'elle a qualité pour recourir (art. 17a LTEJUS). Pour le reste, le recours a été interjeté en temps utile (art. 17c LTEJUS).

- 1.3** Les décisions de l'OFJ relatives à la clôture de la procédure d'entraide peuvent faire l'objet d'un recours devant la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral (art. 17 al. 1 LTEJUS). C'est contre la décision de clôture que les griefs d'ordre matériel pourront être soulevés. A ce stade, le Tribunal pénal fédéral se limite à examiner si la présence des fonctionnaires étrangers a été autorisée conformément aux exigences de la LTEJUS. La Cour de céans, dans le respect du principe de célérité régissant l'entraide (art. 17a EIMP), s'était réservée, lors de sa décision du 16 avril 2007, de trancher cette question dans une décision séparée au fond.

2.

- 2.1** Le litige porte principalement sur l'interprétation qu'il convient de donner à l'art. 26 LTEJUS. La recourante 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^e éd., Berne 2004, n° 231). Dans les rapports américano-suisse, la question a été réglée 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-unis. Cette retenue était alors motivée par les conceptions opposées sur la manière d'administrer les preuves entre les 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 ma-

tière 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^{er} 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; ég. 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, note 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 préférencés 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, note 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.
3. Dans un second grief, la recourante prétend que les conditions de l'art. 12 ch. 3 let. b TEJUS ne seraient en l'occurrence pas satisfaites. Non seulement la matière ne serait pas complexe, mais en plus, la présence des

fonctionnaires serait dépourvue d'utilité pour la procédure pénale américaine.

- 3.1** Par ce moyen, la recourante critique la manière dont l'OFJ a fait usage de son pouvoir d'appréciation. Tel que l'art. 12 ch. 3 let. b TEJUS est formulé, on comprend que l'autorité d'exécution bénéficie d'un pouvoir d'appréciation dont la Cour de céans ne censure que l'excès ou l'abus (art. 80*i* al. 1 let. a EIMP). Il y a excès de ce pouvoir lorsque l'autorité use d'une faculté qui ne lui appartient pas, ce qui n'est pas le cas ici. Il y a abus lorsqu'elle méconnaît le sens et le but de la loi dont procède son pouvoir d'appréciation ou use de ce dernier contrairement aux principes généraux du droit (ATF 104 la 201 consid. 5f et 5g; GRISEL, *Traité de droit administratif*, vol. I, p. 333; KNAPP, *Précis de droit administratif*, 4^e éd., n^{os} 160 ss; MOOR, *Droit administratif*, vol. I, 2^e éd., p. 376 ss). Une décision ne peut être qualifiée d'abusives que sur la base de ses motifs (GRISEL, *loc. cit.*).
- 3.2** En l'espèce, l'OFJ n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation en considérant que les conditions d'application de l'art. 12 ch. 3 let. b TEJUS étaient réalisées. S'agissant d'une enquête transnationale ayant pour objectif d'élucider les mécanismes de corruption liés au programme «Oil for food», il n'y a pas lieu de douter que l'affaire présente un degré de complexité satisfaisant aux exigences de l'art. 12 ch. 3 let. b TEJUS. Dans ces circonstances, la participation des procureurs américains est certainement profitable pour le juge suisse de l'entraide, de telle sorte qu'on peut sans autre considérer qu'elle est susceptible de contribuer au succès de la procédure pénale. Une telle interprétation correspond du reste à la conception actuelle selon laquelle la présence des magistrats étrangers présente une grande utilité lorsque ceux-ci connaissent le dossier. Elle répond aussi de manière optimale aux exigences d'économie de procédure (à ce propos, voir PASCAL DE PREUX/CHRISTOPHE WILHELM, *La présence du magistrat étranger en Suisse dans la procédure d'entraide internationale en matière pénale*, in SJZ 102/2006, p. 93). L'OFJ n'a, dans ces conditions, pas abusé de son pouvoir d'appréciation en privilégiant l'obligation légale de célérité (art. 17a EIMP) et en autorisant en conséquence la requête des Etats-Unis. Il y a d'autant moins lieu d'hésiter sur ce point que la recourante sera interrogée en qualité de prévenue et qu'elle jouit, à ce titre, du droit de se taire.
- 4.** Dans un dernier grief, la recourante reproche à l'autorité intimée de n'avoir pas suffisamment motivé la décision du 19 mars 2007, par laquelle l'OFJ a autorisé la présence des fonctionnaires américains. Elle invoque une violation de l'art. 29 al. 2 Cst.

- 4.1** Le droit d'être entendu déduit de l'art. 29 al. 2 Cst. oblige l'autorité à motiver sa décision. 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. L'objet et la précision des indications à fournir dépend 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 répondre à tous les arguments présentés (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).
- 4.2** En l'occurrence, l'OFJ se réfère dans sa décision à la complexité de la procédure américaine en cours, ce qui permet de comprendre pourquoi il a considéré la présence des fonctionnaires américains comme utile. Sous l'angle formel du droit d'être entendu, cela constitue une réponse suffisante à l'objection de la recourante. Le recours doit être rejeté sur ce point également.
- 5.** Les frais de procédure sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 PA, applicable par renvoi de l'art. 30 let. b LTPF). L'émolument judiciaire est 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). La compétence du Tribunal pénal fédéral d'établir un tarif relatif à la détermination des émoluments judiciaires, bien que n'étant pas explicitement réservée à l'art. 63 al. 5 PA, se fonde sur l'art. 15 al. 1 let. a LTPF. Dans son message du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, le Conseil fédéral reconnaît en effet l'autonomie administrative de l'autorité judiciaire fédérale s'agissant du calcul des émoluments judiciaires, des dépens alloués aux parties ainsi que de la détermination de l'indemnité en cas d'assistance judiciaire (cf. FF 2001 p. 4208 ss). Il ne résulte par ailleurs aucunement des débats parlementaires que le législateur ait voulu s'écarter du principe de l'autonomie de l'autorité judiciaire au moment d'attribuer la compétence pour statuer dans le domaine de l'EIMP au Tribunal pénal fédéral plutôt qu'au Tribunal administratif fédéral comme initialement prévu par le Conseil fédéral (cf. BO 2004 CN p. 1570 ss; 2005 CE p. 117 ss; CN p. 643 ss). Il s'ensuit que la réserve figurant à l'art. 63 al. 5 PA doit être interprétée par analogie comme valant également en faveur de l'art. 15 al. 1 let. a LTPF. En vertu de l'art. 63 al. 1 PA, les frais judiciaires sont mis à la charge de la partie qui succombe (1^{re} phr.). En l'occurrence, la recourante ayant succombé, les

frais sont mis à sa charge à hauteur de Fr. 4000.--, montant entièrement couvert par l'avance de frais.

Par ces motifs, la Cour prononce:

1. Le recours est rejeté.
2. Un émolument judiciaire de Fr. 4000.--, couvert par l'avance de frais acquittée, est mis à la charge de la recourante.

Bellinzona, le 26 juin 2007

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

Le président:

la greffière:

Distribution

- Me Dante Canonica, avocat, 2,
- Office fédéral de la justice - Office central USA

Indication des voies de recours

Cette décision n'est pas sujette à recours (art. 93 al. 2 LTF).