

Bundesstrafgericht
Tribunal pénal fédéral
Tribunale penale federale
Tribunal penal federal



Numéro de dossier: RR.2008.166 / RR.2008.178/179 /
RR.2008.181 / RP.2008.32 /RP.2008.57/58

Arrêt du 17 décembre 2008

Ile Cour des plaintes

Composition

Les juges pénaux fédéraux Cornelia Cova, présidente, Giorgio Bomio et Jean-Luc Bacher, la greffière Nathalie Zufferey

Parties

1. A.,
2. La société B., siège à Panama,
représentés par Me Jean-Pierre Garbade, avocat,
recourants

contre

JUGE D'INSTRUCTION DU CANTON DE GENÈVE,
partie adverse

Objet

Entraide judiciaire internationale en matière pénale
avec la France
Remise de moyens de preuves (art. 74 EIMP)

Faits:

- A. Le 22 janvier 2008, C., Premier Juge d'instruction auprès du Tribunal de Grande Instance de Paris, a adressé aux autorités suisses une demande d'entraide judiciaire pour les besoins d'une procédure pénale ouverte en France contre D. du chef de démarchage bancaire ou financier sans autorisation et abus de confiance. Il est notamment reproché à D. d'avoir, de 2002 à 2005, détourné plusieurs millions d'euros qui lui avaient été confiés pour des placements boursiers Day Trading. Dans un premier temps, D. encaissait directement les chèques de ses clients sur ses comptes personnels. A partir de mai 2003, il s'est rendu compte qu'il était incapable de faire fructifier les fonds remis et qu'il ne pouvait verser des dividendes que grâce aux contributions des nouveaux souscripteurs. Dès juin 2004, il s'est alors adressé à la société E., spécialisée dans les services financiers et la création de sociétés, laquelle était représentée par F., alias A., actif dans la création de sociétés offshore, notamment au Delaware (USA). Par l'intermédiaire de la société E., la société G. a été créée aux Etats-Unis. Après la création de cette société, D. a adressé à la banque H. les virements de ses clients en faveur de la société G. dont il était l'actionnaire unique. Le compte auprès de la banque H. avait été ouvert par la société E. lorsque D. lui avait demandé d'acquérir une licence de banque au Delaware afin d'avoir accès à la bourse américaine. La société E. aurait ensuite informé D. que pour obtenir une licence de banque, il devait préalablement disposer d'une société non domiciliée aux Etats-Unis. C'est pour cette raison que la société E. a créé, pour le compte de D., la société G dans les Iles Vierges britanniques dont le capital était de USD 50 000.--. N'obtenant pas la licence bancaire promise par la société E., D. aurait exigé une entrevue. C'est dans ces circonstances qu'il aurait rencontré à Cannes I., mandataire de la société E. Malgré cette entrevue, les relations entre D. et la société E. se seraient dégradées par la suite. Il ressort également de la requête que A. se serait occupé tant de l'ouverture des comptes à la banque H. que de la société B. (act. 8 du dossier RR.2008.166, p. 8). D. estime à EUR 700 000.-- le montant qui lui aurait été soustrait par la société E. Cet argent, comprenant également des fonds placés par les clients de D., aurait été versé, à l'insu de celui-ci, sur un compte de la société J. ouvert par A. auprès de la banque K. à Genève.

Pour les besoins de leur enquête, les autorités pénales françaises cherchent à identifier les comptes dont A. ou la société J. sont les titulaires ou ayants droit économiques auprès de la banque K. à Genève et à obtenir la documentation bancaire relative à ces comptes.

- B.** Le 28 janvier 2008, le Juge d'instruction du canton de Genève est entré en matière en ordonnant à la banque K. de Genève l'édition de la documentation bancaire dès le 1^{er} janvier 2004 relative à A., F. ou la société J. La décision d'entrée en matière contenait un résumé de l'exposé des faits de la requête d'entraide. La banque a donné suite à la requête du Juge d'instruction le 12 février 2008. La banque K. a transmis les documents d'ouverture et les relevés des comptes appartenant à la société J. (n° 1), à A. (n° 2), à la société M. (n° 3) et à la société B. (n° 4). Tandis que la documentation relative au compte appartenant à la société J. a pu être transmise à la France par la voie facilitée (voir dossier du Juge d'instruction, rubrique A), celle correspondant aux comptes de A., de la société B. et de la société L. fait l'objet de trois décisions de clôture rendues par le Juge d'instruction genevois les 16 juin et 30 juin 2008 (RR.2008.166 et RR.2008.178/179, act. 1.2; RR.2008.181, act. 1.3). Avant le prononcé des décisions de clôture, les recourants ont été invités le 17 mars et le 8 mai 2008 à se prononcer sur la pertinence des pièces à transmettre et ont obtenu, le 7 avril 2008, une version caviardée de la requête d'entraide.
- C.** Agissant par recours des 14, 21 et 24 juillet 2008 (enregistrés sous RR.2008.166, RR.2008.178/179 et RR.2008.181), A. et la société B. demandent au Tribunal pénal fédéral d'annuler les décisions incidentes du 28 janvier 2008 et les décisions de clôture des 16 et 30 juin 2008. Ils requièrent que la demande d'entraide soit complétée en indiquant les comptes sur lesquels les fonds détournés des clients de D. ont été versés. S'agissant des comptes de A. (n° 2) et de la société B. (n° 4), la mise sous scellés de la documentation bancaire saisie est préalablement requise.
- D.** L'Office fédéral de la justice (ci-après: OFJ) et le Juge d'instruction du canton de Genève proposent de rejeter le recours de A. dirigé contre l'ordonnance du 16 juin 2008 dans la mesure où il est recevable. En ce qui concerne le recours interjeté contre les ordonnances du 30 juin 2008 notifiées aux sociétés B. et L., l'OFJ propose de le déclarer irrecevable, subsidiairement infondé. Le Juge d'instruction prend les mêmes conclusions en ce qui concerne la société B. Il se remet en revanche à justice s'agissant de la recevabilité du recours de A. contre l'ordonnance du 30 juin 2008 notifiée à la société L. S'agissant du recours de la société B., le Juge d'instruction conclut à son irrecevabilité, subsidiairement à ce qu'il soit déclaré infondé. L'OFJ, quant à lui, propose le rejet du recours dans la mesure où il est recevable. Une nouvelle version moins caviardée de la requête d'entraide envoyée au Tribunal pénal fédéral par le Juge d'instruction le 25 juillet 2008 a été transmise aux recourants (act. 8 du dossier RR.2008.166). Le 21 août 2008, A. et la société B. ont répliqué.

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. Les recours RR.2008.166, RR.2008.178/179 et RR.2008.181 sont formés contre des décisions rendues dans la même procédure. Ils soulèvent des griefs communs. Il se justifie partant de les joindre et de statuer par un seul arrêt (cf. ATF 127 V 29 consid. 1 p. 33, 156 consid. 1 p. 157; 123 II 18 consid. 1 p. 20).
2.
 - 2.1 En vertu de l'art. 28 al. 1 let. e ch. 1 LTPF mis en relation avec l'art. 80e al. 1 de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale du 20 mars 1981 (EIMP; RS 351.1), la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral est compétente pour connaître des recours en matière d'entraide pénale conformément à l'EIMP. Les recours sont interjetés en temps utile contre des décisions de clôture prises par l'autorité cantonale d'exécution (art. 80e al. 1 et 80k EIMP).
 - 2.2 Les procédures d'entraide entre la Suisse et la France sont régies par la CEEJ, laquelle a été complétée, dans les relations bilatérales, par l'accord du 28 octobre 1996, entré en vigueur le 1er mai 2000 (RS 0.351.934.92).
 - 2.3 Le 27 novembre 2008, le Conseil de l'Union européenne a décidé la mise en œuvre de la totalité des accords bilatéraux d'association de la Suisse à l'Espace Schengen et à l'espace Dublin à compter du 12 décembre 2008 (Journal officiel de l'Union européenne L 327 du 5 décembre 2008, p. 15 à 17). Selon la jurisprudence constante, le droit applicable à l'entraide internationale est celui en vigueur au moment de la décision. Le caractère administratif de la procédure d'entraide exclut l'application du principe de la non rétroactivité (ATF 122 II 422 consid. 2a; 112 Ib 576 consid. 2; 109 Ib 62 consid. 2a, 157 consid. 3b; arrêt du Tribunal fédéral 1A.96/2003 du 25 juin 2003, consid. 2.2; TPF RR.2007.178 du 29 novembre 2007, consid. 4.3). Il en découle qu'en vertu des art. 2 ch. 1 et 15 ch. 1 de l'Accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse, l'Union européenne et la Communauté européenne sur l'association de la Suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis Schengen (RS 0.360.268.1; ci-après: l'Accord Schengen), en matière d'entraide à la France, sont également applicables les art. 48 ss de la Convention d'application de l'Accord

Schengen du 14 juin 1985 (ci-après: CAAS) entre les gouvernements des Etats de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes (n° CELEX 42000A0922(02); Journal officiel de l'Union européenne L 239 du 22 septembre 2000, p. 19 à 62).

- 2.4** Dans la mesure où l'entrée en vigueur des dispositions pertinentes de la CAAS ne comporte guère, en l'espèce, de changement substantiel des conditions d'octroi de l'entraide à l'Etat requérant par rapport au droit conventionnel (cf. consid. 2.2), un échange d'écriture supplémentaire afférent au droit applicable n'a pas été nécessaire.
- 2.5** Les dispositions de ces traités l'emportent sur le droit autonome qui régit la matière, soit en l'occurrence l'EIMP et son ordonnance d'exécution (OEIMP; RS 351.11). Celles-ci restent toutefois applicables aux questions non réglées, explicitement ou implicitement, par le droit conventionnel, et lorsqu'elles sont plus favorables à l'entraide (ATF 123 II 134 consid. 1a p. 136; 122 II 140 consid. 2 p. 142; 120 Ib 120 consid. 1a p. 122/123, et les arrêts cités).
- 2.6**
- 2.6.1** Selon l'art. 80*h* let. b EIMP, a qualité pour agir 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. La personne visée par la procédure pénale étrangère peut recourir aux mêmes conditions (art. 21 al. 3 EIMP).
- 2.6.2** Les recourants A. et la société B., en tant que titulaires respectifs des comptes n° 2 et n° 4 dont la documentation bancaire est requise, ont qualité pour s'opposer à la transmission (art. 80*h* let. b EIMP et 9a OEIMP; ATF 130 II 162; arrêt du Tribunal fédéral 1A.36/2006 du 29 mai 2006, consid. 2.1). En revanche, A. n'a pas la qualité pour agir contre la transmission de la documentation bancaire relative au compte de la société B. dont il n'est pas titulaire (ATF 122 II 130 consid. 2b p. 132/133).
- 2.6.3** A. a également la qualité pour recourir s'agissant de la remise de la documentation bancaire relative au compte de la société L., la jurisprudence admettant exceptionnellement la qualité pour recourir de l'ayant droit d'une société dissoute s'il démontre, documents officiels à l'appui, que la société a été liquidée (arrêt 1A.10/2000 du 18 mai 2000, consid. 1e; 1A.131/1999 du 26 août 1999, consid. 3 et 1A.236/1998 du 25 janvier 1999, consid. 1b/bb, jurisprudence citée dans l'arrêt 1A.212/2001 du 21 mars 2002, consid. 1.3.2) et si l'acte de dissolution indique clairement l'ayant droit

comme son bénéficiaire (arrêt 1A.84/1999 du 31 mai 1999, consid. 2c, jurisprudence également citée dans l'arrêt 1A.212/2001 du 21 mars 2002, consid. 1.3.2). Tel est le cas, en l'espèce, suivant l'attestation du 19 octobre 2005 (RR.2008.181, act. 13.1) produite par le recourant et qui fait état de la dissolution de la société et de l'attribution de la moitié de ses actifs à A.

- 3.** Les recours enregistrés sous les références RR.2008.166 et RR.2008.178/179 concluent à la mise sous scellés, jusqu'à droit jugé, de la documentation bancaire des comptes n^{os} 2 et 4 au motif qu'ils auraient servi à l'encaissement d'honoraires et de sommes d'argent reçues par A. dans le cadre de son activité d'avocat.
- 3.1** L'apposition des scellés a pour but d'éviter que des documents couverts par le domaine secret soient portés à la connaissance de l'autorité d'exécution, étant précisé que le secret bancaire garanti par l'art. 47 LB n'est pas opposable en entraide (cf. ATF 123 II 153 consid. 7 p. 160/161; cf. aussi ATF 125 II 83 consid. 5 et ATF 119 IV 175). Quand les documents bancaires sont déjà en mains de l'autorité qui en a ordonné la production – comme c'est le cas en espèce –, les scellés empêchent qu'ils soient utilisés comme moyens de preuve. En vertu de l'art. 69 al. 3 PPF – applicable tant à l'instruction pénale qu'à la procédure d'entraide judiciaire en vertu du renvoi opéré par l'art. 9 EIMP –, lorsque le détenteur s'oppose à la perquisition, en tout ou partie, il a droit à ce que les documents soient mis sous scellés. L'apposition des scellés doit être immédiatement exigée (ATF 127 II 151 consid. 4 p. 156; 114 Ib 357 consid. 4; ROBERT Hauser/ERHARD SCHWERI/KARL HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6^e éd., Bâle/Genève/Munich 2005, § 70 n° 21). De par sa nature, cette mesure intervient donc au stade de l'exécution de la commission rogatoire.
- 3.2** In casu, outre le fait que la Cour de céans n'est pas compétente pour statuer sur la demande de mise sous scellés s'agissant d'une procédure d'entraide exécutée par une autorité cantonale, cette requête ne serait de toute manière pas recevable car tardive. En effet, la production des documents a été requise par décision du 28 janvier 2008. Or, à réception de l'ordre de production, la banque, détentrice des documents, ne s'y est nullement opposée. Quant à A., avocat de profession, après avoir été informé de la mesure prise à son encontre, il ne s'est prévalu du secret professionnel ni dans le téléfax qu'il a adressé au Juge d'instruction le 11 février 2008, et pas davantage dans celui envoyé le 2 mars 2008 (voir dossier du Juge d'instruction, rubrique E). Le secret professionnel a été invoqué pour la première fois en avril 2008 (voir courriers de Me Garbade des 8 et 15

avril 2008, dossier du Juge d'instruction, rubrique E), et ce alors que les documents prétendument couverts par le secret professionnel étaient versés au dossier depuis déjà deux mois. On constate par ailleurs que les recourants n'ont pas non plus réagi en saisissant immédiatement l'autorité cantonale compétente lorsque le Juge d'instruction a refusé d'apposer les scellés (voir lettre du 8 mai 2008, dossier du Juge d'instruction, rubrique E). Au vu de ce qui précède, les recourants ne sauraient prétendre au stade de la procédure de recours contre la décision de clôture à ce que les documents soient mis sous scellés.

Partant, la demande présentée par les recourants A. et la société B. est irrecevable. Leur grief relatif à la violation du secret professionnel sera en revanche examiné au considérant 5 ci-dessous.

4.

4.1 Les recourants nient que A. ait ouvert des comptes à la banque H. ou à la banque K. sur mandat de D. A. ignorerait tout de l'existence de cet individu. Il n'aurait jamais détenu de procuration sur des comptes ou des sociétés appartenant à D. et n'aurait en aucun cas constitué de société en faveur de ce dernier. En résumé, A. n'aurait jamais eu affaire à D. et ne serait pas un dirigeant de la société E. F. ne serait point son alias. S'il admet avoir été fondé de procuration pour la société B., il ne l'aurait en revanche jamais été s'agissant de la société M. Le Juge d'instruction chercherait à semer la confusion entre les sociétés B. et M. Or, la société B. n'aurait aucun rapport avec D. Qui plus est, il ne ressortirait nullement de la demande d'entraide que les sociétés M. ou E. auraient réceptionné des fonds en provenance de clients de D. La demande d'entraide ne mentionnerait pas le compte sur lequel le montant total de EUR 700 000.-- dont D. se dit avoir été floué a été versé. Enfin, on n'y trouverait aucune trace d'un droit de signature dont aurait disposé A. sur le compte de la société M. ou sur des comptes alimentés par les clients de D. En d'autres termes, le juge genevois aurait établi de manière arbitraire qu'il y a un lien entre A. et D.

4.2 Dans un premier temps, le Juge d'instruction n'a fourni qu'un résumé de la demande d'entraide qu'on trouve dans la décision d'entrée en matière du 28 janvier 2008 (dossier du Juge d'instruction, rubrique A). Ce modus operandi ne prête pas le flanc à la critique sous l'angle du droit d'être entendu, dès lors que ce droit, garanti à l'art. 29 al. 2 Cst., peut parfaitement être restreint aux conditions de l'art. 80b al. 2 EIMP. Il ressort de la jurisprudence rendue sur la base de cette disposition que la demande d'entraide représente la pièce maîtresse de la procédure et qu'en principe, sa consul-

tation ne peut pas être refusée (arrêt du Tribunal fédéral 1A.277/2003 du 27 janvier 2004, consid. 3.1 in fine), ou seulement pour des motifs impérieux tenant en particulier à l'existence d'un risque de collusion ou à la protection du domaine privé de tierces personnes (cf. arrêt du Tribunal fédéral 1A.131/2001 du 2 octobre 2001, consid. 2b).

In casu, c'est manifestement pour des motifs afférents à l'art. 80b al. 2 EIMP que le Juge d'instruction n'a, dans un premier temps, délivré qu'un résumé de la demande d'entraide. Comme il l'explique dans ses lignes du 7 avril 2008 (dossier du Juge d'instruction, rubrique E), les passages caviardés se rapportent à des tiers, le magistrat se prévalant implicitement de l'art. 80b al. 2 let. d EIMP («la protection d'intérêts privés importants»). Le 25 juillet 2008, le Juge d'instruction a aussi fait valoir que le caviardage répondait à l'intérêt de l'enquête en cours en France, faisant cette fois référence à l'art. 80b al. 2 let. a EIMP («l'intérêt de la procédure conduite à l'étranger»). Même si on peut déplorer que ce motif apparaisse pour la première fois seulement dans la procédure de recours, il n'y a pas lieu d'y voir de violation du droit d'être entendu dans la mesure où les recourants ont eu l'opportunité de se prononcer sur ce motif (cf. ATF 118 Ib 111 consid. 4b).

- 4.3** Dans sa décision d'entrée en matière, le Juge d'instruction expose le contexte général de l'enquête, les infractions imputées à D. et sa mise en examen. Le juge relate que, dès septembre 2004, D. aurait acquis de la société E., spécialisée dans la constitution et l'administration d'entités offshore et américaines, la société G. dont il était l'unique actionnaire. La société G. aurait été incorporée par la société E. dans l'Etat du Delaware aux Etats-Unis avec un compte bancaire auprès de la banque H. Faute d'obtenir la licence bancaire que la société E. lui aurait promise en relation avec la société G., et après la création d'une nouvelle société M. à Panama, D. aurait finalement rencontré à Cannes l'avocat niçois A. ainsi que I., respectivement directeur et secrétaire de la société E. L'autorité d'exécution relève encore que A. est l'alias de F. Selon la décision du Juge d'instruction, cet individu aurait organisé l'ouverture des comptes des sociétés G. et N. sur lesquels il disposait du reste d'une signature. Le nom de O. est évoqué en rapport à la société G. et à un compte ouvert à la banque K. Le Juge d'instruction conclut en affirmant qu'une partie des fonds des clients de D. aurait été détournée sur ce compte.

De la comparaison de cet exposé avec celui qui figure dans les extraits des commissions rogatoires remises aux recourants, il ne ressort pas de grandes différences. Les extraits de la demande d'entraide font référence à la

société E. déjà mentionnée. Le lecteur est dûment renseigné sur son but: offrir un package comprenant les démarches pour la création de sociétés, l'ouverture de comptes bancaires, l'obtention de licence, etc. Les noms de I. et de A., toujours en relation avec la société E., figurent dans les versions caviardées de la requête. Celles-ci contiennent également un chapitre consacré à A. La version remise aux recourants le 7 avril 2008 fait mention de son statut de directeur de la société E. (cf. act. 1.6 du dossier RR.2008.166, p. 8), ce qui figure aussi dans l'exposé des faits de la décision du 28 janvier 2008 (dossier du Juge d'instruction, rubrique A, p. 2). Il ressort de la version des faits reproduite par le Juge d'instruction que F. est l'alias utilisé par A. Cet individu apparaît par ailleurs dans la deuxième version caviardée de la requête comme étant le responsable de la société E. (act. 8 du dossier RR.2008.166, p. 7). Le magistrat français explique que D. a fait appel aux services de la société E. pour la constitution de la société G., pour l'obtention d'une licence bancaire et l'ouverture d'un compte en banque (act. 8 du dossier RR.2008.166, p. 7). Le Juge d'instruction n'invente donc rien. Il ressort encore de la commission rogatoire que D. aurait payé EUR 55 000.-- en faveur d'un compte ouvert par la société E. à la banque H. (act. 8 du dossier RR.2008.166, p. 7) et que les chèques des clients de D. auraient, dès septembre 2004, été adressés à la banque H. (act. 8 du dossier RR.2008.166, p. 6). Si l'on poursuit la lecture, on comprend que le compte bancaire que la société E. devait ouvrir en faveur de D. ne l'a finalement pas été, pas plus que la licence bancaire promise n'a été obtenue. Ceci ressort textuellement de la décision du 28 janvier 2008 (dossier du Juge d'instruction, rubrique A). D. se serait en conséquence plaint auprès de la société E. et aurait rencontré I. (act. 8 du dossier RR.2008.166, p. 7). La commission rogatoire se termine avec la mention d'un compte qui aurait été ouvert par l'entremise de A. à la banque K. à Genève en faveur de la société J. (act. 8 du dossier RR.2008.166, p. 8). Le magistrat français expose que A. aurait pour habitude de créer des sociétés offshore pour le compte de ses clients. Il se serait occupé de toute cette affaire, qu'il s'agisse de l'ouverture des comptes à la banque H. ou de la société N. (act. 8 du dossier RR.2008.166, p. 8). A. se faisait rémunérer pour la création des sociétés et pour la gestion des comptes. Il était par ailleurs mandataire pour les «comptes N.» (act. 8 du dossier RR.2008.166, p. 8).

Il suffit donc de comparer les faits dont il est question dans la décision d'entrée en matière du 28 janvier 2008 aux textes caviardés de la commission rogatoire pour constater que l'argument selon lequel ceux-ci diffèrent entre eux n'est pas fondé. Il faut certes concéder qu'il y a une contradiction entre un allégué de l'ordonnance du 28 janvier 2008 et la dernière version

caviardée par l'autorité d'exécution. Aux termes de ladite ordonnance, D., A. et I. se seraient rencontrés à Cannes, alors qu'il est écrit dans la commission rogatoire, en page 7, que «D. n'a [cependant] jamais pu rencontrer le responsable de la société E., F.» (act. 8 du dossier RR.2008.166). Cette erreur, quoique regrettable, ne change rien au fait que, contrairement aux affirmations des recourants, le résumé figurant dans l'ordonnance du 28 janvier 2008 correspond pour l'essentiel aux faits présentés dans la commission rogatoire. Il appert aussi que, réduite à sa plus simple expression, la première commission rogatoire caviardée ne brille pas par sa clarté. Mais mises en parallèle avec les faits présentés dans l'ordonnance du 28 janvier 2008 et la deuxième version caviardée de la requête, les circonstances à l'origine de l'enquête dans l'Etat requérant et leur connexité avec A. sont exposées de manière suffisamment explicite, étant rappelé qu'un exposé complet et exempt de toute lacune ne saurait être exigé, dès lors que la procédure d'entraide a précisément pour but de fournir à ses autorités pénales des renseignements sur les points demeurés obscurs (ATF 117 Ib 64 consid. 5c p. 88, et les arrêts cités). Les recourants contestent cette présentation des faits et exposent de nombreux éléments à décharge, censés accréditer leur thèse, selon laquelle A. n'aurait rien à voir avec D. Il s'agit là toutefois de considérations qui s'adressent au juge du fond, et non celui de l'entraide.

Sous l'angle du droit d'être entendu, il y a lieu de conclure que les recourants ont été suffisamment renseignés sur l'objet de la demande d'entraide et sur les éléments rattachant leurs comptes à D. (cf. arrêts 1A.131/2001 du 2 octobre 2001, consid. 2b; 1A.146/1999 du 7 septembre 1999, consid. 2a; 1A.50/1993 du 6 mai 1993, consid. 3b). Il n'y a donc pas eu de violation du droit d'être entendu.

- 4.4** Selon l'exposé des faits, des virements auraient eu lieu entre des comptes à la banque H. et des comptes ouverts à la banque K. de Genève au nom de A. ou dont il serait le bénéficiaire. Du point de vue du principe de la proportionnalité, il est ressorti de l'exécution de la commission rogatoire que des virements en provenance de la banque H. avaient bien été opérés. Le compte n° 2 de A. a été crédité de plusieurs montants provenant de la banque H., d'ordre de la société P., pour être ensuite transférés sur un compte n° 4 appartenant à la société B. et dont A. est l'ayant droit économique. S'agissant du compte n° 3 appartenant à la société L. dont le bénéficiaire économique est également A., il a reçu deux virements émanant de la société B. Ces comptes paraissent donc objectivement liés à la banque H. et à A., ce qui justifie qu'ils fassent l'objet de renseignements (cf. ATF 129 II 462 consid. 5).

- 4.5** Le recourant A. s'oppose à tort à la communication des extraits de compte antérieurs à septembre 2004 alors que le magistrat étranger a expressément requis la documentation bancaire à partir du 1^{er} janvier 2004.
- 5.** Le recourant A. et la société B. invoquent une violation du secret professionnel de l'avocat. Ils s'emploient à démontrer, en se fondant sur des attestations des liquidateurs des sociétés E. et B. (RR.2008.166, act. 1.7 à 1.9; RR.2008.178/179, act. 1.7), ainsi que sur des duplicata de factures de A. (RR.2008.166, act. 1.12; RR.2008.178/179, act. 1.8), que les relevés visés par la transmission sont couverts par le secret professionnel. Transmettre ces relevés révélerait l'identité des clients concernés. D'avis contraire, le Juge d'instruction et l'OFJ estiment que ces pièces ne sont pas couvertes par le secret professionnel.
- 5.1** Selon l'art. 69 PPF, la perquisition doit être opérée de manière à préserver le secret professionnel de l'avocat (al. 1). Le droit fédéral institue un secret professionnel absolu, dont la violation est passible des peines prévues par l'art. 321 CP. L'art. 13 de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats (LLCA; RS 935.61) prévoit en particulier que l'avocat est soumis au secret professionnel pour toutes les affaires qui lui sont confiées par ses clients dans l'exercice de sa profession; cette obligation n'est pas limitée dans le temps et est applicable à l'égard des tiers (al 1). Le secret professionnel couvre tous les faits et documents confiés à l'avocat qui présentent un rapport certain avec l'exercice de sa profession, dans la mesure où il s'agit de son activité traditionnelle. Les avocats étrangers peuvent également invoquer le secret professionnel (BERNARD CORBOZ, *Le secret professionnel de l'avocat selon l'art. 321 CP*, in SJ 1993 p. 77 ss, 82).

Entrent dans l'activité typique de l'avocat, l'activité consistant à donner des conseils juridiques, à fournir des avis de droit, à défendre les intérêts d'autrui et à intervenir devant les tribunaux pour assister ou représenter un client (BERNARD CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, vol. II, Berne 2002, n° 10 ad art. 321 CP; du même auteur, *Le secret professionnel*, p. 82; PATRICK STOUDMANN, *Le secret professionnel de l'avocat: jurisprudence récente et perspectives*, RPS 126/2008, p. 144 ss, 147). Cette protection trouve sa raison d'être dans le rapport de confiance particulier liant l'avocat et son client, qui doit pouvoir se fier entièrement à la discrétion de son mandataire (ATF 117 la 341 consid. 6a/bb p. 349). Si le secret professionnel de l'avocat exclut la saisie de documents relatifs à l'exécution de son mandat d'avocat, il ne s'oppose pas en revanche à la saisie de pièces

qui concernent une activité purement commerciale de celui-ci (cf. ATF 126 II 495 consid. 2e/aa; 120 Ib 112 consid. 4 p. 119; 117 la 341 consid. 6a/cc p. 349/350; 112 Ib 606; ég. arrêt du Tribunal fédéral 1A.182/2001 du 26 mars 2002, consid. 6.3). Il a ainsi été jugé que ce qui était confié à un avocat en sa qualité d'administrateur de société (ATF 115 la 197 consid. 3d p. 199; 115 la 197; 114 III 105 consid. 3a p. 107; 101 Ib 245), de gérant de fortune (ATF 112 Ib 606) ou dans le cadre d'un mandat d'encaissement d'un chèque (ATF 120 Ib 112 consid. 4 p. 119) n'était pas couvert par le secret professionnel. En outre, l'avocat ne peut invoquer le secret professionnel s'il fait lui-même l'objet de l'enquête pénale (ATF 130 II 193 consid. 2.3; 125 I 46 consid. 6 p. 49 ss; 117 la 341 consid. 6a/cc p. 350).

- 5.2** Le recourant A. et la société B. s'opposent à la transmission de la documentation bancaire pour des motifs relevant du secret professionnel auquel serait tenu le premier envers le groupe E. et sa filiale P. On ne saurait toutefois suivre cette argumentation. Si A. est bien avocat de métier, il faut en revanche relever que les agissements qui lui sont imputés – et dont la présentation par les autorités françaises lie la Cour de céans – ne sauraient en aucune manière relever de l'activité typique de l'avocat couverte par le secret professionnel. Comme exposé au considérant 4.3 ci-dessus, ces autorités laissent en effet entendre que A., sous le couvert du pseudonyme F. et en tant que responsable de la société E., aurait détourné des fonds au préjudice de D. et de ses clients. Sur demande de celui-là, A. aurait créé plusieurs sociétés qui devaient recueillir des investissements devant être placés selon la technique du Day Trading. A. devait ouvrir un compte bancaire auprès de la banque H. et obtenir une licence bancaire. Le but social de la société E. consiste du reste à incorporer des sociétés aux Etats-Unis, à leur ouvrir des comptes et à leur faire obtenir des licences pour l'exercice de leurs activités (cf. act. 8 du dossier RR.2008.166, p. 6). Ce type de services, tout comme l'activité décrite dans le recours de A. consistant à rechercher des locaux en vue de leur acquisition (cf. RR.2008.166, act. 1.9), ressortit à une activité purement commerciale qui n'est pas assimilable à celle de l'avocat. Elle échappe par conséquent à la protection du secret. A. n'a d'ailleurs, dans un premier temps, pas invoqué le bénéfice de ce secret (cf. consid. 3.2). Son changement d'attitude en cours de procédure fait apparaître l'invocation du secret professionnel comme un prétexte pour éviter que les documents ne soient transmis à l'autorité requérante ou, à tout le moins, pour ralentir le processus de transmission.
- 5.3** Il faut par ailleurs relever que bien que la procédure pénale française ne semble, aux termes de la commission rogatoire, pas dirigée contre A., il ne fait pas de doute que ce dernier est aussi soupçonné d'être impliqué dans

les opérations commises au préjudice des clients de D. Or, selon la jurisprudence déjà mentionnée, les agissements illicites de l'avocat ne peuvent pas être protégés par le secret professionnel, sauf à abuser de l'institution (cf. ATF 117 la 341 consid. 6a/cc p. 349 s.).

- 5.4** Enfin, on peut fort bien imaginer que comme il l'affirme, A. ait également fourni au groupe E. des conseils en matière contractuelle, fiscale ou de droits de la propriété intellectuelle (voir RR.2008.166 et RR.2008.178/179, act. 1.7), c'est-à-dire des activités qui ressortissent typiquement de l'activité traditionnelle de l'avocat et qui, elles, sont couvertes par le secret professionnel. La réunion chez la même personne des fonctions d'administrateur et d'avocat ne permet cependant plus de distinguer clairement ce qui relève de chaque type d'activité, ce qui a pour conséquence d'exclure l'invocation du secret professionnel de l'avocat (cf. ATF 115 la 197 consid. 3d/cc p. 200; arrêt du Tribunal fédéral 8G.9/2004 du 23 mars 2004, consid. 9.6.3).
- 6.** Les frais de la procédure sont mis à la charge des recourants qui succombent (art. 63 al. 1 PA, applicable par renvoi de l'art. 30 let. b LTPF). L'émolument judiciaire, 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 juillet 2007, consid. 9.1), est fixé en l'espèce à Fr. 9000.--.

Par ces motifs, la Ite Cour des plaintes prononce:

1. Les causes RR.2008.166, RR.2008.178/179 et RR.2008.181 sont jointes.
2. Les requêtes de mise sous scellés sont irrecevables (RP.2008.32 / RP.2008.57/58).
3. Le recours de A. contre la décision de clôture du 30 juin 2008 concernant la société M. est irrecevable (RR.2008.179).
4. Le recours de A. contre la décision de clôture du 16 juin 2008 est rejeté (RR.2008.166).
5. Le recours de la société B. contre la décision de clôture du 30 juin 2008 est rejeté (RR.2008.178).
6. Le recours de A. contre la décision de clôture du 30 juin 2008 concernant la société L. est rejeté (RR.2008.181).
7. Un émolument global de Fr. 9000.--, couvert par les avances de frais acquittées, est mis à la charge des recourants.

Bellinzona, le 18 décembre 2008

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

La présidente:

la greffière:

Distribution

- Me Jean-Pierre Garbade, avocat
- Juge d'instruction 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).