



Arrêt du 5 février 2010
Ile Cour des plaintes

Composition

Les juges pénaux fédéraux Cornelia Cova, présidente, Andreas J. Keller et Jean-Luc Bacher, le greffier David Glassey

Parties

1. A.;

2. La société B.,

représentés par Me Shahram Dini, avocat,
recourants

contre

JUGE D'INSTRUCTION DU CANTON DE GENÈVE,
partie adverse

Objet

Entraide judiciaire internationale en matière pénale à la République française

Remise de moyens de preuve (art. 74 EIMP)

Faits:

- A. Le 19 mars 2008, le Juge d'instruction près le Tribunal de Grande Instance de Nancy a adressé aux autorités suisses une commission rogatoire dans le cadre d'une enquête portant sur un important trafic de stupéfiants. En substance, le 25 octobre 2005 à 22h00, le contrôle par les douaniers français d'un véhicule immatriculé en Espagne, de marque et type Audi A8 à la frontière franco-luxembourgeoise a conduit à la découverte d'un carton contenant € 1'999'950.-- en coupures de € 50.--. L'analyse de 42 billets au Laboratoire de Police Scientifique de Lille a permis d'établir que la moitié d'entre eux présentaient des traces de stupéfiants, dont la majorité de cocaïne. Le véhicule était occupé par C. (chauffeur d'un homme d'affaires espagnol, A.) et par D., fils de C. C. et D. ont déclaré aux enquêteurs que l'Audi A8 leur avait été confiée par A. Le 25 octobre 2005, ils étaient allés chercher A. à l'Aéroport d'Amsterdam, puis l'avaient conduit dans les locaux de la société E. à Rotterdam, où il était demeuré environ une heure. Ils l'avaient ensuite reconduit à l'aéroport d'Amsterdam, où A. prit le même jour un vol retour pour Madrid. C. et D. devaient ensuite ramener le véhicule à Barcelone et prévenir A. dès leur arrivée. C. a admis avoir déjà effectué, depuis novembre 2004, sept voyages dans les mêmes conditions pour le compte de A., dont trois ou quatre en compagnie de D. et un en compagnie de son autre fils, prénommé F. C. se rendait ainsi à Amsterdam en deux jours, prenait en charge A. à l'aéroport de Schiphol, le conduisait toujours dans les locaux de la société E. à Rotterdam, puis le raccompagnait à l'aéroport quelques heures plus tard, avec pour mission de retourner à Barcelone ou Madrid dans la journée. C. a admis avoir su qu'il transportait à ces occasions d'importantes sommes d'argent, parce qu'il avait déjà conduit son employeur dans des banques madrilènes au retour de ses voyages aux Pays-Bas; son fils D. avait en outre eu l'occasion d'accompagner A. à la banque G. à Madrid, et avait ainsi assisté au comptage par le guichetier d'impressionnantes liasses de billets sorties des sacs qu'ils avaient rapportés en voiture. C. a par ailleurs admis avoir également pris en charge un ressortissant portugais résidant en Suisse, lequel accompagnait A. de l'aéroport d'Amsterdam à Rotterdam, puis repartait de son côté avec des malles susceptibles de contenir de l'argent. Selon les enquêteurs français, l'individu en question répondrait au nom de H., dirigeant de la société I., siège à Lancy. La demande d'entraide initiale visait à obtenir des informations sur cette personne et cette société.

Le Juge d'instruction près le Tribunal de Grande Instance de Nancy a complété sa demande les 27 mars et 4 avril 2008. Ce dernier complément tendait, entre autres, à obtenir, pour les années 2004 et 2005, les relevés des comptes bancaires suisses à disposition de A.

Le 17 mars 2009, le Juge d'instruction du canton de Genève (ci-après: le juge d'instruction) a ordonné la remise aux autorités françaises de divers documents relatifs aux comptes bancaires suisses contrôlés par A. Le 17 avril 2009, par quatre actes séparés, les titulaires respectifs de six comptes concernés ont formé recours auprès de la Cour de céans contre les ordonnances du 17 mars 2009. Après le dépôt des recours, l'autorité requérante a expressément renoncé à la demande tendant à la transmission des pièces visées dans les ordonnances du 17 mars 2009. Par arrêt du 5 août 2009, la Cour de céans a joint les procédures, rayé les causes du rôle et mis les frais à la charge solidaire des recourants (RR.2009.142-147).

- B.** Le 26 janvier 2009, A. a été arrêté, puis placé en détention préventive en France. Par ordonnance de mise en liberté assortie du contrôle judiciaire du 9 juin 2009, le Juge d'instruction près le Tribunal de Grande Instance de Nancy a ordonné sa mise en liberté, moyennant le versement d'une partie (€ 1'500'000.--) de la caution fixée à € 3'000'000.--. Suite au dépôt par A. d'une demande en modification de la somme fixée au titre de cautionnement, le Juge d'instruction près le Tribunal de Grande Instance de Nancy a adressé aux autorités suisses, le 12 août 2009, une commission rogatoire visant à ce que ces dernières d'une part confirment les dires de A. selon lesquels l'ensemble de ses actifs en Suisse s'élèvent à € 1'800'000.-- et sont nantis en faveur de la banque dépositaire en garantie de lignes de crédit, et, d'autre part, indiquent si, à leur connaissance, A. serait titulaire d'autres comptes en Suisse ou dans d'autres pays.
- C.** Le 15 septembre 2009, le juge d'instruction a informé A. qu'il entendait transmettre aux autorités françaises, en exécution de la demande du 12 août 2009, des informations transmises par les banques J. et K. sur les comptes de A., ainsi qu'une liste des comptes bancaires dont A. «pourrait être le titulaire ou l'ayant droit économique, sur la base des informations recueillies dans le cadre des différentes commissions rogatoires et dans la procédure pénale nationale n° 1». A. était invité à faire savoir au juge d'instruction s'il consentait à une remise en exécution simplifiée de la documentation en question et, le cas échéant, à lui indiquer de manière détaillée les raisons qui, selon lui, s'opposeraient à la transmission. Le 7 octobre 2009, le conseil de A. a répondu qu'il ne s'opposait pas à la transmission à l'Etat requérant des documents remis par les banques J. et K. Il déclarait en revanche s'opposer à la transmission des autres documents, au motif qu'une demande tendant à permettre la fixation d'une caution ne sau-

rait, selon lui, donner lieu à l'entraide, dès lors qu'elle ne poursuit pas «un but lié à la répression d'une infraction pénale».

- D. Le 9 octobre 2009, le juge d'instruction a ordonné la transmission aux autorités françaises, sous condition de la spécialité, de la liste des comptes bancaires à l'étranger dont A. pourrait être le titulaire ou l'ayant droit économique. Cette liste mentionne, entre autres, le compte n° 2 auprès de la banque K. à Nassau (Bahamas) et les comptes n° 3, n° 4 et n° 5 auprès de la banque L. à New-York.

Le 11 novembre 2009, A. a recouru contre cette ordonnance, concluant à son annulation en tant qu'elle porte sur la transmission d'informations relatives aux comptes n° 2 et n° 3 dont il est titulaire (dossier n° RR.2009.332). L'Office fédéral de la justice (ci-après: OFJ) a conclu au rejet du recours. Le juge d'instruction a présenté ses observations le 30 novembre 2009. Le recourant a répliqué le 8 décembre 2009.

Par acte séparé du 11 novembre 2009, la société B. a également recouru contre l'ordonnance du 9 octobre 2009, concluant à son annulation en tant qu'elle porte sur la transmission d'informations relatives aux comptes n° 4 et n° 5 dont elle est titulaire (dossier n° RR.2009.333). L'OFJ a conclu au rejet du recours. Le juge d'instruction a présenté ses observations le 30 novembre 2009. La recourante a répliqué le 8 décembre 2009.

Les arguments et moyens de preuves invoqués par les parties seront repris si nécessaire dans les considérants en droit.

La Cour considère en droit:

1. L'économie de procédure peut commander à l'autorité saisie de plusieurs requêtes individuelles de les joindre ou, inversement, à l'autorité saisie d'une requête commune par plusieurs administrés (consorts) ou saisie de prétentions étrangères l'une à l'autre par un même administré, de les diviser; c'est le droit de procédure qui régit les conditions d'admission de la jonction et de la disjonction des causes (BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 173). Bien qu'elle ne soit pas prévue par la Loi fédérale sur la procédure administrative (PA; RS 172.021), applicable à la présente cause par renvoi de l'art. 30 let. b de la Loi fédérale sur le Tribunal pénal fédéral (LTPF; RS 173.71), l'institution de la jonction des causes est néanmoins admise en pratique (cf. arrêt du Tribunal pénal fédéral

RR.2007.187-190 du 8 avril 2008, consid. 1). En l'espèce, il se justifie de joindre les causes RR.2009.332 et RR.2009.333.

- 2.** En vertu de l'art. 28 al. 1 let. e ch. 1 LTPF, mis en relation avec les art. 25 al. 1 et 80e al. 1 de la Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP; RS 351.1) et 9 al. 3 du Règlement du Tribunal pénal fédéral du 20 juin 2006 (RS 173.710), la IIe Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral est compétente pour connaître des recours dirigés contre les décisions de clôture de la procédure d'entraide rendues par l'autorité cantonale d'exécution.
- 2.1** L'entraide judiciaire entre la République française et la Confédération suisse est prioritairement régie par la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (CEEJ; 0.351.1), entrée en vigueur pour la Suisse le 20 mars 1967 et pour la France le 21 août 1967, ainsi que par l'Accord bilatéral complétant la CEEJ (RS 0.351.934.92), conclu le 28 octobre 1996 et entré en vigueur le 1^{er} mai 2000 (ci-après: l'Accord bilatéral). A compter du 12 décembre 2008, les art. 48 ss de la Convention d'application de l'Accord Schengen du 14 juin 1985 (CAAS; n° CELEX 42000A0922[02]; Journal officiel de l'Union européenne L 239 du 22 septembre 2000, p. 19 à 62) s'appliquent également à l'entraide pénale entre la Suisse et la France (v. arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2008.98 du 18 décembre 2008, consid. 1.3). Pour le surplus, l'EIMP et son ordonnance d'exécution (OEIMP; RS 351.11) règlent les questions qui ne sont pas régies, explicitement ou implicitement, par les traités (ATF 130 II 337 consid. 1 p. 339; 128 II 355 consid. 1 p. 357 et la jurisprudence citée). Le droit interne s'applique en outre lorsqu'il est plus favorable à l'octroi de l'entraide que la Convention (ATF 122 II 140 consid. 2 et les arrêts cités). Le respect des droits fondamentaux demeure réservé (ATF 123 II 595 consid. 7c p. 617).
- 2.2** Par analogie avec le Tribunal fédéral, la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral examine librement si les conditions pour accorder l'entraide sont remplies et dans quelle mesure la coopération internationale doit être prêtée (ATF 123 II 134 consid. 1d; 118 Ib 269 consid. 2e). Elle n'est pas liée par les conclusions des parties (art. 25 al. 6 EIMP) et statue avec une cognition libre sur les griefs soulevés, sans toutefois être tenue, comme le serait une autorité de surveillance, de vérifier d'office la conformité de la décision attaquée à l'ensemble des dispositions applicables en la matière (arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2007.33 du 12 mars 2007, consid. 3 et la jurisprudence citée).

- 2.3** A. a la qualité pour recourir contre la transmission d'informations relatives aux comptes n° 2 et n° 3 dont il est titulaire. La société B. a la qualité pour recourir contre la transmission d'informations relatives aux comptes n° 4 et n° 5 dont elle est titulaire (art. 80*h* let. b EIMP et 9*a* let. a OEIMP). Formés dans le délai de l'art. 80*k* EIMP, les recours sont recevables en la forme.
- 3.** La demande d'entraide du 12 août 2009 s'inscrit dans le cadre d'une procédure française de mise en liberté conditionnelle (v. *supra* Faits, let. B). L'autorité requérante sollicite l'entraide afin de déterminer la surface financière de A., pour évaluer le bien-fondé de la demande en modification de la somme fixée au titre de cautionnement formée par celui-ci. Le recourant estime que l'entraide ne peut être accordée en pareille hypothèse.
- 3.1** Aux termes de l'art. 1 par. 1 CEEJ, les Parties Contractantes s'engagent à s'accorder mutuellement l'aide judiciaire la plus large possible dans toute procédure visant des infractions dont la répression est, au moment où l'entraide est demandée, de la compétence des autorités judiciaires de la Partie requérante. Les art. 48 ss CAAS complètent les dispositions de la CEEJ dans le domaine de la petite entraide (v. art. 48 par. 1 CAAS). L'entraide au sens de la CAAS est plus large que celle prévue par la CEEJ, car elle concerne non seulement les procédures judiciaires, mais aussi l'indemnisation en cas de poursuite ou de condamnation injustifiées (art. 49 let. b CAAS), la grâce (art. 49 let. c CAAS), les actions civiles connexes aux actions pénales (art. 49 let. d CAAS), la notification de communications relatives à l'exécution de peines, de mesures de sûreté, d'amendes ou de frais de procédure (art. 49 let. e CAAS) et les «mesures relatives à la suspension du prononcé ou au sursis à l'exécution d'une peine ou mesure de sûreté, à la mise en liberté conditionnelle, à l'ajournement de l'exécution ou à l'interruption de l'exécution d'une peine ou mesure de sûreté» (art. 49 let. f CAAS) (v. ROBERT ZIMMERMANN, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 3^e éd., Berne 2009, n° 32; HANSPETER PFENNINGER, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, in *Accords bilatéraux II Suisse-UE*, Bâle 2006, p. 337 sv.). L'art. 1 par. 2 de l'Accord bilatéral étend le champ d'application de la CEEJ, dans le même sens que l'art. 49 CAAS (v. LAURENT MOREILLON, *La coopération judiciaire pénale dans l'espace Schengen*, in *Aspects pénaux des Accords bilatéraux Suisse/Union européenne*, Bâle 2008, p. 470). S'agissant du droit interne, l'entraide au sens de la troisième partie de l'EIMP comprend la communication de renseignements, ainsi que les actes de procédure et les autres actes officiels admis en droit suisse, lorsqu'ils paraissent nécessaires à la procédure menée à l'étranger et liée à une cause pénale, ou pour récupérer le produit de l'infraction (art. 63 al. 1 EIMP).

- 3.2** De l'avis de l'OFJ, la fixation d'une caution en tant que mesure substitutive à la détention préventive donne lieu à l'entraide, en application de l'art. 1 par. 2 let. b de l'Accord bilatéral, dont la teneur est la suivante: «l'entraide judiciaire est également accordée pour les affaires concernant le sursis à l'exécution d'une peine ou d'une mesure, la libération conditionnelle, le renvoi du début d'exécution d'une peine ou d'une mesure ou l'interruption de l'exécution». Toujours selon l'OFJ, le cas d'espèce «concerne manifestement l'interruption d'une mesure, sinon une libération conditionnelle» au sens de cette disposition.
- 3.2.1** D'emblée, la mise en liberté sous caution en tant que mesures substitutive à la détention provisoire ne peut être assimilée au «sursis à l'exécution d'une peine ou d'une mesure» au sens de l'art. 1 par. 2 let. b de l'Accord bilatéral, ni au «sursis à l'exécution d'une peine ou mesure de sûreté» au sens de l'art. 49 let. f CAAS. L'interprétation contraire de l'OFJ se heurte au texte clair de la loi, dès lors que les hypothèses visées par les dispositions précitées concernent des cas où un jugement condamnatore a déjà été rendu dans l'Etat requérant, ce qui n'est pas le cas en matière de détention préventive.
- 3.2.2** De même, la notion de «libération conditionnelle» au sens des art. 1 par. 2 let. b de l'Accord bilatéral et 49 let. f CAAS n'inclut pas la mise en liberté sous caution en tant que mesure substitutive à la détention préventive. Ces deux dispositions mentionnent en effet la «libération conditionnelle» au nombre d'une liste de mesures relatives à l'*exécution* des peines et mesures (sursis à l'exécution d'une peine ou d'une mesure, renvoi du début d'exécution d'une peine ou d'une mesure et interruption de l'exécution s'agissant de l'art. 1 par. 2 let. b de l'Accord bilatéral; suspension du prononcé ou sursis à l'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté, ajournement de l'exécution et interruption de l'exécution d'une peine ou mesure de sûreté s'agissant de l'art. 49 let. f CAAS): toutes ces mesures présupposent qu'un jugement condamnatore ait déjà été rendu dans l'Etat requérant. L'hypothèse de la libération conditionnelle d'un prévenu en tant que mesure substitutive à sa détention préventive n'est partant pas visée par l'art. 1 par. 2 let. b de l'Accord bilatéral, ni par l'art. 49 let. f CAAS. La «libération conditionnelle» au sens de ces dispositions est définie, en droit pénal matériel suisse, à l'art. 86 al. 1 CP. Aux termes de cette disposition, l'autorité compétente libère conditionnellement le détenu qui a subi les deux tiers de sa peine, mais au moins trois mois de détention, si son comportement durant l'exécution de la peine ne s'y oppose pas et s'il n'y a pas lieu de craindre qu'il ne commette de nouveaux crimes ou de nouveaux délits. Ce type de libération conditionnelle, qui présuppose l'existence d'un ju-

gement condamnatore, entre dans les champs d'application de l'art. 1 par. 2 let. b de l'Accord bilatéral et de l'art. 49 let. f CAAS. Ces dernières dispositions ne permettent en revanche pas aux autorités suisses de transmettre des informations bancaires par la voie de l'entraide, dans le seul but de permettre à l'autorité requérante de traiter une demande de mise en liberté provisoire formée par l'inculpé détenu préventivement.

3.3 Le droit interne s'applique lorsqu'il est plus favorable à l'octroi de l'entraide que les traités (ATF 122 II 140 consid. 2 et les arrêts cités).

3.3.1 Aux termes de l'art. 63 al. 1 EIMP, l'entraide au sens de la troisième partie de l'EIMP «comprend la communication de renseignements, ainsi que les actes de procédure et les autres actes officiels admis en droit suisse, lorsqu'ils paraissent nécessaires à la procédure menée à l'étranger et liée à une cause pénale, ou pour récupérer le produit de l'infraction». Selon l'al. 3 de cette disposition, «par procédure liée à une cause pénale, il faut entendre notamment la poursuite d'infractions, au sens de l'art. 1, al. 3 [let. a], les mesures administratives à l'égard de l'auteur d'une infraction [let. b], l'exécution de jugements pénaux et la grâce [let. c] et la réparation pour détention injustifiée [let. d]». La version française du texte comporte une ambiguïté, en ce sens qu'elle donne à penser que l'art. 63 al. 1 EIMP viserait la procédure pénale étrangère en tant que telle, tandis que l'al. 3 concernerait des procédures reliées à la procédure pénale étrangère. Cette ambiguïté est toutefois levée à la lumière des versions allemande et italienne de la phrase introductive de l'art. 63 al. 3 EIMP. Ainsi, selon le texte allemand, «*als Verfahren in strafrechtlichen Angelegenheiten gelten insbesondere (...)*»; de même, dans la version italienne, «*sono procedimenti in materia penale segnatamente (...)*». Il s'ensuit que les al. 1 et 3 de l'art. 63 EIMP traitent clairement de la même matière, à savoir de la procédure étrangère pour laquelle l'entraide judiciaire internationale en matière pénale peut être accordée. L'art. 63 al. 3 EIMP donne une liste exemplative et non exhaustive (usage du terme «notamment»; «*insbesondere*»; «*segnatamente*») de ces procédures. Il s'ensuit que les procédures à l'étranger susceptibles de donner lieu à l'entraide de la part de la Suisse sont circonscrites de façon plus précise dans la CAAS ou dans l'Accord bilatéral que dans l'EIMP. En ce sens, l'EIMP s'applique au cas d'espèce, puisqu'il est plus favorable à l'entraide que les traités.

3.3.2 Il est constant que l'usage du terme «notamment» à l'art. 63 al. 3 EIMP ne permet pas d'exclure a priori – contrairement à ce qui prévaut sous l'empire de la CAAS ou de l'Accord bilatéral – l'octroi de l'entraide lorsque celle-ci est demandée dans le seul but de permettre à l'autorité requérante de fixer

le montant de la caution à fournir par l'inculpé détenu préventivement, en vue d'une mise en liberté provisoire. Cela étant, la transmission par voie d'entraide de données bancaires à cette seule fin contrevient à plusieurs égards au principe de proportionnalité.

Ce principe est respecté lorsque la mesure choisie est d'une part propre à atteindre le but visé (règle de l'aptitude; v. ATF 131 I 91 consid. 3.3) et d'autre part nécessaire, en ce sens qu'il ne doit exister aucune autre mesure plus respectueuse des libertés et tout aussi apte à produire le résultat escompté (règle de la nécessité; v. ATF 130 I 65 consid. 3.5.2).

3.3.2.1 S'agissant en premier lieu de la règle de l'aptitude, il est douteux en l'occurrence que les informations bancaires requises soient propres à établir la situation économique de la personne inculpée dans le cadre de la procédure française. En effet, il faudrait pour cela que l'information en question soit exhaustive, ce qui demeure particulièrement difficile à savoir. De plus, il faut que l'information soit encore à jour au moment où l'Etat requérant est à même de fixer le montant de la caution, ce qui n'est jamais garanti. Ainsi donc, dans la mesure où la transmission d'informations bancaires n'offre qu'un faible degré de certitude quant à la réalité de la situation économique globale de l'intéressé, il n'est pas conforme aux exigences de la proportionnalité d'en faire usage à la seule fin d'établir la situation économique d'une personne dans le cadre de la fixation du montant de la caution.

3.3.2.2 En second lieu, l'octroi de l'entraide est soumis à la condition que l'acte demandé par l'Etat requérant «paraisse nécessaire à la procédure menée à l'étranger», conformément à l'art. 63 al. 1 EIMP. La transmission d'informations bancaires paraît par exemple nécessaire à la procédure menée à l'étranger lorsqu'elle est susceptible de mettre en lumière l'état de fait pertinent quant à la réalisation des conditions objectives de l'infraction poursuivie par l'Etat requérant. La Cour ne voit en revanche pas en quoi la fixation du montant d'une caution paraîtrait nécessaire à la procédure menée à l'étranger. Ainsi, si l'autorité étrangère saisie d'une demande de mise en liberté sous caution a des raisons de croire que l'inculpé est titulaire d'un compte bancaire suisse, rien ne l'empêche d'exiger de celui-ci qu'il obtienne lui-même un extrait de compte auprès de la banque concernée; l'inculpé qui refuserait de coopérer en subirait les conséquences procédurales, puisque la coopération est de nature à augmenter ses chances d'obtenir une mise en liberté sous caution. Cette manière de procéder répond aux exigences de célérité dans une bien plus large mesure que la mise en œuvre d'une procédure d'entraide. En conséquence, l'utilisation de

la voie de l'entraide dans le seul but de fixer le montant d'une caution ne paraît aucunement nécessaire, au sens de l'art. 63 al. 1 EIMP.

En effet, selon la jurisprudence, le principe ancré à l'art. 63 al. 1 EIMP selon lequel l'entraide ne peut être accordée que dans la mesure où elle est nécessaire à la découverte de la vérité recherchée par les autorités pénales de l'Etat requérant a pour conséquence que la coopération internationale peut être refusée si les actes requis sont sans rapport avec l'infraction poursuivie et manifestement impropres à faire progresser l'enquête, de sorte que la demande apparaît comme le prétexte à une recherche indéterminée de moyens de preuve (ATF 122 II 367 consid. 2c p. 371; 121 II 241 consid. 3a p. 242/243; 120 Ib 251 consid. 5c p. 255; arrêt du Tribunal fédéral 1A.79/2005 du 27 avril 2005). Le principe de la proportionnalité s'oppose par conséquent à ce que les informations bancaires concernant une personne soient transmises par la voie de l'entraide dans le seul but de fixer le montant d'une caution, sans qu'il y ait de rapport entre lesdites informations et l'infraction poursuivie dans l'Etat requérant.

4. En l'espèce, le juge d'instruction a ordonné la transmission à l'autorité requérante de la liste des comptes bancaires à l'étranger dont A. pourrait être titulaire ou ayant droit économique, au motif que celle-ci serait, selon lui, susceptible de faire progresser l'enquête française. Dans le même sens, l'OFJ a relevé que, dans son arrêt du 5 août 2009 (RR.2009.142-147; v. *supra* Faits, let. A), la Cour de céans avait mis les frais de procédure à la charge des recourants, au motif que rien n'indiquait *prima facie* que la demande d'entraide judiciaire du 19 mars 2008 aurait dû être refusée et les recours admis.
 - 4.1 Il est de jurisprudence constante que la question de savoir si les renseignements demandés sont nécessaires ou simplement utiles à la procédure pénale étrangère est en principe laissée à l'appréciation des autorités de poursuite de cet Etat (arrêts du Tribunal fédéral 1A.277/2006 du 13 mars 2007, consid. 3.1; 1A.150/2005 du 8 août 2005, consid. 5.1; 1A.98/2004 du 15 juin 2004, consid. 2.1; 1A.48/2002 du 16 avril 2002, consid. 2.1). L'autorité suisse chargée de l'exécution de l'entraide ne dispose que d'une vision restreinte de la procédure étrangère; ainsi, dès lors que l'autorité requérante renonce à la transmission de certaines pièces, l'autorité requise ne peut que prendre acte de cette renonciation. Lorsque la demande d'entraide est retirée par l'autorité compétente, il n'y a pas lieu d'en achever l'exécution (arrêts du Tribunal fédéral 1A.218/2003 du 17 décembre 2003, consid. 3.5; 1A.418/1996 du 12 mars 1997, consid. 2).

- 4.2** En l'espèce, le 4 avril 2008, l'autorité requérante a, dans un premier temps, présenté une demande d'entraide tendant à la transmission d'informations sur les comptes bancaires contrôlés par A., dans le but d'établir les faits pertinents sur lesquels portait l'enquête française. L'autorité requérante a par la suite retiré cette demande. Dans un deuxième temps, le 12 août 2009, l'autorité requérante a présenté une demande d'entraide tendant également à la transmission d'informations sur les comptes bancaires contrôlés par A. Cette dernière demande visait uniquement à déterminer la surface financière de A., pour évaluer le bien-fondé d'une demande en modification de la somme fixée au titre de cautionnement formée par celui-ci.
- 4.2.1** Suite au retrait de la commission rogatoire du 4 avril 2008, l'autorité d'exécution n'était plus fondée à exécuter cette demande, même si celle-ci était à première vue recevable et légitime (v. arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2009.142-147 du 5 août 2009, consid. 2.3). En d'autres termes, le retrait de cette requête lie les autorités de l'Etat requis.
- 4.2.2** L'argument de l'OFJ selon lequel l'admission des recours entraînerait le dépôt d'une demande complémentaire n'est au surplus pas convaincant. En effet, dès lors que l'autorité requérante a retiré sa demande du 4 avril 2008, on ne voit pas pourquoi elle réitérerait cette même demande, étant précisé qu'elle conserve toujours cette faculté.
- 4.2.3** De par leur nature administrative (ATF 121 II 93 consid. 3b et les références citées), les décisions relatives à l'exécution de l'entraide judiciaire ne sont pas, contrairement aux jugements civils ou pénaux, revêtues de la force de chose jugée. Partant, elles peuvent être réexaminées en tout temps, la décision de clôture de la procédure d'entraide ne créant aucun droit subjectif pour les parties (ATF 121 II 93 consid. 3b). Si l'Etat requérant ne peut revenir à la charge pour les mêmes faits et les mêmes motifs, en demandant les mêmes mesures (ATF 109 Ib 156 consid. 1b p. 157), rien ne l'empêche de compléter ou de réitérer sa demande en se fondant sur des faits nouveaux ou un changement de législation (ATF 112 Ib 215 consid. 4 p. 218; 111 Ib 242 consid. 6 p. 251/252; 109 Ib 156 consid. 3b p. 157/158), de requérir des mesures nouvelles ou encore de demander à l'Etat requis de statuer sur des points laissés indécis dans le cadre d'une décision précédente (arrêt du Tribunal fédéral 1A.290/2000 du 20 février 2001, consid. 2/a). Ainsi, si en l'espèce l'autorité requérante devait, dans le futur, trouver un nouvel intérêt à la transmission des documents relatifs aux comptes bancaires à disposition de A., pour établir les faits pertinents dans le cadre de son enquête, elle aurait la possibilité de présenter à nouveau une demande dans ce sens. La demande d'entraide du 12 août 2009 ne

saurait en revanche être interprétée comme telle, dès lors que l'autorité requérante déclare solliciter l'entraide dans le *seul* but d'évaluer le bien-fondé de la demande en modification de la somme fixée au titre de cautionnement formée par A. L'entraide ne peut être accordée à cette seule fin (v. *supra* consid. 3).

5. Vu ce qui précède, les autorités suisses ne peuvent donner suite à la demande d'entraide française du 12 août 2009. Le recours est admis, dans le sens des considérants qui précèdent. L'ordonnance querellée est annulée. Il y a lieu de renoncer à percevoir des frais (art. 63 al. 1 et 2 PA). La caisse du Tribunal pénal fédéral restituera aux recourants l'avance de frais versée par CHF 8'000.--.

6. 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). Le dispositif indique le montant des dépens alloués qui, lorsqu'ils ne peuvent pas être mis à la charge de la partie adverse déboutée, sont supportés par la collectivité ou par l'établissement autonome au nom de qui l'autorité inférieure a statué (art. 64 al. 2 PA). En l'espèce, les recours formés respectivement par A. et par la société B. sont identiques. Le conseil des recourants n'a pas produit de liste des opérations effectuées. Vu l'ampleur et la difficulté relatives de la cause, et dans les limites admises par le règlement du 26 septembre 2006 sur les dépens et indemnités alloués devant le Tribunal pénal fédéral (RS 173.711.31), l'indemnité est fixée *ex aequo et bono* à CHF 2'000.-- (TVA comprise), à la charge de la partie adverse.

Par ces motifs, la Cour prononce:

1. Les causes RR.2009.332 et RR.2009.333 sont jointes.
2. Les recours sont admis. L'ordonnance querellée est annulée.
3. Le présent arrêt est rendu sans frais. La caisse du Tribunal pénal fédéral restituera aux recourants l'avance de frais effectuée par CHF 8'000.--.
4. Une indemnité de CHF 2'000.-- (TVA comprise) est allouée aux recourants, à la charge de la partie adverse.

Bellinzona, le 5 février 2010

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

La présidente:

Le greffier:

Distribution

- Me Shahram Dini, 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).