

Bundesstrafgericht
Tribunal pénal fédéral
Tribunale penale federale
Tribunal penal federal



Numéro de dossier: RR.2013.276
(Procédure secondaire: RP.2013.55)

Arrêt du 13 décembre 2013

Cour des plaintes

Composition

Les juges pénaux fédéraux Stephan Blättler, président, Giorgio Bomio et Nathalie Zufferey Francioli, la greffière Claude-Fabienne Husson Albertoni

Parties

A.,
représenté par Mes Patrick Blaser et
Pierre Bydzovsky, avocats,

recourant

contre

MINISTÈRE PUBLIC DU CANTON DE GENÈVE,

partie adverse

Objet

Entraide judiciaire internationale en matière pénale à
la République de Guinée

Présence de fonctionnaires étrangers (art. 65a
EIMP); effet suspensif (art. 80/ al. 3 EIMP)

Faits:

- A.** Le 6 août 2013, le Juge d'instruction près le Tribunal de première instance de Kaloum (République de Guinée; ci-après: Guinée) a fait parvenir à la Suisse, par l'intermédiaire d'un cabinet d'avocats international E. une demande d'entraide judiciaire dans le cadre de la procédure pénale qu'il mène à l'encontre de B., C. et autres pour corruption (art. 191 à 197 du Code pénal guinéen; act. 9.1; act. 9.2).

En bref, il fait valoir qu'en 2011 des allégations de corruption ont été portées à la connaissance du gouvernement de Guinée relatives à l'acquisition de droits miniers par des sociétés du groupe D. sur les gisements de minerai de fer de Z. et Y. Les allégations visent notamment la participation d'officiels guinéens au schéma de corruption qui aurait été mis en place par ces sociétés ou leurs représentants. Le Gouvernement guinéen a, sur cette base, entrepris d'examiner les circonstances entourant la délivrance par les autorités centrales guinéennes, entre 2006 et 2010, de permis et autorisations et contrats au bénéfice des sociétés du groupe D., F. Ltd et G. Sarl, filiales détenues à 100% par H. Ltd, une société du groupe D., immatriculée à Guernesey. Les investigations ont également porté sur les circonstances entourant la cession en 2010 par la société H. Ltd, d'une participation majoritaire de 51% dans les projets de Z. et Y. à une compagnie minière brésilienne, I., pour une valeur de USD 2,5 milliards. A la suite de cette cession, la société de projet en Guinée a été renommée J. Srl. Les enquêtes menées auraient permis d'établir que K. – qui a accepté de coopérer avec les autorités – aurait reçu des promesses, des versements et des cadeaux de la part de sociétés du groupe D. ou affiliées et/ou de leurs représentants, en contrepartie de son assistance dans l'obtention des droits mentionnés ci-dessus. Plusieurs témoins auraient déclaré que L., notamment, aurait participé directement au processus corruptif précité. Par ailleurs, plusieurs sociétés impliquées dans ce schéma corruptif, dont le groupe D., opéreraient depuis Genève.

Les mesures sollicitées par l'autorité requérante visaient à la recherche d'informations concernant différentes personnes physiques et morales, dont A. "*ayant joué un rôle clé dans la gestion des ressources financières de M.*", ainsi qu'à des perquisitions et des auditions (act. 1.31).

- B.** Le 23 août 2013, le Ministère public genevois (ci-après: MP-GE), autorité d'exécution, est entré en matière sur ladite demande d'entraide et a ordon-

né les actes d'exécution requis, notamment une perquisition au domicile de A.

Il a également ouvert sa propre procédure pénale pour corruption d'agents publics étrangers (art. 322^{septies} CP; P/12914/2013).

Le 4 octobre 2013, Me N., avocat de l'étude E., à Paris, a adressé un fax au MP-GE lui demandant de "*bien vouloir autoriser le Procureur de la République de Guinée, Monsieur O., accompagné des avocats du cabinet E., conseils du Gouvernement de la République de Guinée, à assister [...] au tri des documents qui sera effectué dans ce dossier en vue de la préparation des auditions de témoins, puis assister à ces auditions*".

Le même jour, le MP-GE a, d'une part, apposé sur ce document un timbre "n'empêche" avec la mention manuscrite suivante: "sous réserve d'un recours d'une des parties touchées [...]". Il a, d'autre part, rendu une décision d'entrée en matière complémentaire autorisant la participation de l'autorité requérante aux actes d'exécution, sous réserve de la signature d'une garantie de ne pas utiliser les informations recueillies comme moyens de preuve (act. 1.1).

- C. Le 21 octobre 2013, A. recourt contre la décision complémentaire précitée. Il conclut:

"Préalablement

- Accorder l'effet suspensif au présent recours.
- Suspendre le droit de la République de Guinée, de ses agents et représentants de consulter les pièces du dossier ainsi que d'assister aux audiences d'instruction, jusqu'à droit connu sur la demande d'entraide formée le 9 août 2013 par P., juge d'instruction près la Cour d'appel de Conakry, adressée le 9 août 2013 par Me N., avocat à Paris au sein de l'étude d'avocats E., agissant en qualité de représentant de la République de Guinée.

Principalement

A la forme

- Déclarer recevable le présent recours interjeté contre la décision rendue le 4 octobre 2013 et notifiée au domicile élu du recourant le 9 octobre 2013.

Préalablement

- Interpeller la Direction du droit international public du Département fédéral des affaires étrangères afin que celle-ci fournisse sa prise de position, d'une part, sur l'aptitude de la République de Guinée à se conformer aux garanties exi-

gées par le Ministère public genevois et, d'autre part, sur la situation actuelle de ce pays en ce qui concerne le respect des droits fondamentaux et procéduraux.

Au fond

- Annuler l'ordonnance rendue le 4 octobre 2013 dans la procédure N° CP/262/2013 - OFJ B 236'406 par le Ministère public de la République et Canton de Genève.

Subsidiairement

A la forme

- Déclarer recevable le présent recours interjeté contre la décision rendue le 4 octobre 2013 et notifiée au domicile élu du recourant le 9 octobre 2013.

Préalablement

- Interpeller la Direction du droit international public du Département fédéral des affaires étrangères afin que celle-ci fournisse sa prise de position, d'une part, sur l'aptitude de la République de Guinée à se conformer aux garanties exigées par le Ministère public genevois et, d'autre part, sur la situation actuelle de ce pays en ce qui concerne le respect des droits fondamentaux et procéduraux.

Au fond

- Annuler le premier paragraphe de l'ordonnance rendue le 4 octobre 2013 dans la procédure N° CP/262/2013 - OFJ B 236'406 par le Ministère public de la République et Canton de Genève.
- Le modifier comme suit:

" Refuse la requête formée le 4 octobre 2013 par Me N., avocat à Paris au sein de l'antenne parisienne du cabinet d'avocats anglais E. agissant "en qualité de représentant de la République de Guinée".

Procède au tri des documents en la seule présence de A. et de ses conseils suisses.

Cela fait, autorise l'autorité requérante à participer aux auditions à venir, à l'exclusion d'avocats agissant en qualité de représentants de la République de Guinée, pour autant que l'autorité requérante s'engage au préalable, selon les termes que chacun de ses agents autorisés à participer aura signée, à ne pas utiliser comme moyen de preuve, directement ou indirectement, les informations obtenues dans le cadre de la procédure d'entraide ou d'autres procédures pénales connexes pour les besoins de toute procédure pénale, civile, administrative ou arbitrale, en République de Guinée ou à l'étranger, notamment:

a) la procédure N° ARB/12/3 entre Q. et la République de Guinée devant le Centre international de Règlement des différends relatifs aux Investissements;

b) la procédure N° ICC - 19319/MCP entre R. Sarl et la République de Guinée devant la Chambre de commerce Internationale de Paris;

c) la procédure N° C/7807/2012 entre R. Sarl et la République de Guinée devant le Tribunal civil de la République et canton de Genève."

En tout état

- Débouter le Ministère public de la République et canton de Genève et les éventuelles autres parties à la procédure de toutes autres ou contraires conclusions.
- Condamner le Ministère public de la République et canton de Genève à tous les frais et dépens de l'instance."

Pour motifs, il invoque pour l'essentiel une invalidité des garanties requises par le MP-GE de la part d'avocats du gouvernement guinéen, l'existence d'un préjudice immédiat et irréparable et le fait que l'entraide devra être refusée sur le fond (act. 1).

D. L'effet suspensif a été octroyé au recours à titre superprovisoire le 24 octobre 2013 (RP.2013.55; act. 2).

E. Dans le cadre de la procédure sur effet suspensif, le MP-GE a fait part de ses observations le 28 octobre 2013 (RP.2013.55; act. 4).

L'Office fédéral de la justice (ci-après: OFJ) a pour sa part conclu, le 30 octobre 2013, à l'irrecevabilité du recours sous suite de frais (RP.2013.55; act. 5).

F. Le 7 novembre 2013, l'OFJ, sur requête de la Cour, lui a remis plusieurs documents concernant E. et précisant à quel titre interviennent les avocats dont la présence a été requise pendant le tri des pièces et les auditions à venir (act. 9.1; act. 9.2).

G. Invité à se déterminer sur le fond, le 14 novembre 2013, l'OFJ s'est référé intégralement à ses observations du 30 octobre 2013 (act. 10).

Le même jour, le MP-GE a conclu à ce que le recours soit "*déclaré irrecevable avec suite de frais, dans la mesure où il soulève des griefs ressortis-*

sant à l'art. 2 EIMP et conclut au refus de l'entraide" ainsi qu'à ce qu'il soit "déclaré mal fondé et rejeté avec suite de frais, dans la mesure où il conclut au refus de la participation de l'autorité requérante, fût-ce par le ministère d'avocats" (act. 11).

Dans sa réplique du 28 novembre 2013, A. a persisté dans ses conclusions (act. 15).

Le 6 décembre 2013, le MP-GE a fait parvenir à la Cour une duplique et a persisté dans ses conclusions (act. 17).

Le 9 décembre 2013, le MP-GE a informé l'autorité de céans que B. et C. ont été remis en liberté sous caution en Guinée le 30 novembre dernier (act. 19).

Le 12 décembre 2013, le recourant a spontanément fait parvenir à la Cour une "réplique" (act. 21).

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 la République de Guinée et la Confédération suisse est régie par la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP; RS 351.1) et son ordonnance d'exécution (OEIMP; RS 351.11).
- 1.2** La 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 les autorités cantonales ou fédérales d'exécution et, conjointement, contre les décisions incidentes (art. 25 al. 1 et 80e al. 1 EIMP, mis en relation avec l'art. 37 al. 2 let. a ch. 1 de la loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération [LOAP; RS 173.71] et l'art. 19 al. 1 du règlement sur l'organisation du Tribunal pénal fédéral [ROTPF; RS 173.713.161]).
- 1.3** Le délai de recours contre les décisions incidentes est de dix jours dès la communication écrite de celle-ci (art. 80k EIMP). Déposé à un bureau de

poste suisse le 21 octobre 2013, le recours contre la décision incidente notifiée le 9 octobre 2013 est intervenu en temps utile.

2.

- 2.1 A teneur de l'art. 80e al. 2 EIMP, les décisions incidentes rendues par l'autorité d'exécution antérieurement à la décision de clôture sont attaquables séparément lorsqu'elles causent à leur destinataire un dommage immédiat et irréparable découlant de la saisie d'objets ou de valeurs (let. a) ou de la présence de personnes qui participent à la procédure à l'étranger (let. b). Conformément à la jurisprudence développée par le Tribunal fédéral en application de l'ancienne procédure de recours et reprise par la Cour de céans, le recours au Tribunal pénal fédéral doit être admis de manière exceptionnelle. Il incombe au recourant d'indiquer, dans l'acte de recours, en quoi consiste le dommage et de démontrer que celui-ci ne serait pas réparable par un prononcé annulant, le cas échéant, la décision de clôture à rendre ultérieurement (ATF 128 II 211 consid. 2.1).

En application de l'art. 65a EIMP, les personnes qui participent à la procédure à l'étranger peuvent être autorisées à assister aux actes d'entraide. Leur participation doit être accordée largement. Elle est de nature à faciliter l'exécution des actes d'entraide (ZIMMERMANN, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 3^e éd., Berne 2009, n° 407 s.). En effet, la présence de représentants de l'Etat requérant ayant suivi l'affaire dès le début et ayant une bonne connaissance du dossier peut faciliter considérablement le travail de l'autorité requise, permettant d'identifier de manière plus sûre les données importantes, et d'écarter d'emblée celles qui ne présentent pas d'intérêt. La présence permet par ailleurs à l'autorité d'exécution de respecter au mieux les principes de célérité et de proportionnalité (cf. arrêt du Tribunal fédéral 1A.259/2005 du 15 novembre 2005, consid. 1.2; ég. DE PREUX/WILHELM, La présence du magistrat étranger en Suisse dans la procédure d'entraide internationale en matière pénale, in SJZ 102/2006, p. 94; ZIMMERMANN, op. cit., n° 408). En autorisant la participation d'agents étrangers, l'autorité d'exécution permet aussi à ces agents de consulter les pièces du dossier (cf. art. 65a al. 1 *in fine* EIMP).

La participation des enquêteurs étrangers ne doit toutefois pas avoir pour conséquence que des informations confidentielles parviennent à l'autorité requérante avant qu'il ne soit statué sur l'octroi et l'étendue de l'entraide (art. 65a al. 3 EIMP). Ainsi, la consultation du dossier doit s'effectuer dans des modalités garantissant qu'aucun renseignement utilisable par l'autorité requérante ne parvienne à celle-ci avant l'entrée en force de la décision de

clôture (voir ATF 130 II 329 consid. 3; 128 II 211 consid. 2.1; arrêt du Tribunal fédéral 1A.259/2005 du 15 novembre 2005, consid. 1.2).

Contrairement à ce que le libellé du texte légal laisse supposer, le prononcé d'un séquestre ou l'autorisation accordée à des fonctionnaires étrangers de participer à l'exécution de la demande ne causent pas, *ipso facto*, un dommage immédiat et irréparable au sens de l'art. 80e al. 2 let. b EIMP (ATF 128 II 211 consid. 2.1; 353 consid. 3; arrêt du Tribunal fédéral 1A.225/2006 du 6 mars 2007, consid. 1.5.1, publié dans Die Praxis 11/2007 n° 130; arrêt du Tribunal fédéral 1A.259/2005 du 15 novembre 2005, consid. 1.3; arrêts du Tribunal pénal fédéral RR.2007.51 du 29 mai 2007, consid. 3.1 et RR.2007.6 du 22 février 2007, consid. 2.4 et 2.5). Un dommage immédiat et irréparable n'est envisageable que dans le cas visé à l'art. 65a al. 3 EIMP, c'est-à-dire celui où la présence de fonctionnaires étrangers aurait pour conséquence de porter à la connaissance des autorités de l'Etat requérant des faits touchant au domaine secret avant le prononcé d'une décision définitive sur l'octroi et l'étendue de l'entraide. Ce risque peut toutefois être évité par le biais de la fourniture de garanties par l'autorité requérante quant à la non utilisation prématurée des informations (ATF 128 II 211 consid. 2.1; arrêts du Tribunal fédéral 1A.3/2007 du 11 janvier 2007, consid. 2.3 et 1A.217/2004 du 18 octobre 2004, consid. 2.6, publié dans RtiD 1-2005 n° 42 p. 162 ss; dans ce sens, ZIMMERMANN, op. cit., n° 409). Constituent en général des garanties suffisantes l'interdiction d'utiliser les informations recueillies, de prendre des notes ou de faire des copies et d'accéder aux procès-verbaux d'audition (ATF 131 II 132 consid. 2.2; arrêt du Tribunal fédéral 1A.225/2006 du 6 mars 2007, consid. 1.5.1, publié dans Die Praxis 11/2007 n° 130; arrêt du Tribunal fédéral 1A.215/2006 du 7 novembre 2006, consid. 1.3; arrêts du Tribunal pénal fédéral RR.2010.252 du 27 janvier 2011, consid. 2.1; RR.2009.205-206 du 24 juin 2009, p. 3 s.; RR.2008.259-260 du 2 octobre 2008 et RR.2008.106-107 du 17 juin 2008, consid. 3; TPF 2008 116 consid. 5.1; ég. ZIMMERMANN, op. cit., n°409).

2.2

2.2.1 Le requérant allègue au titre de dommage immédiat et irréparable la prétendue situation politico-juridique prévalant dans l'Etat requérant. Il se réfère par ailleurs à la violation des garanties procédurales dans cet Etat et en particulier de celle de la propriété. Il invoque en effet avoir été exproprié des biens immobiliers dont il disposait en Guinée. Le requérant estime qu'aucun engagement ne peut être valablement obtenu de la part de la Guinée. Il cite la jurisprudence de la Cour de céans rendue à propos de l'Egypte (act. 1, p. 31 ss). Il fait valoir que la justice guinéenne est subordonnée au pouvoir exécutif. Le fait que ce pouvoir ait demandé la présence de ses représentants démontrerait qu'elle ne serait pas indépendante.

2.2.2 Il y a lieu de traiter ces griefs sous l'angle de l'art. 2 let. a EIMP et de considérer d'emblée qu'ils sont prématurés. En effet, de tels arguments ne sont recevables que dans le cadre d'un éventuel recours à l'encontre de la décision de clôture de la procédure d'entraide. A ce stade, la Cour de céans ne saurait examiner les décisions d'entrée en matière dans leur ensemble. Soucieux d'accélérer les procédures d'entraide, le législateur a prévu un unique recours, lors de la décision de clôture, à l'occasion duquel sont examinés tous les griefs soulevés à l'encontre de l'entraide judiciaire. Dans le cadre exceptionnel d'un recours incident, le principe de la célérité consacré à l'art. 17a EIMP impose que seuls soient résolus les problèmes susceptibles de causer un préjudice immédiat et irréparable, soit en l'espèce la présence de fonctionnaires étrangers, à l'exclusion des questions relatives à l'admissibilité de la demande d'entraide (cf. ATF 130 II 329 consid. 3; arrêt non publié du Tribunal fédéral 1A.172/1999 du 29 septembre 1999, consid. 3e, publié dans Die Praxis 89/2000 n° 38; voir aussi arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2007.51 du 29 mai 2007, consid. 3.3 et références; ZIMMERMANN, op. cit., n° 308). A cette phase de la procédure, il n'appartient donc pas à l'autorité de recours d'examiner le bien-fondé de la demande d'entraide.

2.2.3 Ces éléments eussent-ils été recevables qu'il conviendrait de constater que l'absence d'indépendance du pouvoir judiciaire invoquée par le requérant n'est qu'une allégation toute générale. Quant au contexte politique sensible dont argue le requérant, il n'est pas à même de faire douter du respect des garanties à donner. Même si la Guinée a connu ces derniers temps des poussées de violence et est la proie de confrontations interethniques, les récentes élections législatives et la victoire du parti du président Alpha Condé devraient parachever la transition de la Guinée vers la démocratie et mettre fin à la période d'instabilité que le pays connaît depuis le putsch militaire de 2008 (voir <http://www.lemonde.fr/afrique/article/2013/>

11/16/guinee-la-victoire-du-pouvoir-aux-legislatives-de-septembre-confirmee_3514877_3212.html).

Il convient encore de relever qu'il est douteux que le recourant puisse se prévaloir de l'art. 2 EIMP. Seule le peut en effet la personne dont est demandée l'extradition ou le transfèrement. Lorsque l'Etat requérant demande l'entraide judiciaire et notamment la remise de documents bancaires, peut invoquer l'art. 2 EIMP l'accusé se trouvant sur le territoire de l'Etat requérant (ATF 129 II 268 consid. 6.1; 125 II 356 consid. 8b) et qui peut démontrer être concrètement exposé au risque de mauvais traitements ou de violation de ses droits de procédure. En revanche, n'est en principe pas recevable à se plaindre de la violation de l'art. 2 EIMP celui qui se trouve à l'étranger ou qui réside sur le territoire de l'Etat requérant sans y courir aucun danger (ATF 126 II 324 consid. 4e). L'absence du territoire protège d'un traitement inhumain contraire aux art. 3 CEDH et 7 Pacte ONU II, ainsi que d'une violation des garanties liées à la liberté personnelle prévues aux art. 5 CEDH et 9 Pacte ONU II (ATF 130 II 217 consid. 8.2 et références citées). Dans son arrêt 1A.212/2000 du 19 septembre 2000, le Tribunal fédéral a néanmoins reconnu qu'un Etat requérant peut, en certaines circonstances, également violer les garanties de procédure de l'art. 6 CEDH même d'un prévenu qui ne se trouverait pas sur son territoire. La Cour de céans a fait sienne cette jurisprudence à deux reprises au moins (TPF 2010 56 consid. 6.2.2; arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2007.161 du 14 février 2008, consid. 5.3). Aussi, dans l'hypothèse d'un recours à l'encontre de la décision de clôture de la procédure d'entraide, le recourant devra tenir présent à l'esprit qu'il ne peut se prévaloir de griefs émanant de l'art. 2 EIMP que pour autant qu'il satisfait les conditions posées par la jurisprudence et rappelée ci-dessus.

- 2.3** En invoquant le fait que le MP-GE a, pour le tri des pièces et pour diverses auditions sollicitées par la Guinée, autorisé la présence de mandataires de l'Etat requérant, soit en l'occurrence d'avocats du cabinet international E., le recourant soutient être exposé à un dommage irréparable. Selon lui, vu l'obligation de fidélité à laquelle les avocats sont tenus vis-à-vis de leur mandant, ils ne pourraient valablement s'engager en vertu de l'art. 65a EIMP (act. 1 p. 31, 32). Le recourant se réfère en particulier à un récent arrêt du Tribunal fédéral (1C_545/2013 du 11 juillet 2013, publication ATF prévue). Toujours selon le recourant, considérant les litiges civils qui l'opposent à la Guinée et sachant que le cabinet susmentionné représente par ailleurs les intérêts de S. en Guinée – lequel serait un proche du président Alpha Condé et aurait des visées sur ce pays –, les informations recueillies par le biais de la procédure d'entraide tomberaient inévitablement entre les mains de la Guinée pour être utilisées dans les litiges en question.

2.3.1 Il n'y a pas lieu de douter que le MP-GE, comme il l'a du reste rappelé dans son courrier du 30 octobre 2013 (act. 5), ainsi que dans sa duplique (act. 17 p. 2 pt. 4), prendra les mesures nécessaires afin qu'aucun renseignement ne puisse être utilisé dans l'Etat requérant "d'aucune manière et dans aucune espèce ce procédure" avant le prononcé d'une décision de clôture. Ces mesures consistent dans les déclarations de garantie que ses représentants *autorisés* signeront avant tout tri des pièces ou avant tout autre acte d'instruction. Il ne s'agit donc pas de donner un "blanc-seing" aux représentants de la Guinée. Les précautions que ces garanties formalisent sont propres à éliminer le risque évoqué par le recourant. Il n'y aurait donc pas de préjudice immédiat et irréparable au sens de l'art. 80e al. 2 let. b EIMP.

2.3.2 La présente procédure pose toutefois un problème particulier du fait que l'autorité requérante – par le truchement de ses mandataires qui exercent en l'occurrence la profession d'avocat dans des bureaux situés notamment à Paris –, demande non seulement la présence du procureur en charge du dossier pénal guinéen, mais aussi de leur propre participation. Dans son ordonnance du 4 octobre 2013, le procureur ne précise pas s'il autorise la présence de ces derniers. Il ne renonce cependant pas à leur participation, tandis que celle-ci est expressément requise. Il est vrai en outre qu'il a apposé un timbre "n'empêche" sur la demande en ce sens qui lui a été adressée le même jour par l'étude E. Or, si la présence de représentants de la justice pénale guinéenne ne comporte pas de risque de transmission anticipée d'informations compte tenu des précautions que prendra l'autorité d'exécution (cf. consid. 2.3.1), la présence de ses autres représentants pourrait impliquer, si on suit le raisonnement du recourant tiré de l'arrêt précité 1C_545/2013, qu'ils prennent connaissance de renseignements recueillis en Suisse qu'ils devraient, de par leur devoir de fidélité, communiquer à leur mandante (la Guinée).

Dans l'affaire qui a porté à l'arrêt 1C_545/2013 précité, les procédures en Russie et en Suisse ainsi que les parties étaient identiques. La Cour des plaintes avait considéré que le droit de consulter le dossier pouvait être limité aux seuls avocats de la partie plaignante (en l'occurrence une banque présentant un caractère "quasi-étatique"). Ceux-ci s'étaient en effet engagés formellement, par écrit, et sans réserve, à ne pas transmettre ni rendre accessible à la plaignante, quelque document que ce soit issu de la procédure pénale, et ce jusqu'à décision de clôture et d'exécution complète et définitive de la procédure d'entraide. Cet engagement, complété par une commination au sens de l'art. 73 al. 2 CPP, selon la Cour, permettait de concilier les différents intérêts en présence (décision du Tribunal pénal fédéral BB.2012.107 du 15 mai 2013, consid. 4.3.2). Le Tribunal fédéral a es-

timé cependant que ces engagements n'étaient pas adéquats, car la défense impliquait de par sa nature que les avocats communiquent à leurs clients les données du dossier pénal.

Cet arrêt n'est cependant d'aucun secours pour le recourant. Il vise un cas de figure différent, soit celui où des procédures d'entraide et nationale sont menées en parallèles, portant sur des faits connexes, l'Etat requérant étant à la fois partie lésée dans la procédure nationale et Etat requérant dans la procédure d'entraide. *In casu*, l'on a certes des procédures parallèles, la procédure cantonale P/12914/2013 et la procédure d'entraide introduite par la Guinée, visant des faits présentant une étroite connexité. En revanche, la Guinée n'a pas le statut de partie lésée dans la procédure genevoise. Elle ne peut donc se prévaloir d'aucun des droits déduits de l'art. 107 CPP (droit d'être entendu, soit consulter le dossier, participer à des actes de procédure et aux audiences, faire des propositions, poser des questions, etc.) et qui lui permettraient de prendre connaissance des développements de la procédure genevoise avant le prononcé de la décision de clôture.

Ainsi, contrairement à la situation précitée où l'Etat partie plaignante dans une procédure nationale requiert simultanément l'entraide, la Guinée ne jouit en l'espèce d'aucun droit susceptible d'entrer en conflit avec l'exécution de la demande d'entraide, et qui devrait, partant, être suspendu ou limité en vertu de l'art. 108 CPP pour en préserver la correcte exécution.

Le recourant ne peut par ailleurs rien tirer de l'art. 21 al. 2 EIMP, en tant qu'il vise les cas où un Etat est admis comme partie à la procédure d'entraide et s'y fait représenter. En effet, il ne ressort pas du dossier que la Guinée ait obtenu ce statut particulier. Pour être exceptionnellement admise en qualité de partie à la procédure d'entraide, la personne qui se prétend lésée dans la procédure pénale étrangère – même s'agissant de l'Etat requérant lui-même (v. arrêt non publié du Tribunal pénal fédéral du 2 août 2007 en la cause RR.2007.77; qualité de partie à la procédure d'entraide déniée à la République fédérale du Mexique, dans le cadre de l'affaire Salinas) – doit le requérir et démontrer qu'elle est lésée au sens de l'art. 21 al. 2 EIMP, ce qui suppose qu'il fournisse la preuve que ses autorités lui ont reconnu la qualité de partie (cf. ZIMMERMANN, op. cit., n° 286; ATF 129 II 453 consid. 2.2.1; 127 II 104 consid. 3d; 125 II 411 consid. 3a; TPF 2009 60 consid. 2.2.3).

En résumé, dans le cas d'espèce, la Guinée n'est pas partie à la procédure d'entraide. En outre, le mandat de ses représentants ne consiste pas à défendre les intérêts de la Guinée dans la procédure pénale genevoise, mais à "*assurer la représentation de la République de Guinée dans le cadre de*

la mise en place d'une entraide judiciaire avec les autorités de la Confédération suisse, pour les besoins de l'enquête, actuellement en cours relative à des faits de corruption entourant l'acquisition de droits miniers en République de Guinée" (cf. act. 9.2).

2.3.3 Selon l'art. 65a EIMP entré en vigueur le 1^{er} février 1997, l'Etat requérant peut être autorisé à participer à des actes d'entraide et à consulter le dossier (al. 1). Le message concernant la révision de l'EIMP définit qui sont les *"personnes participant à la procédure à l'étranger"*. Il s'agit *"[du] juge qui s'occupe de l'affaire sur le plan pénal, [des] personnes qui représentent l'autorité de poursuite pénale, [des] auxiliaires de celles-ci, ainsi que [de] l'inculpé ou l'accusé et son mandataire, de même que, les cas échéant, [du] mandataire de la personne qui participe à la procédure d'entraide"* (FF 1995 III 1, p. 23). S'agissant du présent cas, le procureur guinéen tombe dans la catégorie des magistrats instructeurs, tandis que les avocats de l'étude E., relèvent eux, du quatrième cas de figure susmentionné (en allemand *"für das Rechtshilfeverfahren beigezogene Rechtsbeistände"*). Ainsi, à part les autorités compétentes de l'Etat requérant et les personnes en cause, les conseils de ces dernières sont habilités à participer aux actes d'entraide.

Comme la présente Cour a déjà eu l'occasion de le rappeler, les autorités étrangères sont libres de mener l'enquête comme elles l'entendent et l'Etat requérant peut se faire représenter juridiquement par les personnes qui lui conviennent, qu'il s'agisse d'avocats suisses ou d'autres mandataires, suisses ou étrangers (voir arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2007.88 du 25 octobre 2007, consid. 3.3; voir aussi le cas de la République fédérale du Nigeria dans l'affaire Abacha, ATF 129 II 268; ég. ATF 130 II 217 consid. 5.5). Il n'appartient pas au juge de l'entraide d'apprécier les choix procéduraux étrangers lesquels, en l'occurrence expressément autorisés par le législateur, ne sauraient présenter un quelconque défaut (cf. arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2010.24-26 du 24 février 2010, p. 6). Il ne lui appartient pas davantage de vérifier la compétence procédurale de l'autorité requérante (arrêt du Tribunal fédéral 1A.49-54/2002 du 23 avril 2003, consid. 3.2 non publié in ATF 129 II 268, et les arrêts cités). En soi, la présence d'avocats ne prête ainsi pas le flanc à la critique.

Il n'y a par ailleurs pas de raison de douter que les représentants de l'Etat requérant, avocats de leur état, dont la responsabilité est celle de *"[mettre] en place [d']une entraide judiciaire avec les autorités de la Confédération suisse"* (cf. act. 9.2), soient une aide non négligeable pour le procureur de la République de Guinée. De ce point de vue également, l'on ne peut

qu'approuver l'avis de l'autorité d'exécution exprimé dans sa réponse au recours.

2.3.4 Il sied de préciser que si des manquements devaient être démontrés, cela aurait des répercussions dans les relations interétatiques avec la Guinée. Ainsi que l'a rappelé l'autorité d'exécution, au travers de ses représentants, c'est l'Etat requérant qui s'engage, et pas seulement son pouvoir judiciaire. Si les conditions mises par la Suisse à sa collaboration ne sont pas respectées, l'Etat requérant pourrait être exclu de l'entraide dans le futur (voir POPP, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Bâle 2001, n° 529, cité dans RR.2007.88 susmentionné, consid. 3.3; voir aussi TPF 2010 96 consid. 5.2 p. 101).

3. Pour le requérant, le préjudice irréparable résulterait du droit d'accès des enquêteurs étrangers à l'ensemble des pièces saisies dans le cadre des perquisitions à son domicile lors de l'exécution de la commission rogatoire. Si l'on comprend bien, le préjudice allégué se rapporterait à ce que des pièces totalement étrangères à leur enquête soient portées à leur connaissance. Or, le risque que les agents étrangers puissent prendre connaissance de renseignements sans pertinence pour leur enquête est inhérent à leur participation aux actes d'entraide et ne suffit pas pour admettre l'existence d'un préjudice irréparable. Il doit exister un risque supplémentaire d'utilisation prématurée, dans l'Etat requérant, des informations recueillies en Suisse. Or, en l'occurrence, l'autorité d'exécution prendra toutes les mesures propres à pallier un tel risque, en faisant signer par les agents étrangers des déclarations de garantie qu'ils renonceront à toute utilisation prématurée des renseignements (cf. act. 5.1; act. 17 p. 2 pt. 4). Le MP-GE ne manquera pas de vérifier le moment venu que les personnes qui se présenteront ont bien compris le sens et la portée de l'engagement auquel elles ont souscrit.

Quant au risque que les personnes assistant à l'exécution seraient, le cas échéant, mises au courant de faits qu'elles pourraient utiliser dans les procédures civiles opposant le requérant à l'Etat requérant, la pratique en matière d'entraide judiciaire ne remédie pas à cet inconvénient en interdisant la présence lors de l'exécution, car en effet, ces personnes pourraient découvrir ces mêmes renseignements dans les documents fournis par la Suisse. L'intérêt des parties est en revanche protégé par la réserve de la spécialité que l'autorité d'exécution ne manquera pas de formuler si l'entraide aboutit (act. 11 p. 4 s.).

4. Pour le surplus, il convient d'admettre que la décision d'autorisation à participer au tri des pièces saisies échappe à toute critique. Comme le souligne l'autorité d'exécution, grâce à la présence des agents étrangers, les pièces saisies en ses mains pourront être triées de manière plus efficace, permettant de garantir que celles jugées non pertinentes soient d'emblées écartées de la transmission. La participation va non seulement dans le sens de la célérité de la procédure, mais est également dans l'intérêt bien compris de la personne visée par la mesure d'entraide, à qui l'on évite que le principe de proportionnalité soit lésé (cf. supra consid. 2.1). Dans son arrêt du 17 juin 2008, la Cour de céans a repris à son compte les modalités de tri initialement décrites par le Tribunal fédéral et par la doctrine (RR.2008.106/107, consid. 2.2). Il conviendra de s'y tenir, et à l'évidence, le recourant devra être admis à participer à la séance de tri lors de laquelle il pourra faire valoir les motifs qui s'opposeraient, selon lui, à la transmission de telle ou telle pièce. Il a du reste déjà pu exposer ses arguments à ce sujet à l'autorité d'exécution (act. 15.1).

5. Enfin, même si l'interdiction de former une demande complémentaire n'est pas expressément mentionnée dans la déclaration de garantie, le recourant reconnaît que les garanties prévoient que les autorités étrangères s'engagent à ne pas utiliser comme moyen de preuve les informations auxquelles elles auront accès en Suisse, ce qui démontre que la nécessité d'une telle restriction est connue et reconnue par l'autorité d'exécution, laquelle pourra au besoin la rappeler lors de la venue des agents guinéens (arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2010.181-183 du 26 août 2010, p. 5; arrêt du Tribunal fédéral 1A.3/2007 du 11 janvier 2007, consid. 2.3).

6. Compte tenu de ce qui précède, faute de préjudice irréparable, le recours est irrecevable. Il en résulte que l'effet suspensif doit être révoqué.

7. En règle générale, les frais de procédure, comprenant l'émolument d'arrêté, les émoluments de chancellerie et les débours, sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 PA, applicable par renvoi de l'art. 39 al. 2 let. b LOAP). Le montant de l'émolument est calculé en fonction de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties, de leur situation financière et des frais de chancellerie (art. 73 al. 2 LOAP). Le recourant qui succombe supportera les frais du présent arrêt, lesquels se limitent à un émolument fixé à CHF 4'000.--, réputé couvert par

l'avance de frais acquittée (art. 73 al. 2 LOAP et art. 8 al. 3 du règlement du Tribunal pénal fédéral sur les frais, émoluments, dépens et indemnités de la procédure pénale fédérale du 31 août 2010 [RFPPF; RS 173.713.162] et art. 63 al. 5 PA).

Par ces motifs, la Cour des plaintes prononce:

1. Le recours est irrecevable.
2. L'effet suspensif est révoqué.
3. Un émolument de CHF 4'000.--, réputé couvert par l'avance de frais acquittée, est mis à la charge du recourant.

Bellinzone, le 16 décembre 2013

Au nom de la Cour des plaintes
du Tribunal pénal fédéral

Le président:

La greffière:

Distribution

- Mes Patrick Blaser et Pierre Bydzovsky, avocats
- Ministère public du canton de Genève
- Office fédéral de la justice, Unité Entraide judiciaire

Indication des voies de recours

Aucune voie de droit ordinaire n'est ouverte contre le présent arrêt (cf. art. 93 al. 2 LTF).