Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
1A.213/2006 /svc

Arrêt du 7 novembre 2006
Ire Cour de droit public

Composition
MM. les Juges Féraud, Président,
Aemisegger et Reeb.
Greffier: M. Kurz.

Parties
L._____,
M._____,
recourants, représentés par Me Mohamed Mardam Bey, avocat, Etude Dunand Guth Mardam Bey,

contre

Ministère public de la Confédération,
Taubenstrasse 16, 3003 Berne.

Objet
entraide judiciaire internationale en matière pénale
au Royaume-Uni,

recours de droit administratif contre l'ordonnance
du Ministère public de la Confédération
du 19 septembre 2006.

Faits:
A.
Le 26 juin 2006, le Ministère public de la Confédération (MPC) est entré en matière sur une demande d'entraide et des compléments formés par le Serious Fraud Office, dans le cadre d'une enquête ouverte pour des délits de corruption, entente frauduleuse, association de malfaiteurs et escroquerie. Le MPC a notamment ordonné la production de la documentation relative à divers comptes ouverts auprès de la Banque Y._____.
Par demande complémentaire du 24 août 2006, l'autorité requérante a demandé à pouvoir assister aux auditions de témoins et à pouvoir examiner la documentation bancaire recueillie. Le 11 septembre 2006, le MPC fit parvenir à l'autorité requérante un formulaire de "déclaration de garantie" par laquelle les personnes admises à participer aux actes d'entraide s'engageaient à adopter une attitude purement passive (ch. 1). Les faits ressortissant au domaine secret ne devaient pas être exploités aux fins d'investigations ou comme moyens de preuve avant la décision sur l'octroi et l'étendue de l'entraide (ch. 2). Les enquêteurs pourraient assister aux actes d'entraide, consulter les pièces et participer à leur tri, sous la direction du MPC (ch. 3). Ils pourraient proposer des questions complémentaires à poser aux témoins, sans toutefois les poser directement (ch. 4). Les renseignements recueillis par les représentants de l'Etat étranger durant leur déplacement en Suisse pourraient être utilisés en tout temps pour former une demande d'entraide complémentaire à la Suisse (ch. 5). Cette déclaration a été signée par dix personnes.
B.
Par décision incidente du 19 septembre 2006, le MPC a décidé de donner suite à la demande du 24 août 2006. La participation de fonctionnaires étrangers était justifiée compte tenu de la complexité de la procédure. L'établissement bancaire était tenu de notifier cette décision aux personnes touchées par la mesure d'entraide.

C.
Par acte du 2 octobre 2006, L._____ et M._____ forment un recours de droit administratif avec demande d'effet suspensif. Ils demandent principalement l'annulation de la décision incidente du MPC.
Le MPC conclut à l'irrecevabilité du recours, faute de préjudice immédiat et irréparable. L'OFJ conclut à l'admission partielle du recours et à l'annulation de la décision attaquée en tant qu'elle permet aux autorités britanniques d'utiliser les informations recueillies en Suisse pour former une demande d'entraide complémentaire.
L'effet suspensif a été accordé par ordonnance présidentielle du 24 octobre 2006.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
Le recours est formé en temps utile, soit dans le délai de dix jours prévu à l'art. 80k EIMP. Les recourants, titulaires de comptes dont la documentation a été saisie, ont qualité pour agir (art. 80h let. b EIMP et 9a let. a OEIMP).
2.
A teneur des art. 80e let. b et 80g al. 2 EIMP, les décisions incidentes rendues par l'autorité fédérale d'exécution antérieurement à la décision de clôture sont attaquables séparément par la voie du recours de droit administratif, lorsqu'elles causent à leur destinataire un dommage immédiat et irréparable découlant de la saisie d'objets ou de valeurs (ch. 1) ou de la présence de personnes qui participent à la procédure à l'étranger (ch. 2).
2.1 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 let. b EIMP (cf. ATF 128 II 211 consid. 2.1 p. 215/216, 353 consid. 3 p. 254). Il faut pour cela que la personne touchée démontre que la mesure qu'elle critique lui cause un tel dommage et en quoi l'annulation de la décision attaquée ne le réparerait pas (ATF 128 II 211 consid. 2.1 p. 215/216).
2.2 En l'occurrence, les recourants expliquent de manière suffisante en quoi consiste le préjudice auquel ils se disent exposés. Celui-ci résulte en particulier du ch. 5 de la déclaration de garantie, qui permettrait une utilisation anticipée des renseignements recueillis en Suisse. Il en découlerait une violation de l'art. 65a EIMP, qui ne serait pas réparable. Ces indications suffisent, au stade de la recevabilité.
3.
Les recourants estiment que la déclaration de garantie signée par les enquêteurs étrangers souffrirait de nombreux défauts formels, selon eux rédhibitoires. Elle n'aurait pas été souscrite par le directeur du Serious Fraud Office, mais par des collaborateurs dont on ignorerait la fonction exacte au sein de cette autorité. Les formulaires ne seraient que des photocopies, sans indication du lieu d'exécution et, pour la plupart, sans signature. Le prénom de l'un des enquêteurs serait inconnu. Ces déclarations étant rédigées en français, il serait douteux que les agents aient compris le sens de leur engagement.
3.1 Lorsque des personnes qui participent à la procédure étrangère sont autorisées à assister aux actes d'enquête, cette présence doit demeurer passive; la prise de notes et des questions posées directement aux témoins ne sont pas autorisées, ce dernier point ayant d'ailleurs été expressément rappelé par le MPC. L'exécution des actes d'entraide s'effectuera sous la direction de l'autorité suisse, laquelle devra s'assurer du respect des conditions posées, tout au long des opérations (ATF 131 II 132 consid. 2.2 p. 134/135). Cela étant, il appartiendra au MPC de vérifier l'identité et la fonction exacte des personnes qui se présenteront, et de s'assurer également que celles-ci ont bien compris le sens et la portée de l'engagement auquel elles ont souscrit. Les différentes irrégularités dénoncées par les recourants n'ont donc rien d'irréparable.
3.2 Par ailleurs, même s'ils n'ont pas encore eu accès au dossier d'entraide, les recourants ont été à même, sur le vu de la décision attaquée, d'en contester le bien-fondé en ce qui concerne les modalités de participation des fonctionnaires étrangers. Leur droit d'être entendus est dès lors respecté à ce stade, et il ne se justifie pas d'autoriser un second échange d'écritures.
4.
Les recourants estiment que la faculté d'assister aux actes d'enquête ne doit être accordée qu'exceptionnellement aux enquêteurs étrangers. Ils ne soutiennent toutefois pas sérieusement que les conditions posées à l'art. 65a al. 2 EIMP ne seraient pas réalisées dans le cas particulier.
4.1 Selon cette disposition, lorsque l'Etat requérant le demande en vertu de son propre droit, les personnes

qui participent à la procédure peuvent être autorisées à assister aux actes d'entraide et à consulter le dossier (al. 1). Cette présence peut également être admise si elle permet de faciliter considérablement l'exécution de la demande ou la procédure pénale étrangère (al. 2). L'autorité d'exécution statue sur le droit des personnes étrangères qui participent à la procédure de poser des questions et de demander des suppléments d'enquête (art. 26 al. 2 OEIMP).
4.2 Lorsque l'autorité requérante requiert expressément la présence de ses enquêteurs, on peut en général présumer que celle-ci est propre à faciliter l'exécution de la demande. Rien ne permet de revenir sur cette présomption en l'espèce. Outre les recourants, de nombreuses autres personnes sont visées par la demande d'entraide, ce qui a conduit à la saisie d'une documentation considérable. Celle-ci devra faire l'objet d'un examen d'ensemble, et la participation des enquêteurs ayant suivi l'affaire dès le début et connaissant parfaitement le dossier permettra d'identifier de manière plus sûre les données importantes, et d'écarter d'emblée celles qui ne présentent pas d'intérêt. Le cas échéant, les enquêteurs étrangers seront à même d'orienter la suite des recherches. Leur présence pourrait ainsi notamment permettre de prévenir une éventuelle demande complémentaire, conformément aux exigences d'une entraide judiciaire rapide et efficace. Elle est donc manifestement propre à accroître l'efficacité des mesures requises. Dans son principe, la présence d'enquêteurs étrangers n'est donc pas critiquable.
4.3 Le ch. 5 de la déclaration de garantie pose en revanche un problème particulier. En effet, celui-ci prévoit que les renseignements recueillis pourront être "utilisés en tout temps pour formuler une demande d'entraide complémentaire à la Suisse". Pour le MPC, il ne s'agirait pas d'une transmission ou d'une utilisation anticipée de moyens de preuve, mais d'un simple cas d'application de l'art. 26 al. 1 in fine OEIMP, soit de la possibilité pour les personnes présentes de poser des questions et de demander des suppléments d'enquête. Il n'en demeure pas moins que la clause contestée autorise une véritable utilisation des renseignements, puisque ceux-ci figureront, en tout cas, dans la demande d'entraide, et par conséquent dans le dossier de la procédure pénale étrangère. Ils pourront parvenir, par ce biais, à la connaissance non seulement de l'autorité requérante (ce qui constitue déjà une violation d'un principe fondamental de l'entraide judiciaire, cf. ATF 132 II 1 consid. 3.3 p. 8 et la jurisprudence citée), mais aussi de toute personne ayant accès au dossier; rien ne s'opposera alors à une divulgation incontrôlée de ces informations. La jurisprudence citée par le MPC à l'appui de sa thèse (arrêts 1A.157 et 158/2001, SJ 2002 I
171) concerne le cas particulier de l'utilisation, par l'Etat étranger, de renseignements dont il a eu connaissance en tant que partie civile à une procédure pénale ouverte en Suisse; elle ne saurait s'appliquer au cas d'espèce.
Selon l'OFJ, la clause litigieuse pourrait être interprétée comme la possibilité, pour les agents étrangers, de demander sur place des investigations complémentaires. Il relève toutefois à juste titre que, s'agissant de définir les droits et obligations de l'autorité requérante, il y a lieu d'éviter tout risque d'équivoque en posant des règles claires. Le MPC suggère pour sa part de reformuler la déclaration de garantie en ce sens que l'autorité requérante pourra suggérer à l'autorité suisse d'entreprendre des mesures d'investigation complémentaires. Une telle précision est certes possible, mais elle n'est pas nécessaire puisqu'elle découle déjà de l'art. 26 al. 2 OEIMP.
5.
Il y a donc lieu d'admettre le recours sur ce point et d'annuler la décision attaquée en tant qu'elle autorise l'utilisation des renseignements recueillis en Suisse pour présenter une demande d'entraide complémentaire, avant toute décision de clôture. Il appartiendra au MPC de faire signer par l'autorité requérante, avant son déplacement, une nouvelle déclaration de garantie dont le ch. 5 aura été supprimé ou reformulé dans le sens suggéré par le MPC.
Compte tenu de l'issue de la cause, une indemnité de dépens est allouée aux recourants, à la charge du MPC (art. 159 al. 1 OJ). Il n'est pas perçu d'émolument judiciaire (art. 156 al. 2 OJ).
Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.
Le recours est partiellement admis et la décision du Ministère public de la Confédération du 19 septembre 2006 est annulée en tant qu'elle autorise l'utilisation des renseignements recueillis en Suisse pour présenter une demande d'entraide complémentaire. Le recours est rejeté pour le surplus.
2.
Une indemnité de dépens de 2'000 fr. est allouée aux recourants, à la charge du MPC.

3.
Il n'est pas perçu d'émolument judiciaire.
4.
Le présent arrêt est communiqué en copie au mandataire des recourants et au Ministère public de la Confédération ainsi qu'à l'Office fédéral de la justice, Division des affaires internationales, Section de l'entraide judiciaire.
Lausanne, le 7 novembre 2006
Au nom de la Ire Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse
Le président: Le greffier: