Tribunale federale
Tribunal federal

{T 1/2}
8G.114/2002 /dxc

Séance du 12 février 2003
Chambre d'accusation

Composition
Les Juges fédéraux Karlen, Président,
Fonjallaz, Marazzi,
greffier Abrecht.

Parties
Commission fédérale des banques, 3001 Berne,

contre

Juge d'instruction du canton de Genève, place du Bourg-de-Four 1, case postale 3344, 1211 Genève 3.

Objet
entraide judiciaire (art. 357 CP),

demande de constatation.

Faits:

A.
Une procédure pénale a été ouverte dans le canton de Genève sur le soupçon d'infractions au code pénal suisse par d'anciens organes et d'anciens réviseurs de la Banque cantonale de Genève (ci-après: la BCGe).

Le 18 février 2002, l'un des quatre juges d'instruction du canton de Genève en charge du dossier a sollicité de la Commission fédérale des banques (ci-après: la CFB), au titre de l'entraide selon l'art. 352 CP, la remise de divers documents, dont les procès-verbaux des délibérations de la CFB relatives à la BCGe et d'autres documents internes à la CFB.

Par courrier du 6 mars 2002, la CFB a transmis certains des documents sollicités, mais a refusé de transmettre ses propres notes et autres documents internes. Par courrier du 25 juin 2002, l'un des juges d'instruction a réitéré la demande d'entraide en ce qui concerne les procès-verbaux des délibérations de la CFB relatives à la BCGe ainsi que les notes par lesquelles le secrétariat de la CFB rendait compte ou saisissait celle-ci des questions relatives à la BCGe. Le 5 juillet 2002, la CFB a réitéré son refus de transmettre ses propres notes et autres documents internes, en relevant que ceux-ci n'étaient de jurisprudence constante pas accessibles aux parties en procédure administrative.

Il s'en est suivi un vif échange de correspondances, et le 24 octobre 2002, l'un des juges d'instruction a imparti à la CFB un délai au 8 novembre 2002 à midi pour lui faire parvenir les pièces en cause, en déclarant n'avoir d'autre ressource, passé cette date, que de recourir aux moyens de contrainte que le code de procédure pénale genevois mettait à sa disposition.
B.
Le 5 novembre 2002, la CFB a saisi la Chambre d'accusation du Tribunal fédéral d'une demande de constatation, en concluant à ce qu'il soit constaté que la CFB n'est pas soumise à l'entraide s'agissant de ses documents internes (procès-verbaux de ses séances et rapports du secrétariat à la Commission) et, partant, que les autorités

pénales genevoises ne sauraient lui imposer la remise de ces documents de quelque manière que ce soit. La CFB demandait en outre, à titre de mesure superprovisionnelle, qu'il soit fait interdiction aux juges d'instruction genevois de recourir à la contrainte jusqu'à droit jugé.
Par ordonnance du 6 novembre 2002, le Président de la Chambre de céans a fait défense aux deux parties de modifier la situation actuelle, en ce qui concerne les documents litigieux, jusqu'à droit jugé sur la contestation au sujet de l'entraide.

Après avoir reçu les observations du Juge d'instruction du canton de Genève sur la demande de constatation, observations dans lesquelles ce magistrat a conclu äu rejet de la contestation dans la mesure où elle est recevable, le Président de la Chambre de céans a décidé un deuxième échange d'écritures, par lesquelles les parties ont persisté dans leurs conclusions respectives.
La Chambre considère en droit:
1.
En vertu de l'art. 357 CP, toute contestation entre la Confédération et un canton ou entre cantons concernant l'entraide judiciaire selon les art. 352 ss CP sera jugée par le Tribunal fédéral. Ces contestations relèvent de la compétence de la Chambre d'accusation du Tribunal fédéral (ATF 123 IV 157 consid. 3b et 4; 121 IV 311 consid. 1b; 115 IV 67 consid. 1a; 123 II 371).

La contestation peut être portée devant la Chambre d'accusation par l'autorité à qui l'entraide est demandée (ATF 115 IV 67); ainsi, la CFB, en tant qu'autorité fédérale requise, peut saisir la Chambre d'accusation (ATF 123 IV 157 consid. 2 in fine). Une telle démarche n'est pas soumise à un délai et n'exige pas l'épuisement préalable des éventuels moyens de droit cantonal ou fédéral (ATF 123 IV 157 consid. 2; 121 IV 311 consid. 1c et les arrêts cités).
2.
En vertu de l'art. 352 al. 1 CP, la Confédération et les cantons, de même que les cantons entre eux, sont tenus de se prêter assistance dans toute cause entraînant l'application du code pénal suisse ou d'une autre loi fédérale, étant sous-entendu naturellement qu'il doit s'agir d'une cause pénale (ATF 102 IV 217 consid. 2). Les art. 352 ss CP ont remplacé l'art. 252 PPF, conçu d'emblée comme une norme à caractère transitoire jusqu'à l'entrée en vigueur du code pénal suisse, de sorte qu'il convient de se fonder uniquement sur les dispositions de ce dernier (ATF 123 IV 157 consid. 3a; 118 IV 371 consid. 2 et les références citées).
2.1 L'entraide judiciaire, au sens de l'art. 352 CP, porte sur toute mesure qu'une autorité est requise de prendre, dans les limites de sa compétence, au cours d'une poursuite pénale pendante, pour les fins de la poursuite ou pour l'exécution du jugement (ATF 118 IV 371 consid. 3a; 102 IV 217 consid. 2; 96 IV 181 consid. 1 et les arrêts cités). Selon la jurisprudence de la Chambre de céans (ATF 86 IV 136), réaffirmée récemment (ATF 123 IV 157 consid. 3b et 4; 123 II 371) après une période d'incertitude (ATF 96 IV 181 consid. 3; 102 IV 217 consid. 2), il convient de considérer aussi, comme entrant dans le cadre de l'entraide, la requête formée par l'autorité chargée de l'instruction pénale en vue d'obtenir qu'un fonctionnaire soit autorisé à témoigner sur des faits relatifs à son service ou à produire des documents officiels; si, en effet, dans ces cas le litige ne porte pas sur un acte de la poursuite pénale, il porte sur des actes qui servent directement à cette poursuite (ATF 86 IV 136; 102 IV 217 consid. 2). Ainsi, l'entraide englobe notamment la remise de dossiers, de renseignements ou de pièces à conviction (Gérard Piquerez, Procédure pénale suisse, 2000, n. 1615).
2.2 Il y a dès lors lieu de considérer comme relevant de l'entraide judiciaire, au sens de l'art. 352 CP, la demande adressée à la CFB, dans le cadre de l'enquête pénale en cours contre d'anciens organes et d'anciens réviseurs de la BCGe, de remettre au Juge d'instruction du canton de Genève des documents qui pourraient être utiles à l'établissement des faits que ce magistrat instruit. Il en découle non seulement que la Chambre d'accusation du Tribunal fédéral est compétente pour connaître de la contestation relative à la mesure d'entraide demandée, mais aussi que le Juge d'instruction du canton de Genève ne saurait user, en vue d'obtenir l'exécution de cette mesure d'entraide, des moyens de contrainte que la loi met à la disposition des autorités de poursuite pénale pour saisir des papiers en mains de particuliers (cf. sur ces mesures de contrainte Robert Hauser/Erhard Schweri, Schweizerisches Strafprozessrecht, 5e éd., 2002, p. 321 s.). Le seul moyen pour une autorité d'obtenir l'exécution d'une mesure d'entraide, au sens de l'art. 352 CP, d'une autre autorité qui s'y refuse réside dans la saisine, sur la base de l'art. 357 CP, de la Chambre d'accusation du Tribunal fédéral, laquelle enjoindra le cas échéant l'autorité requise

d'accomplir les actes d'entraide sollicités (ATF 123 IV 157 dispositif p. 166).
3.
La Chambre d'accusation peut examiner si l'autorité requise se soustrait à ses obligations en refusant sans motif raisonnable d'accomplir les actes d'entraide requis (ATF 123 IV 157 consid. 4b; 119 IV 86 consid. 2a; 71 IV 170 consid. 1 in fine). Il convient dès lors d'examiner si les motifs avancés par la CFB dans ses écritures pour refuser de remettre ses documents internes sont objectivement soutenables (ATF 123 IV 157 consid. 5e). Mais au préalable, il sied de rappeler brièvement ci-après la nature et le mode de fonctionnement de la CFB, tels qu'ils résultent de la loi et des explications données par la Commission dans ses écritures.
3.1 La Commission fédérale des banques est instituée par l'art. 23 de la loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (LB; RS 952.0), comme autorité chargée notamment de surveiller les banques (art. 23 al. 1 LB), de prendre les décisions nécessaires à l'application de la loi et de veiller au respect des prescriptions légales (art. 23bis al. 1 LB). Elle est assistée d'un secrétariat permanent (art. 23 al. 1 LB), qui compte actuellement environ 130 personnes. La Commission proprement dite est composée de 7 à 11 membres (actuellement 9), experts en la matière (art. 23 al. 1 et 5 LB). Elle se réunit environ une fois par mois (art. 13 al. 1 du Règlement du 20 novembre 1997 de la Commission fédérale des banques [R-CFB; RS 952.721]) et prend toutes les décisions importantes (art. 9 al. 1 R-CFB). Elle se base à cet effet sur des rapports que lui remet le secrétariat (art. 14 al. 3 R-CFB). Celui-ci tient le procès-verbal des séances, qui contient les noms des participants à la séance, un résumé des délibérations et mentionne les propositions qui ont été faites et les décisions prises (art. 17 R-CFB).
3.2 La CFB soutient en premier lieu qu'en demandant la remise des documents litigieux, le Juge d'instruction procéderait en réalité par ample "fishing expedition", sans expliquer le but de sa requête et ce qu'il cherche à savoir.
3.2.1 Contrairement aux règles régissant l'entraide pénale internationale (cf. art. 28 al. 2 let. b EIMP [RS 351.1], ainsi que Robert Zimmermann, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 1999, n. 162), les art. 352 ss CP ne posent pas d'exigences quant à l'indication des motifs de l'entraide demandée. Celle-ci est en principe due sans réserve (ATF 123 IV 157 consid. 4a), et l'autorité requise n'est pas habilitée à examiner si la mesure demandée est matériellement bien fondée, notamment si elle apparaît opportune ou nécessaire du point de vue de l'enquête diligentée par l'autorité requérante (ATF 119 IV 86 consid. 2c; 115 IV 67 consid. 3b; 79 IV 179 consid. 3). Il n'en découle toutefois pas que l'autorité requérante puisse se dispenser d'indiquer au moins brièvement en quoi les actes d'entraide qu'elle requiert sont nécessaires aux fins de la poursuite pénale, de manière à ce que la Chambre d'accusation, dans le cas où l'autorité requise refuse d'accomplir les actes requis, soit en mesure d'examiner le bien-fondé des motifs de ce refus à la lumière de la nécessité de l'entraide (cf. consid. 3.4.1 infra).
3.2.2 En l'occurrence, le Juge d'instruction motive sa demande d'entraide en exposant que la documentation interne requise de la CFB constitue un moyen de preuve utile à l'établissement des faits qu'il instruit, dans la mesure où les interventions de la CFB et leurs conséquences sur les décisions prises par les organes de la BCGe mis en cause font de la part des parties à la procédure pénale l'objet d'appréciations à charge ou à décharge dont les magistrats instructeurs se doivent d'établir la réalité. Au regard de cette motivation, certes sommaire et relativement indéterminée, il n'apparaît en tout cas pas exclu que les documents litigieux puissent constituer un moyen de preuve utile à l'établissement des faits instruits par l'autorité requérante. Il n'apparaît pas non plus que l'entraide requise soit sans rapport avec les infractions poursuivies et qu'elle soit manifestement impropre à faire progresser l'enquête. On ne saurait parler de "fishing expedition" (recherche indéterminée de moyens de preuve), puisque l'autorité requérante indique clairement à quels documents, se trouvant en possession de la CFB, elle entend avoir accès.
3.3 La CFB fait également valoir que les rapports du secrétariat à l'intention de la Commission et les procès-verbaux des délibérations de celle-ci servent à la formation interne de la volonté de cette autorité et ne font dès lors pas partie des pièces du dossier qui, selon la jurisprudence, sont accessibles aux parties dans une procédure administrative. Selon la CFB, la mise à disposition des documents dans la procédure pénale genevoise conduirait pratiquement à les rendre publics, dans la mesure où toutes les parties y ont librement accès. Or dans ces conditions, la confidentialité des débats et la libre formation de la volonté de la CFB ne pourraient plus être assurées; les rapports du secrétariat à la Commission risqueraient d'être tronqués et la liberté d'expression des membres de la Commission muselée.
3.3.1 Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral évoquée par la CFB, l'administration peut s'opposer à la con-

sultation par l'administré des documents internes qui figurent dans un dossier le concernant. Par documents internes, il faut comprendre les pièces qui ne constituent pas des moyens de preuve pour le traitement du cas, mais qui servent au contraire exclusivement à la formation interne de l'opinion de l'administration et sont destinées à un usage interne, telles que notes, avis personnels donnés par un fonctionnaire à un autre, projets, rapports, propositions, etc. L'exclusion de ces documents du droit à la consultation du dossier a pour but d'éviter qu'au-delà des pièces décisives du dossier et des décisions motivées prises par l'administration, la formation interne de l'opinion de celle-ci ne soit entièrement portée à la connaissance du public (ATF 125 II 473 consid. 4a; 122 I 153 consid. 6a p. 161/162; 115 V 297 consid. 2g/aa p. 303; 113 Ia 1 consid. 4c/cc p. 9 et les références citées; 100 Ia 97 consid. 5b; 96 I 606 consid. 3b; la distinction entre documents internes et autres documents est toutefois critiquée en doctrine, comme relevé à l'ATF 125 II 473 consid. 4a).

3.3.2 Ces principes, qui ont trait au droit d'une partie de consulter le dossier d'une affaire administrative la concernant, ne peuvent pas être simplement transposés à la présente procédure d'entraide, où l'autorité requise refuse de transmettre ses documents internes pour le motif qu'elle a un intérêt digne de protection à ce que la formation interne de son opinion ne soit pas entièrement divulguée aux parties à la procédure pénale et, par-delà celles-ci, au public. En effet, s'agissant de la consultation par l'administré du dossier le concernant directement, les documents internes dont l'administration peut refuser l'accès se caractérisent précisément par le fait qu'ils ne constituent pas des moyens de preuve pour le traitement du cas par l'administration (cf. consid. 3.3.1 supra). Or il en va différemment lorsque les documents internes établis par une autorité dans le cadre d'une procédure administrative pourraient constituer des moyens de preuve dans le cadre d'une procédure pénale instruite par une autre autorité, comme c'est le cas en l'espèce aux dires du Juge d'instruction. En pareil cas, l'intérêt de la poursuite pénale doit en principe l'emporter sur l'intérêt de la CFB au maintien du secret (ATF 123 IV 157 consid. 5b);

il en va évidemment de même s'agissant de l'intérêt d'un inculpé à se défendre contre les chefs d'inculpation dont il fait l'objet.

3.4 Cela étant, il est incontestable que l'intérêt à garder secrets les documents servant à la formation interne de l'opinion de l'autorité doit également être pris en considération dans le cadre d'une demande d'entraide. C'est en effet ce qu'exprime l'art. 27 PPF - de manière analogue à l'art. 30 DPA (RS 313.0) dont il s'inspire largement (cf. FF 1990 III 1161 ss, p. 1167) - lorsqu'il mentionne avant tout la consultation de pièces officielles et prévoit que l'entraide judiciaire peut être refusée, restreinte ou assortie de charges si des intérêts publics importants ou les intérêts manifestement légitimes d'une personne concernée l'exigent.

3.4.1 Si, dans le principe, l'autorité requérante est fondée à demander de consulter toute pièce qui peut avoir de l'importance pour la poursuite pénale, des exigences accrues doivent être posées pour les documents internes, soit ceux qui ont été établis au sein de l'autorité requise à seule fin de permettre ou de refléter la formation interne de l'opinion de cette autorité, tels que notes internes, rapports, propositions, procès-verbaux de discussions ou de délibérations internes, voire notes personnelles. Plus le caractère confidentiel d'un document est marqué, plus il y a lieu de se montrer sévère en ce qui concerne d'une part la nécessité d'y avoir accès aux fins de la poursuite pénale, et d'autre part les modalités d'exécution propres à en sauvegarder la confidentialité.

3.4.2 En l'espèce, s'il n'apparaît pas exclu que les documents litigieux puissent avoir de l'importance pour l'enquête diligentée par l'autorité requérante (cf. consid. 3.2.2 supra), leur pertinence demeure néanmoins hypothétique pour l'instant au regard des indications fournies par cette autorité. Or les rapports du secrétariat de la CFB, de même que les procès-verbaux des séances de la Commission - qui, selon l'art. 17 R-CFB, contiennent les noms des participants à la séance, un résumé des délibérations et mentionnent les propositions qui ont été faites et les décisions prises (cf. consid. 3.1 supra) - constituent bien des documents internes que la CFB a un intérêt à garder secrets, afin que la formation de sa volonté interne, dans un domaine d'activité délicat, puisse demeurer libre, franche et sereine.

3.4.3 L'entraide telle que demandée par l'autorité requérante, sous la forme de la remise inconditionnelle de l'ensemble des procès-verbaux des délibérations de la CFB relatives à la BCGe ainsi que des rapports relatifs à la BCGe remis par le secrétariat de la CFB à la Commission, constituerait une mesure trop incisive au regard de l'intérêt légitime de la CFB à la confidentialité de ces documents. En effet, en procédure pénale genevoise, dès que le Juge d'instruction a procédé à l'inculpation, l'instruction devient contradictoire (art. 138 CPP/GE [RSG E 4 20]) et l'inculpé, la partie civile et leurs conseils sont admis à prendre connaissance de la procédure et à en lever copie (art. 142 CPP/GE). On ne saurait en outre écarter le risque que, par-delà les parties et leurs conseils, les pièces versées au dossier ne parviennent à la connaissance d'un plus large public.

3.5 Afin de tenir compte des intérêts légitimes de la CFB et de garantir que ses documents internes ne soient accessibles aux parties à la procédure pénale que dans la mesure où l'intérêt de la poursuite pénale, respectivement le respect des droits de la défense, l'exige véritablement, il convient, en application par analogie de l'art. 27 al. 2 let. a PPF (cf. consid. 3.4 supra), d'accorder l'entraide selon les modalités suivantes: les documents requis devront être mis à la disposition de l'autorité requérante au siège de la CFB pour y être consultés; après avoir examiné ces documents sur place, l'autorité requérante indiquera à la CFB quelles pièces, désignées avec précision, elle entend verser au dossier de l'enquête; ces pièces ne pourront quitter les locaux de la CFB, que ce soit en original ou en copie, qu'avec l'autorisation de la CFB ou, en cas d'opposition de cette dernière, de la Chambre de céans qui statuera sur la contestation.

On peut relever que l'autorité requérante elle-même paraît reconnaître dans ses écritures la nécessité d'opérer un tri dans les documents dont elle requiert la transmission par la CFB, en fonction de la pertinence de ceux-ci. Elle expose en effet que Ïorsqu'un Juge d'instruction entre en possession de documents provenant de tiers, il a l'obligation de s'assurer de leur pertinence par rapport aux faits qu'il instruit. Le tiers en question peut à cet égard demander au magistrat instructeur d'effectuer un tri, opération dont le résultat est susceptible de recours devant l'autorité compétente.. Quoique l'autorité requérante ne se réfère à aucune disposition légale, il semble que ses considérations procèdent d'une confusion entre la saisie en mains de particuliers de documents utiles à la manifestation de la vérité (art. 181 CPP/GE) et les mécanismes de l'entraide judiciaire entre autorités (cf. consid. 2.2 supra).
3.6 Il sied enfin de constater que la CFB ne saurait invoquer, pour refuser de transmettre les documents demandés, la crainte que ces documents puissent servir à mettre en cause pénalement ses collaborateurs ou ses membres. En effet, la CFB, en tant qu'autorité de la Confédération, n'est pas susceptible d'être poursuivie pénalement et n'est dès lors pas titulaire des droits auxquels elle paraît faire allusion, notamment celui de ne pas s'incriminer qui découle de l'art. 6 § 1 CEDH (cf. arrêt de la CourEDH du 3 mai 2001 dans la cause B. contre Suisse [31827/96], par. 64 ss).
4.
En définitive, la CFB doit être invitée à mettre à la disposition du Juge d'instruction du canton de Genève, pour consultation au siège de la CFB, les procès-verbaux de ses délibérations relatives à la BCGe ainsi que les rapports de son secrétariat relatifs à la BCGe; après avoir examiné ces documents sur place, l'autorité requérante indiquera à la CFB quelles pièces, désignées avec précision, elle entend verser au dossier de l'enquête pénale qu'elle instruit; ces pièces ne pourront quitter les locaux de la CFB, que ce soit en original ou en copie, qu'avec l'autorisation de la CFB ou, en cas d'opposition de cette dernière, de la Chambre de céans qui statuera sur la contestation.

Dans une contestation entre la Confédération et un canton ou entre cantons concernant l'entraide judiciaire selon les art. 352 ss CP, il n'y a pas lieu, selon la jurisprudence, sauf circonstances particulières, de percevoir un émolument judiciaire ni d'allouer des dépens. Aucune conclusion tendant à l'allocation de dépens n'a d'ailleurs été prise en l'espèce.
Par ces motifs, la Chambre prononce:
1.
La demande de constatation est rejetée au sens des considérants.
2.
La Commission fédérale des banques est invitée à accorder l'entraide judiciaire, au sens des considérants, au Juge d'instruction du canton de Genève dans la procédure pénale pendante contre d'anciens organes et d'anciens réviseurs de la Banque cantonale de Genève.
3.
Il n'est pas perçu d'émolument judiciaire ni alloué de dépens.
4.
Le présent arrêt est communiqué en copie à la Commission fédérale des banques et au Juge d'instruction du canton de Genève.
Lausanne, le 12 février 2003
Au nom de la Chambre d'accusation
du Tribunal fédéral suisse

Le président: Le greffier: