Renseignements transmis dans le cadre d'une équipe commune d'enquête : aucune conséquence en cas d'utilisation prématurée ou de prise de connaissance par les autorités fiscales

Arrêt TF 1C_115/2023 (f) du 5 juin 2023

Par Francesca Bonzanigo/Maria Ludwiczak Glassey, le 26 juillet 2023

> Une éventuelle utilisation prématurée des renseignements transmis dans le cadre d'une équipe commune d'enquête par l'État requérant n'emporte pas de conséquences lorsque l'entraide est accordée dans une décision de clôture ultérieure. De plus, concernant le principe de la spécialité, il convient de faire une distinction entre la simple prise de connaissance des renseignements par les autorités fiscales de l'État requérant et une « utilisation prohibée » de leur part. Seule la deuxième hypothèse est constitutive d'une violation du principe.

I. En fait

En janvier 2019 et faisant suite à deux requêtes antérieures de 2015 et 2016, les autorités portugaises ont adressé à la Suisse une demande d'entraide judiciaire dans le cadre d'une procédure pénale ouverte notamment contre B, des chefs de faux documents, abus de confiance aggravé et escroquerie aggravée, corruption et blanchiment de capitaux. La procédure menée au Portugal concerne la débâcle d'un important groupe portugais, actif dans différents États, ayant accumulé des pertes régulièrement comblées par l'émission de dettes à travers ses propres sociétés. Le dommage global se chiffre à quelques EUR 1'635'000'000.-. Les fonds détournés auraient été utilisés par diverses personnes par le biais de nombreuses sociétés. La demande d'entraide portugaise adressée à la Suisse tend notamment à la transmission d'informations saisies au domicile suisse de A lors d'une perquisition effectuée dans le cadre de la procédure pénale conduite, en parallèle, en Suisse. Le Ministère public de la Confédération (MPC) a été chargé de l'exécution de la demande.

Au vu du contexte international de l'enquête portugaise, du nombre de personnes concernées tant en Suisse qu'à l'étranger et de l'existence d'une procédure pénale en Suisse, les autorités suisses et portugaises ont constitué une équipe commune d'enquête (ECE) en 2015.

En février 2022, le MPC a, par décision de clôture, ordonné la transmission des documents requis aux autorités portugaises. A recourt contre ladite décision, dans un premier temps devant le TPF (TPF RR.2022.62 du 27.2.2023) puis devant le TF.

II. En droit

N.B. : Seuls seront abordés ici les griefs liés à l'utilisation prématurée des informations transmises dans le cadre de l'ECE, d'une part, et de la violation du principe de la spécialité, d'autre part.

Le recourant se plaint de ce que la constitution de l'ECE aurait permis la transmission et l'utilisation prématurée de renseignements par les autorités portugaises. Il affirme qu'en consultant le dossier de la procédure portugaise en février 2022, il aurait constaté que figuraient, annexées à l'acte d'accusation, toutes les pièces concernées par la présente procédure d'entraide. Selon le droit pertinent, la mise en place d'une équipe commune d'enquête ne doit pas avoir pour conséquence de contourner les règles suisses applicables à l'entraide. Pour éviter tout risque d'utilisation prématurée des renseignements auxquels ont accès les membres de l'ECE, il y a lieu d'exiger des agents étrangers un engagement formel de ne pas utiliser les informations dont ils prennent connaissance comme moyens de preuve avant l'entrée en force de la (future) décision de clôture (c. 2.4).

Le TPF a considéré à ce sujet que les exemples d'utilisation des pièces en question étaient limités à la phase de l'instruction, le recourant ne produisant pas un acte d'accusation définitif. Interpelées à ce propos, les autorités portugaises ont précisé que la procédure en était encore au stade de l'instruction. Le TF en déduit que les renseignements incriminés n'ont pas été utilisés en vue d'une décision finale (c. 2.3 et 2.5).

Le TF ajoute que, même si tel avait été le cas, la décision de clôture portant sur les documents en question, confirmée par les instances de recours, viendrait guérir le vice : une telle guérison est admise par la jurisprudence en cas de transmission accidentelle ou prématurée de renseignements, lorsqu'une décision de clôture vient par la suite confirmer l'admissibilité de l'entraide. Il n'y a alors pas lieu de chercher à obtenir la restitution des documents en question ou un engagement de non-utilisation de la part des autorités étrangères (c. 2.6).

S'agissant du grief relatif à la violation du principe de la spécialité, le recourant se plaint de l'accès par les autorités fiscales portugaises aux documents transmis. Le TF décide que « la simple prise de connaissance d'informations par les autorités fiscales ne signifie pas qu'il y ait eu une utilisation prohibée », notamment aux fins de répression d'une soustraction fiscale pour laquelle l'octroi de l'entraide judiciaire est exclu. Cela est corroboré par le fait que l'OFJ a indiqué dans sa prise de position que les autorités portugaises auraient présenté une demande d'extension pour la répression d'escroqueries fiscales, ce qui démontre que les autorités étrangères sont attentives aux conditions posées à l'octroi de l'entraide et à l'utilisation des renseignements transmis (c. 4.1).

Sans se prononcer sur les raisons qui justifieraient une entrée en matière au sens de l'art. 84 LTF, en particulier si la transmission prématurée de renseignements par le biais de l'ECE constitue une question de principe et qu'il existe un intérêt à la résoudre à ce stade, le TF rejette le recours (c. 2.7). Ce faisant, il confirme dans son intégralité l'arrêt du TPF (TPF RR.2022.62 du 27.2.2023).

III. Commentaire

Dans cet arrêt, le TF se réfère aux règles et développements jurisprudentiels régissant la présence de personnes participant à la procédure à l'étranger durant l'exécution de la demande d'entraide (art. 65a EIMP). Cette analogie est malheureuse en tant que ce mécanisme et celui de l'ECE ne visent pas le même objectif et ne suivent pas les mêmes principes. L'art. 65a EIMP a pour but de faciliter l'exécution de la demande d'entraide. Il s'ensuit qu'une interdiction d'utilisation totale des renseignements est exigée de la part des participants avant toute décision de clôture (not. TPF RR.2008.106-107 du 17.6.2008, c. 3). La mise en place d'une ECE sert, quant à elle, à favoriser la lutte contre la criminalité transfrontalière. Est autorisée dans ce cadre une utilisation limitée (essentiellement à des fins investigatives) des renseignements transmis avant la décision de clôture.

Le TF retient que le vice d'une éventuelle utilisation prématurée des renseignements par l'État requérant peut être réparé par une décision de clôture confirmant l'admissibilité de l'entraide. Il se fonde toutefois sur une jurisprudence dans laquelle la situation différait de la présente (ATF 125 II 238, c. 6a) : le vice constaté, qui n'était d'ailleurs pas celui d'une utilisation prématurée, mais d'une transmission ne respectant pas les dispositions de l'EIMP, était imputable aux autorités suisses et non à l'État requérant. Ainsi, il était retenu que l'État requérant n'avait pas à pâtir des erreurs imputables aux autorités suisses. Cette jurisprudence a par la suite été reprise par le TPF dans l'affaire Petrobras (TPF 2016 65, c. 7.2) et dans une décision récente rendue en matière d'extradition (TPF RR.2021.143 du 20.10.2022, c. 7, commenté in : crimen.ch/153/). Cette solution, déjà critiquable (voir crimen.ch/153/), s'étend ici à la situation dans laquelle la violation des règles de l'entraide serait imputable à l'État requérant. Le TPF avait retenu une solution similaire dans un arrêt entré en force et non porté devant le TF (TPF 2010 73, c. 9.2). Il avait relevé, de manière antinomique, qu'une telle situation, bien qu'étant « inquiétante », n'était pas décisive pour le sort de la procédure d'entraide. L'on peut regretter que cette distinction n'ait pas été relevée dans le raisonnement du TF, qui ne s'est pas non plus référé à l'arrêt du TPF de 2010.

Concernant le principe de la spécialité, la distinction à laquelle procède le TF entre simple prise de connaissance par les autorités fiscales de l'État requérant et une « utilisation prohibée » des renseignements de leur part aux fins de répression d'une soustraction fiscale n'est pas satisfaisante. L'art. 67 al. 1 EIMP exige une interdiction absolue d'utilisation, aussi bien à des fins investigatives que comme moyens de preuve, des renseignements transmis dans une procédure pénale de nature fiscale. L'argument selon lequel les autorités portugaises auraient déposé une demande d'extension pour la répression d'escroqueries fiscales, ce qui démontrerait qu'elles respectent le principe de la spécialité, n'est pas pertinent. D'une part, l'utilisation des renseignements à des fins d'escroquerie fiscale n'est pas soumise, sous l'angle du principe de la spécialité, aux mêmes restrictions de l'utilisation à des fins de répression d'une soustraction fiscale. Il s'agit, pour la première, d'une utilisation soumise à l'approbation de l'OFJ et, pour la deuxième, d'une utilisation absolument exclue. D'autre part, il n'est pas précisé si les autorités compétentes pour la poursuite d'une escroquerie fiscale sont les mêmes autorités qui seraient compétentes pour la poursuite d'une soustraction fiscale. N.B. : le TF a rendu un deuxième arrêt identique le même jour,

concernant un autre recourant dans le même complexe de faits (TF 1C_127/2023 du 5.6.2023).

Proposition de citation : Francesca BONZANIGO/Maria LUDWICZAK GLASSEY, Renseignements transmis dans le cadre d'une équipe commune d'enquête : aucune conséquence en cas d'utilisation prématurée ou de prise de connaissance par les autorités fiscales, in : https://www.crimen.ch/201/ du 26 juillet 2023