

BStGer RR.2016.243 vom 9. März 2017

Bundesstrafgericht, 2017-03-09, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bstger_RR.2016.243

FR: TPF RR.2016.243 du 9 mars 2017

IT: TPF RR.2016.243 del 9 marzo 2017

Regeste

Entraide judiciaire internationale en matière pénale à Israël. Remise de moyens de preuve (art. 74 EIMP).

Erwägungen

E. 1.1

L'entraide judiciaire entre l'Etat d'Israël et la Confédération suisse est principalement régie par la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 (CEEJ; RS 0.351.1) et le Deuxième protocole additionnel du 8 novembre 2011 à cette Convention (RS 0.351.12), auxquels les deux Etats sont parties. Les dispositions de ces traités l'emportent sur le droit interne applicable en matière d'entraide judiciaire, soit, en l'occurrence, la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP; RS 351.1) et son ordonnance du 24 février 1982 (OEIMP; RS 351.11). Le droit interne reste cependant applicable aux questions non réglées, explicitement ou implicitement, par ces traités (cf. art. 1 al. 1 let. b EIMP; ATF 130 II 337 consid. 1 p. 339; 128 II 355 consid. 1 p. 357). Le droit interne s'applique en outre lorsqu'il est plus favorable à l'octroi de l'entraide (ATF 137 IV 33 consid. 2.2.2 p. 40; 136 IV 82 consid. 3.1; 135 IV 212 consid. 2.3.129 II 462 consid. 1.1 p. 464; 122 II 140 consid. 2 p. 142). L'application de la norme la plus favorable doit avoir lieu dans le respect des droits fondamentaux (ATF 135 IV 212 consid. 2.3 p. 215 et les arrêts cités).

E. 1.2

Les dispositions de ces traités l'emportent sur le droit autonome qui régit la matière, soit en l'occurrence la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP; RS 351.1) et son ordonnance d'exécution (OEIMP; RS 351.11). Celles-ci restent toutefois applicables aux questions qui ne sont pas réglées, explicitement ou implicitement, par les dispositions conventionnelles (art. 1 al. 1 EIMP), ainsi que lorsqu'elles permettent l'octroi de l'entraide à des conditions plus favorables (ATF 142 IV 250 consid. 3; 140 IV 123 consid. 2; 137 IV 33 consid. 2.2.2; 136 IV 82 consid. 3.1; 130 II 337 consid. 1; 124 II 180 consid. 1a). Le respect des droits fondamentaux est réservé (ATF 135 IV 212 consid. 2.3; 123 II 595 consid. 7c p. 617).

- 6 -

E. 1.3

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'organisa- tion des autorités pénales de la Confédération [LOAP; RS 173.71]).

E. 1.4

Le délai de recours contre l'ordonnance de clôture est de 30 jours dès la communication écrite de celle-ci (art. 80k EIMP). Déposé à un bureau de poste suisse le 26 octobre 2016, le recours dirigé contre l'ordonnance noti- fiée le 26 septembre 2016 a été déposé en temps utile (art. 20 al. 3 de la loi sur la procédure administrative [PA; RS 172.021]).

E. 2.1

En l'espèce, il y a lieu d'examiner spécifiquement la qualité pour recourir de la recourante en fonction des différents moyens de preuve visés par la déci- sion de clôture.

Aux termes de l'art. 80h let. b EIMP, a qualité pour recourir en matière d'en- traide quiconque est personnellement et directement touché par une mesure d'entraide et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. La qualité pour recourir est reconnue à la personne physique ou morale directement touchée par l'acte d'entraide. Point n'est besoin qu'elle soit affectée dans ses droits et obligations; il suffit qu'elle soit concrètement touchée – matériellement ou juridiquement – par la mesure ordonnée (ATF 122 II 130 consid. 2b; 119 Ib 56 consid. 2a; arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2009.281 du 7 juillet 2010, consid. 2.2). La jurisprudence considère que seul mérite la protection légale celui qui se trouve dans un rapport suffisam- ment étroit avec la décision attaquée. Ainsi, selon l'art. 9a let. a et b OEIMP, est notamment réputé personnellement et directement touché au sens de l'art. 21 al. 3, et 80h EIMP, en cas d'informations sur un compte, le titulaire du compte ainsi que le propriétaire ou le locataire en cas de perquisition (v. notamment arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2015.135-136 du 7 janvier 2016, consid. 1.3). En revanche, celui qui n'est atteint que de manière indi- recte ou médiate ne bénéficie pas d'une telle protection (arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2008.100-101 du 18 décembre 2008, consid. 1.7.1 et la jurisprudence citée). Lorsque, comme en l'espèce, les informations dont la remise est envisagée proviennent d'une procédure interne et sont, dès lors, déjà en mains de l'autorité d'exécution, il y a en principe lieu d'admettre que l'administré n'est touché que de manière indirecte, de sorte qu'il n'est pas légitimé à recourir (ATF 139 IV 137 consid. 5.13; arrêt du Tribunal fédéral 1C_624/2014 du 18 février 2015, consid. 1.2; TPF 2007 79 consid. 1.6.3 et

- 7 -

les références citées). Ce principe a été tempéré par la jurisprudence, no- tamment dans deux cas. Une de ces exceptions est réalisée lorsque l'auto- rité d'exécution envisage de transmettre des documents bancaires ou des procès-verbaux contenant des informations sur les comptes bancaires dont l'administré est titulaire, dans la mesure où leur remise emporterait transmis- sion d'informations bancaires (art. 9a let. a OEIMP; ATF 124 II 180 con- sid. 2b; arrêt du Tribunal fédéral 1A.33/2005 du 15 mars 2005, consid. 4; TPF 2007 79 consid. 1.6.1 et 1.6.3; arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2014.106-109 du 3 novembre 2014, consid. 1.5.1). Une autre exception est réalisée lorsque le recourant a été entendu dans une procédure suisse distincte mais que les faits sur lesquels il est interrogé sont en rapport étroit avec la demande d'entraide. Dans une telle situation, bien que les procès- verbaux soient déjà en mains de l'autorité d'exécution et n'impliquent pas, pour l'exécution de la demande d'entraide, de mesure de contrainte, le re- courant devrait pouvoir s'opposer à leur transmission comme pourrait le faire la personne interrogée dans le cadre de la procédure d'entraide (arrêt du Tribunal fédéral 1A.243/2006 du 4 janvier 2007, consid. 1.2; arrêts du

Tribunal pénal fédéral RR.2014.103 du 9 octobre 2014, consid. 1.5.1; RR.2011.178 du 30 janvier 2012, consid. 3.3). S'agissant d'un tiers mentionné dans une audition, il n'a pas qualité pour s'opposer à la transmission du procès-verbal y relatif, même lorsqu'il est personnellement visé par les déclarations qu'il contient (ATF 137 IV 134 consid. 5.2.4; 124 II 180 consid. 2b; arrêts du Tribunal pénal fédéral RR.2009.311-313 du 17 février 2010, consid. 2.1 et RR.2007.59 du 26 juillet 2007, consid. 2.1). Par ailleurs, la qualité pour s'opposer à la transmission de documents n'appartient non pas à l'auteur de ceux-ci, ni aux personnes qui y sont mentionnées à un titre ou un autre, mais à celui en mains duquel a lieu la saisie (v. art. 9a let. b OEIMP; arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2009.73 -74 du 8 septembre 2009, consid. 1.5 et la jurisprudence citée). Le recourant est tenu d'alléguer les faits qui fondent sa qualité pour agir (ATF 123 II 161 consid. 1d/bb).

E. 2.1.1

Parmi les pièces à transmettre figurent d'abord différents procès-verbaux des auditions de D., ainsi que ceux de deux autres personnes, Q. et R. (act. 1.1 p. 6 point A). Dans aucun d'entre eux ne figure d'information bancaire concernant la recourante (pièces MP-GE nos 400'103 ss, 400'149 ss, 400'185 ss, 400'285 ss, 400'333 ss, 400'360 ss 500'042 ss). A ce titre, elle n'a pas la qualité pour s'opposer à la transmission de ces documents (TPF 2007 79 consid. 1.6.3). Sur ce point, le recours est irrecevable.

E. 2.1.2

La recourante n'est pas habilitée à recourir non plus contre la transmission de la documentation saisie auprès de différentes banques (act. 1.1 p. 6, points B, C et D). En effet, les documents en question concernent uniquement des sociétés tierces. Rien ne permet au surplus d'admettre que la recourante serait habilitée à représenter ces dernières. Le recours est donc

- 8 -

également irrecevable à cet égard.

E. 2.1.3

La recourante ne dispose pas non plus de la qualité pour recourir contre la transmission des documents saisis lors de la perquisition dans l'avion de D. (act. 1.1 let. F; art. 9a OEIMP a contrario). La recourante prétend que certaines pièces saisies à cette occasion se trouvaient également dans ses propres locaux (act. 26). Elle ne le démontre pas. Par ailleurs, cet argument ne suffirait pas à établir sa qualité pour agir contre la transmission de ces documents. En effet, ceux-ci ont été saisis chez un tiers par le biais d'une mesure qui ne la touche pas directement, et ce même si son nom devait y apparaître (supra consid. 2.1). Sur ce point aussi le recours est irrecevable.

E. 2.1.4

La recourante dispose cependant de la qualité pour agir contre la transmission des pièces saisies lors de la perquisition de ses locaux (art. 9a OEIMP) soit en l'espèce « tous les contrats miniers » (act. 1.1 let. E). Il y a donc lieu d'entrer en matière sur ce point.

E. 3.1

Dans un premier grief, la recourante se prévaut d'une sévère anomalie dans la procédure ayant conduit à l'autorisation donnée aux autorités israéliennes de participer au tri des données. En effet, aucune décision formelle y relative n'a été rendue ou communiquée aux

parties. Le MPC confirme avoir omis de notifier une décision incidente relative à la présence des fonctionnaires israéliens, mais considère que ceux-ci ayant signé une garantie, il n'y a pas eu en l'espèce de dommage immédiat et irréparable. L'OFJ relève quant à lui que l'absence de décision incidente est effectivement contraire aux règles de l'entraide mais que cette violation serait ici réparée en présence d'un engagement signé des représentants israéliens concernés.

E. 3.2.1

La jurisprudence a déduit du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.), en particulier, le droit pour le justiciable de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, celui de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision, celui d'avoir accès au dossier, celui de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos ainsi que de recevoir une décision motivée (ATF 142 III 48 consid. 4.1.1; 141 V 557 consid. 3.1; 135 I 279 consid. 2.3; arrêts du Tribunal fédéral 2C_782/2015 du 19 janvier 2016, consid. 3.1; 4A_178/2015 du 11 septembre 2015, consid. 3.2, non publié in ATF 141 III 433). Dans le domaine de l'entraide, en application de ce principe et en vertu de l'art. 80m EIMP, les décisions de l'autorité d'exécution sont notifiées à l'ayant droit.

- 9 -

E. 3.2.2

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). L'existence d'un préjudice immédiat et irréparable n'est par contre pas une condition de recevabilité du recours lorsque celui-ci est dirigé contre la décision de clôture et conjointement avec elle contre la décision incidente (ZIMMERMANN, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 4e éd., Berne 2014, no 512 p. 510 et référence citée).

E. 3.2.3

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, op. cit., 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; é.g. 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 derniers 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

E. 3.2.4

Ainsi que le relève la recourante, l'absence de notification de décision incidente par le MP-GE concernant la présence des fonctionnaires israéliens viole effectivement son droit d'être entendue, ce que le MP-GE ne conteste au demeurant pas. Toutefois, sur ce point, la recourante se limite à prendre une conclusion tendant à ce que la Cour de céans constate que le MP-GE a en l'espèce violé les art. 65a et 80e EIMP. Or, l'admissibilité de conclusions constatatoires est subordonnée à l'existence d'un intérêt digne de protection (art. 25 al. 2 PA; arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2014.244 du 9 janvier 2015, consid. 1.3.4 et références citées). En l'occurrence, les fonctionnaires israéliens se sont dûment engagés à ne pas faire usage des pièces auxquelles ils ont eu accès en signant la garantie idoine (act. 17.1). Dès lors, compte tenu des considérations développées supra (consid. 3.2.2), il faut admettre que la recourante ne peut se prévaloir d'aucun préjudice quant au fait que les fonctionnaires étrangers ont eu accès aux pièces du dossier. Certes, la recourante se prévaut de courriers adressés par le MP-GE à D. (act. 1.37 et 1.38) pour prétendre n'avoir pas reçu copie de dite garantie lorsqu'elle en aurait fait la demande auprès de l'autorité d'exécution. Si elle ne démontre pas avoir elle-même requis ce document, il reste que le MP-GE a reconnu dans sa réponse avoir refusé d'en transmettre copie aux parties (act. 8 p. 8 pt 50). Ce nonobstant, la recourante a eu accès à l'engagement

- 11 -

signé par les représentants israéliens durant la présente procédure de recours (act. 18) avant de fournir sa réplique (act. 20). Elle a donc pu faire valoir librement ses arguments à ce propos durant la procédure de recours, de sorte que si une violation de son droit d'être entendue avait effectivement été commise à ce sujet également, elle aurait été valablement réparée devant l'autorité de céans.

E. 3.3

Les griefs relatifs aux violations du droit d'être entendu ainsi qu'à ceux afférents aux art. 65a et 80e EIMP sont donc écartés. Toutefois, il y aura lieu de tenir compte des différents manquements du MP-GE dans la prise en compte des frais du présent recours.

4.

4.1 La recourante se prévaut également d'une violation du principe ne bis in idem dans la mesure où de multiples procédures sont ouvertes dans différents pays contre D.. 4.2 Le principe ne bis in idem signifie que nul ne peut être poursuivi ou puni à raison de faits pour lesquels il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif. En matière d'entraide, ledit principe est réglé à l'art. 66 EIMP lequel spécifie que l'entraide peut être refusée si la personne réside en Suisse et si l'infraction qui motive la demande y fait déjà l'objet d'une procédure pénale (al. 1). L'entraide peut toutefois être accordée si la

procédure ouverte à l'étranger n'est pas dirigée uniquement contre la personne pour- suivie résidant en Suisse ou si l'exécution de la demande est de nature à la disculper (al. 2; arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2009.281/RP.2009.37 du

E. 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

- 10 -

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 pré- maturée 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).

E. 6.1

Dans un dernier grief, la recourante invoque le principe de la spécialité. Elle fait valoir que la République de Guinée pourrait être amenée, en obtenant l'entraide auprès des autorités israéliennes, à disposer d'informations et documents utiles à son combat pour exproprier définitivement O. Ltd à laquelle elle serait opposée dans une procédure d'arbitrage.

E. 6.2

Le principe de la spécialité ancré à l'art. 67 EIMP interdit à l'Etat requérant d'utiliser les documents et renseignements fournis dans le cadre de l'entraide à d'autres fins que la répression des infractions pour laquelle l'Etat requis a accordé sa coopération. Ce principe est opposable à toutes les autorités de

- 13 -

l'Etat requérant (ZIMMERMANN, op. cit., nos 727 et 728).

E. 6.3

Dans la décision entreprise, le MP-GE a pris soin de réserver le principe de la spécialité (act. 1.1 p. 4) ce qui paraît propre à prévenir toute utilisation abusive des renseignements transmis, et ne nécessite pas de rappel plus explicite. La recourante soutient implicitement que cela ne suffit pas. Force est toutefois de constater que les arguments qu'elle avance pour invoquer que les éléments obtenus dans le cadre de la présente demande d'entraide seront

utilisés par la Guinée dans d'autres procédures restent de nature très générale et sont totalement hypothétiques. Elle se réfère certes à un précédent arrêt rendu par la Cour de cassation le 5 août 2015 dans cette même affaire aux termes duquel l'OFJ était invité à spécifier la teneur du principe de la spécialité aux autorités guinéennes lors de l'acheminement des pièces qui devaient leur être transmises suite à leur demande d'entraide du 6 août 2013 (arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2015.58 précité [supra let. D], consid. 7.3). Il reste que la recourante ne spécifie d'aucune manière en quoi, depuis, la Guinée ne se serait pas conformée à ces exigences. Elle ne démontre pas non plus que ce dernier pays aurait, dans le contexte de ces différentes demandes d'entraide, contrevenu à ses engagements internationaux. La recourante est enfin totalement muette quant aux raisons indiquant que l'Etat requérant – qui faut-il le rappeler est en l'occurrence Israël, et non la Guinée – ne respecterait pas in casu les exigences relatives au principe de la spécialité. Infondé, ce grief ne peut être que rejeté.

E. 7

Sur le vu de ce qui précède, le recours est rejeté.

E. 8

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). La recourante supportera ainsi les frais réduits (supra consid. 3.3) du présent arrêt, fixés à CHF 4'000.-- (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). Ils sont réputés couverts par l'avance de frais acquittée.

- 14 -