

BStGer RR.2019.135 vom 24. Oktober 2019

Bundesstrafgericht, 2019-10-24, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bstger_RR.2019.135

FR: TPF RR.2019.135 du 24 octobre 2019

IT: TPF RR.2019.135 del 24 ottobre 2019

Regeste

Entraide judiciaire internationale en matière pénale aux Pays-Bas. Remise de moyens de preuve (art. 74 EIMP).

Erwägungen

E. 1.1

La Cour de céans est compétente pour connaître des recours dirigés contre les décisions de l'autorité cantonale ou fédérale d'exécution relative à la clôture de la procédure d'entraide et, conjointement, les décisions incidentes (art. 80e al. 1 et 25 al. 1 EIMP, et 37 al. 2 let. a ch. 1 de la loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération [LOAP; RS 173.71]).

E. 1.2

La Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral examine d'office la recevabilité des recours qui lui sont adressés (cf. par exemple arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2016.127 du 11 octobre 2016 consid. 3).

E. 1.3

L'entraide judiciaire entre les Pays-Bas et la Confédération suisse est prioritairement régie par la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (CEEJ; RS 0.351.1), entrée en vigueur pour la Suisse le 20 mars 1967 et pour les Pays-Bas le 15 mai 1969, ainsi que par le Deuxième Protocole additionnel à la CEEJ du 8 novembre 2001, entré en vigueur pour la Suisse le 1er février 2005 et pour l'Etat requérant le 1er avril 2011. Les art. 48 ss de la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 (CAAS; n° CELEX 42000A0922(02); Journal officiel de l'Union européenne L 239 du 22 septembre 2000, p. 19-62; publication de la Chancellerie fédérale, "Entraide et extradition") s'appliquent également à l'entraide pénale entre la Suisse et les Pays-Bas (v. arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2008.98 du 18 décembre 2008 consid. 1.3). S'agissant d'une demande d'entraide présentée notamment dans le cadre de la répression de la corruption d'agents publics étrangers, voire également du blanchiment d'argent, entrent également en considération la Convention des Nations Unies contre la corruption, entrée en vigueur pour les Pays-Bas le 30 novembre 2006 et pour la Suisse le 24 octobre 2009 (RS 0.311.56) ainsi que la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et

- 5 -

à la confiscation des produits du crime (CBI; RS 0.311.53), entrée en vigueur le 1er septembre 1993 tant pour la Suisse que pour les Pays-Bas.

Pour le surplus, la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP; RS 351.1) et son ordonnance d'exécution du 24 février 1982 (OEIMP; RS

351.11) règlent les questions qui ne sont pas régies, explicitement ou implicitement, par les traités (ATF 130 II 337 consid. 1; 128 II 355 consid. 1 et la jurisprudence citée). Le droit interne s'applique en outre lorsqu'il est plus favorable à l'entraide (ATF 142 IV 250 consid. 3; 140 IV 123 consid. 2; 137 IV 33 consid. 2.2.2). L'application de la norme la plus favorable (principe dit « de faveur ») doit avoir lieu dans le respect des droits fondamentaux (ATF 135 IV 212 consid. 2.3).

E. 1.4

Formé dans les 30 jours à compter de la notification de la décision de clôture, le recours a été déposé en temps utile (art. 80k EIMP).

E. 1.5.1

Selon l'art. 80h let. b EIMP, la qualité pour recourir contre une mesure d'entraide judiciaire est reconnue à celui qui est personnellement et directement touché par la mesure d'entraide. La personne visée par la procédure pénale étrangère peut recourir aux mêmes conditions (art. 21 al. 3 EIMP). Aux termes de l'art. 9a let. a et b OEIMP, est notamment réputé personnellement et directement touché au sens des art. 21 al. 3 et 80h EIMP, et en cas de perquisition, le propriétaire ou le locataire. Cette disposition est à interpréter en ce sens que la personne – physique ou morale – qui doit se soumettre personnellement à une perquisition ou à un séquestre d'objets ou de valeurs a en principe la qualité pour agir, au regard de l'art. 80h let. b EIMP. Il peut notamment s'agir du propriétaire ou du locataire des locaux perquisitionnés. La jurisprudence constante dénie en revanche la qualité pour agir à la personne concernée par des documents saisis en mains tierces, quand bien même ces documents contiennent des informations à son sujet (arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2009.229 du 16 décembre 2009 consid. 2 et références citées; BOMIO/GLASSEY, La qualité pour recourir dans le domaine de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, in Jusletter du 13 décembre 2010, n° 36). En effet, le critère déterminant au sens de l'art. 9a let. b OEIMP est celui de la maîtrise effective au moment de la perquisition ou de la saisie. Ainsi seul sera légitimé à agir celui dont la possession sera directement troublée durant la mise en œuvre de la perquisition ou de la saisie, à l'exclusion de toute autre personne indirectement touchée (arrêts du Tribunal pénal fédéral RR.2018.271 du 14 janvier 2019 consid. 2.2.3; RR.2017.26 du 2 mai 2017 consid. 4.1; RR.2015.132 du 25 novembre 2015 consid. 2.5; BOMIO/GLASSEY, op. cit., n° 40).

- 6 -

E. 1.5.2

La Cour de céans s'est prononcée sur une problématique similaire dans le cadre de la procédure d'entraide avec l'Italie (cf. supra let. C; CP/146/2016; arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2019.72 précité, confirmé par l'arrêt du Tribunal fédéral 1C_460/2019 précité). Dans le cas d'espèce, selon la loi et la jurisprudence précitées, le critère déterminant – au sens de l'art. 9a OEIMP –, est celui de la maîtrise effective au moment de la perquisition ou de la saisie. Or, en l'occurrence, la valise visée par la commission rogatoire italienne a été séquestrée au domicile de B., de sorte qu'au sens de l'art. 9a let. b OEIMP, respectivement des art. 21 al. 3 et 80h EIMP, seul ce dernier peut être réputé personnellement et directement touché. La thèse du recourant (act. 1, p. 17 s.), à savoir que la possession doit être fondée sur une relation contractuelle avec le propriétaire de la chose, n'a aucune portée juridique étant donné que, selon la jurisprudence constante, le critère décisif est celui de la maîtrise effective (arrêts du Tribunal pénal fédéral précités RR.2017.26 consid. 4.1;

RR.2015.132 consid. 2.5). Partant, tant l'analyse du recourant à ce sujet, que celle du MP-GE (act. 6, p. 2) sont dépourvues de pertinence. La loi et la jurisprudence applicables en matière d'entraide internationale ne laissent, dans le cas d'espèce – comme pour la situation dans la procédure d'entraide parallèle avec l'Italie –, aucune marge d'appréciation.

Les principes concernant la qualité pour agir ont par ailleurs déjà été affirmés à plusieurs reprises dans la procédure d'entraide parallèle avec l'Italie (arrêt du Tribunal pénal fédéral RR 2018.194 du 3 août 2018 – arrêt bien connu du recourant ainsi que de ses conseils Mes Paul Gully-Hart et Charles Goumaz, qui en ont reçu notification –), ainsi que dans la présente procédure d'entraide. C'est en vain que le recourant tente de fonder sa qualité sur l'arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2018.271 du 14 janvier 2019 (cf. supra let. E). La Cour de céans avait en effet dénié la légitimité de ce dernier puisqu'il n'avait pas été personnellement et directement touché par la saisie. Le fait que, dans l'arrêt du Tribunal pénal fédéral précité RR.2018.271, le recours ait été partiellement admis ne veut pas dire que la Cour a reconnu la qualité de partie du recourant à la procédure d'entraide. Dans sa décision, la Cour de céans a critiqué la décision du TMC car prématurée et parce qu'il n'était pas de la compétence du TMC de se prononcer, de façon générale, sur la qualité de partie à la procédure d'entraide. C'est en vertu de ces principes, applicables à tous les stades de la procédure d'entraide (recours contre les décisions incidentes ou de clôture), que le recours de A. contre la levée des scellés avait été déclaré irrecevable.

E. 1.6

Au vu de ce qui précède, le recours doit être déclaré irrecevable. Cette issue de la procédure devait apparaître clairement au recourant, au vu notamment

- 7 -

des précédentes décisions de la Cour de céans, entre autres, au sujet de sa qualité pour agir. Cela d'autant plus qu'il a toujours été assisté de deux conseils rompus à l'entraide internationale. Il ressort en effet du mémoire de recours que ces derniers maîtrisent la jurisprudence relative à la qualité pour recourir. Ils relèvent notamment que la qualité de partie en procédure administrative se détermine généralement sur la base du droit de recours, de sorte que la qualité de partie à la procédure d'entraide s'aligne sur la qualité pour agir définie par l'art. 80h let. b EIMP (arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2019.12 du 29 mai 2019 consid. 3 et les références citées). Le fait que, malencontreusement, le MP-GE ait notifié la décision de clôture au recourant et l'ait invité à participer à la procédure, notamment en lui permettant de s'exprimer sur le tri des documents en question et que la Cour l'ait invité à se déterminer, ne change rien à cette conclusion. Dans ces conditions, l'erreur de l'autorité ne saurait fonder un droit.

Toujours est-il que, par surabondance, même en voulant admettre la qualité pour agir du recourant, le recours aurait dû être rejeté pour les motifs suivants.

E. 2

Dans un premier grief, le recourant se plaint d'une violation de son droit d'être entendu. Il n'aurait pas été en mesure de prendre connaissance de tous les fichiers que le MP-GE entend transmettre à l'autorité requérante et ainsi de se prononcer sur l'étendue de dite transmission (act. 1, p. 18 ss). De son côté, le MP-GE, en se référant la procédure RR.2019.72, a admis certaines difficultés et a, en conséquence, réduit l'étendue des pièces à transmettre. Ainsi, les éléments illisibles du répertoire « Phones » – hormis deux tableaux

excel dudit répertoire (in act. 6, p. 5) – feront l’objet d’une nouvelle décision de clôture. Il a en revanche maintenu sa décision pour les autres éléments (act. 6).

E. 2.1

L'art. 29 al. 2 Cst. consacre le droit d'être entendu, lequel découle également du droit à un procès équitable (art. 6 par. 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [CEDH; RS 0.101]). Le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour la partie intéressée de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision touchant sa situation juridique ne soit prise (ATF 137 II 266 consid. 3.2 p. 270). Ce droit porte avant tout sur les questions de fait. Les parties doivent éventuellement aussi être entendues sur les questions de droit lorsque l'autorité concernée entend se fonder sur des normes légales dont la prise en compte ne pouvait pas être raisonnablement prévue par les parties (ATF 129 II 492 consid. 2.2 et les références citées). Par ailleurs, une autorité viole le droit d'être entendu si elle omet de se prononcer sur des griefs qui présentent une certaine

- 8 -

pertinence ou de prendre en considération des allégués et arguments importants pour la décision à rendre (ATF 133 III 235 consid. 5.2).

E. 2.2

De jurisprudence constante, l'autorité d'exécution a le devoir de procéder au tri des documents avant d'ordonner leur remise éventuelle (arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2008.310 du 17 mars 2009 consid. 4.1 et la jurisprudence citée). Elle ne saurait se défausser sur l'Etat requérant et lui remettre toutes les pièces en vrac, sans autre examen de leur pertinence dans la procédure étrangère (ATF 130 II 14 consid. 4.4; arrêt du Tribunal fédéral 1A.107/2006 du 10 août 2006 consid. 2.2; arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2013.58-60 du 28 juin 2013 consid. 2.2). Après un premier tri, l'autorité d'exécution doit inventorier les pièces qu'elle envisage de transmettre et impartir au détenteur un délai pour qu'il puisse faire valoir, pièce par pièce, ses arguments contre la transmission avant le prononcé de la décision de clôture (arrêt du Tribunal fédéral 1A.228/2006 du 11 décembre 2006 consid. 3.2; arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2016.218-229 du 24 mai 2017 consid. 3.3).

E. 2.3

Comme la Cour de céans a eu l'occasion de le constater dans la procédure d'entraide parallèle avec l'Italie (arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2019.72 précité consid. 2.3), il n'est également pas contesté, dans le cas d'espèce, que le MP-GE a procédé à un tri des pièces en question et qu'il a donné la possibilité au recourant de le faire. En outre, le MP-GE, a admis dans la présente procédure que certains fichiers étaient illisibles et a réduit en conséquence l'étendue de la transmission. Il a en revanche pris position sur les autres documents dont le recourant demandait la non-transmission. Le recourant a également pu, durant la présente procédure et dans la procédure d'entraide à l'Italie parallèle, s'exprimer sur ces éléments. Partant, la violation du droit d'être entendu du recourant est en l'espèce guérie dans le cours de cette procédure, dès lors que la Cour de céans dispose d'un plein pouvoir de cognition en fait et en droit (arrêt du Tribunal fédéral 1C_168/2016 du 22 avril 2016 consid. 1.3.2). On ne peut en effet pas conclure que l'autorité intimée ait procédé à une transmission « en vrac », de sorte que le grief de la violation du droit d'être entendu – guérie en ce qui concerne les documents illisibles – doit être rejeté.

E. 3

Le recourant se prévaut d'une atteinte au principe de la proportionnalité en invoquant son droit à la protection du secret professionnel de l'avocat; il bénéficierait, en ce qui concerne certaines pièces, de la protection conférée par l'art. 264 al. 1 CPP, que l'autorité d'exécution aurait violée en ordonnant leur transmission (act. 1, p. 23 ss). Selon le MP-GE, tous les documents litigieux auraient perdu leur protection de par le choix du recourant de les faire circuler, de sorte qu'il n'y aurait pas de violation de l'art. 264 al. 1 CPP

- 9 -

et la transmission ne serait pas disproportionnée (act. 6, p. 2 ss).

E. 3.1

Selon la jurisprudence relative au principe de la proportionnalité, lequel découle de l'art. 63 al. 1 EIMP, la question de savoir si les renseignements demandés sont nécessaires ou simplement utiles à la procédure pénale est en principe laissée à l'appréciation des autorités de poursuite de l'Etat requérant. Le principe de la proportionnalité interdit aussi à l'autorité suisse d'aller au-delà des requêtes qui lui sont adressées et d'accorder à l'Etat requérant plus qu'il n'a demandé. Cela n'empêche pas d'interpréter la demande selon le sens que l'on peut raisonnablement lui donner. Le cas échéant, une interprétation large est admissible s'il est établi que toutes les conditions à l'octroi de l'entraide sont remplies; ce mode de procéder permet aussi d'éviter d'éventuelles demandes complémentaires (ATF 121 II 241 consid. 3a; 118 Ib 111 consid. 6; arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2009.286-287 du 10 février 2010 consid. 4.1). Sur cette base, peuvent aussi être transmis des renseignements et documents non mentionnés dans la demande (TPF 2009 161 consid. 5.2; arrêts du Tribunal pénal fédéral RR.2010.39 du 28 avril 2010 consid. 5.1; RR.2010.8 du 16 avril 2010 consid. 2.2). L'examen de l'autorité d'entraide est régi par le principe de l'« utilité potentielle » qui joue un rôle crucial dans l'application du principe de la proportionnalité en matière d'entraide pénale internationale (ATF 122 II 367 consid. 2c et les références citées). Sous l'angle de l'utilité potentielle, il doit être possible pour l'autorité d'investiguer en amont et en aval du complexe de faits décrits dans la demande et de remettre des documents antérieurs ou postérieurs à l'époque des faits indiqués, lorsque les faits s'étendent sur une longue durée ou sont particulièrement complexes (arrêt du Tribunal fédéral 1A.212/2001 du 21 mars 2002 consid. 9.2.2; arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2017.53-54 du 2 octobre 2017 consid. 8.2 in fine). C'est en effet le propre de l'entraide de favoriser la découverte de faits, d'informations et de moyens de preuve, y compris ceux dont l'autorité de poursuite étrangère ne soupçonne pas l'existence. Il ne s'agit pas seulement d'aider l'Etat requérant à prouver des faits révélés par l'enquête qu'il conduit, mais d'en dévoiler d'autres, s'ils existent. Il en découle, pour l'autorité d'exécution, un devoir d'exhaustivité, qui justifie de communiquer tous les éléments qu'elle a réunis, propres à servir l'enquête étrangère, afin d'éclairer dans tous ses aspects les rouages du mécanisme délictueux poursuivi dans l'Etat requérant (arrêts du Tribunal pénal fédéral RR.2010.173 du 13 octobre 2010 consid. 4.2.4/a et RR.2009.320 du 2 février 2010 consid. 4.1; ZIMMERMANN, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5e éd. 2019, n° 723 s.).

Les autorités suisses sont tenues, au sens de la procédure d'entraide, d'assister les autorités étrangères dans la recherche de la vérité en

- 10 -

exécutant toute mesure présentant un rapport suffisant avec l'enquête pénale à l'étranger, étant rappelé que l'entraide vise non seulement à recueillir des preuves à charge, mais également à décharge (ATF 118 Ib 547 consid. 3a; arrêt du Tribunal fédéral 1A.88/2006 du 22 juin 2006 consid. 5.3; arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2008.287 du 9 avril 2009 consid. 2.2.4 et la jurisprudence citée).

E. 3.2

En vertu de l'art. 9 EIMP, lors de l'exécution d'une demande d'entraide, la protection du domaine secret est réglée conformément aux dispositions sur le droit de refuser de témoigner. Les art. 246 à 248 CPP s'appliquent par analogie à la perquisition de documents et à leur mise sous scellés. L'art. 248 al. 1 CPP se réfère à l'art. 264 CPP (ATF 140 IV 28 consid. 2 p. 30 s.). En principe, seules ont le droit de refuser de témoigner les personnes titulaires non pas de simples secrets d'affaires, mais d'un secret professionnel qualifié au sens de l'art. 321 CP (v. ég. art. 171 CPP).

L'intérêt au secret d'affaires peut cependant l'emporter au terme de la pesée d'intérêts commandée par le principe de la proportionnalité (arrêt du Tribunal fédéral 1C_247/2011 du 6 juin 2011 consid. 1.3). Quel que soit l'endroit où ils se trouvent et le moment où ils ont été conçus, les documents et objets visés à l'art. 264 al. 1 CPP ne peuvent être séquestrés.

En l'espèce, n'étant pas avocat, le recourant ne peut se prévaloir du secret professionnel au sens de l'art. 321 CP. Il peut toutefois invoquer l'art. 264 al. 1 CPP (voir NATER/ZINDEL, Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2011, nos 187 ss ad art. 13), dans la mesure où il s'agit de protéger sa relation de confiance avec son avocat. Lorsque cette relation n'est pas en cause, le grief doit être abordé sous le seul angle de la proportionnalité (v. arrêts du Tribunal pénal fédéral RR.2017.32 du 8 juin 2017 consid. 7.2; RR.2015.59 du 11 septembre 2015 consid. 7.2).

E. 3.3.1

Le recourant soutient que le MP-GE aurait violé la loi en affirmant que tous les documents présents dans le dossier « Raiffeisen » proviennent d'une extraction des courriels échangés entre le recourant et D. et leurs annexes; plusieurs de ceux-ci proviendraient d'autres répertoires et seraient protégés par le secret professionnel (act. 1, p. 25 ss). En outre, l'autorité d'exécution violerait également la loi en ordonnant la transmission desdits documents protégés par le secret (act. 1, p. 30 ss), ainsi que le tableau intitulé « Chrono-Unprotected-1 » (act. 1, p.32 s.).

E. 3.3.2

Comme soulevé dans l'arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2019.72 précité, le recourant méconnaît avant tout que la décision du Tribunal pénal fédéral

- 11 -

BV.2018.29 du 26 février 2019 ne porte pas sur une correspondance communiquée à un tiers, et que son affirmation selon laquelle l'ancienne jurisprudence ne peut être suivie concerne la saisie d'un double et n'est, dans le cas d'espèce, pas applicable. Dès lors, ni le recourant, ni son avocat ne peuvent se prévaloir du secret s'agissant d'écrits destinés à des tiers dont ils sont entrés en possession (ATF 117 Ia 341 consid. 6a/cc). Il n'y a, au demeurant, pas lieu de mettre en doute le procédé de la Brigade de criminalité informatique de la Police Judiciaire genevoise, mandatée par le MP-GE afin d'extraire les documents à transmettre. De même, on ne voit pas en quoi le tableau intitulé « Chrono-Unprotected-1 »

s'agirait d'un document protégé par le secret professionnel étant donné qu'à la lecture du tableau, il ne ressort pas qu'il ait été produit ou destiné à l'exécution d'une activité typique du mandat d'avocat. Le recourant ne prétend pas non plus qu'il s'agisse d'un document préparé par lui-même lors d'un entretien ou d'un contact avec un avocat dans le cadre d'un mandat de défense. La seule mention de certaines terminologies juridiques ne suffit pas pour que le document soit protégé par l'art. 264 al. 1 CPP. C'est le lieu de rappeler que le secret professionnel couvre seulement les faits et documents liés à l'activité typique de l'avocat au sens de l'art. 321 CP. En outre, à la lecture du document, on ne voit pas en quoi il s'agirait d'une activité typique de l'avocat couverte par le secret professionnel, et non pas un simple pro-memoria ou un document préparé pour un ensemble de personnes. En d'autres termes, le recourant ne prouve pas que ce document est issu ou est destiné à une activité typique de l'avocat. Au vu de ce qui précède, le grief de la violation de l'art. 264 al. 1 CPP doit être rejeté.

E. 3.4

Il appartient toutefois au détenteur de faire valoir, pièce par pièce, les arguments s'opposant selon lui à leur transmission (ATF 131 II 132 consid. 2.4; 130 II 14 consid. 4). Le MP-GE doit lui impartir un délai pour ce faire. Suite à cela, l'autorité d'exécution doit rendre une décision de clôture soigneusement motivée. En l'espèce, ce procédé a été respecté. Le recourant s'est déterminé les 17 décembre 2018 (act. 1.25), 4 janvier 2019 (act. 1.26) et lors de la présente procédure, et l'autorité d'exécution a répondu aux différents griefs dans la décision attaquée, de même que dans la présente procédure, de manière suffisante pour que le recourant puisse déposer un recours en connaissance de cause.

E. 4

Le recours, irrecevable (cf. supra consid. 1.5), était ainsi dans tous les cas mal fondé.

E. 5

En règle générale, les frais de procédure comprenant l'émolument d'arrêté,

- 12 -

les émoluments de chancellerie et les débours sont mis à la charge des parties qui succombent (art. 63 al. 1 PA, applicable par renvoi de l'art. 39 al. 2 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). Il incombe ainsi au recourant de supporter les frais du présent arrêt, lesquels sont fixés à CHF 5'000.-- (v. 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), montant couvert par l'avance de frais déjà versée.

- 13 -

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.