



Arrêt du 2 août 2012

Cour des plaintes

Composition

Les juges pénaux fédéraux Stephan Blättler, président, Andreas J. Keller et Giorgio Bomio,
le greffier Aurélien Stettler

Parties

La société A., représentée par Me Christophe Piguet, avocat,

recourante

contre

MINISTÈRE PUBLIC DE LA CONFÉDÉRATION,

partie adverse

Objet

Entraide judiciaire internationale en matière pénale à la République du Kenya

Remise de moyens de preuve (art. 74 EIMP)

Faits:

- A.** Le 6 mai 2008, la Commission Anti-Corruption du Kenya (*Kenya Anti-Corruption Commission*; ci-après: KACC) a adressé à la Suisse une demande d'entraide judiciaire, tendant notamment à autoriser la présence de représentants de la KACC lors de l'exécution des différentes mesures d'enquête requises en Suisse et s'inscrivant dans le cadre d'enquêtes menées par la KACC dans une affaire présumée d'escroquerie et de corruption d'ampleur internationale, impliquant des personnes physiques et morales et comportant plusieurs contrats de vente conclus entre, d'une part, diverses sociétés, au nombre desquelles la société A. et, d'autre part, la République du Kenya (act. 1.1, p. 2 ss).
- B.** En date du 20 janvier 2009, l'Office fédéral de la justice (ci-après: OFJ) a délégué au Ministère public de la Confédération (ci-après: MPC) la compétence de traiter cette demande.
- C.** Par ordonnance du 17 mars 2009, le MPC est entré en matière sur la demande d'entraide. Il a, par la même occasion, autorisé la présence des représentants de la KACC en charge du dossier lors de l'exécution des mesures requises et ordonnées (éditions bancaires, perquisitions et auditions). Le recours déposé notamment par la société A. à cet endroit a été admis par arrêt de la Cour de cassation du 30 avril 2010 (RR.2009.337-340). Il avait été retenu que "*dans le cas d'espèce, aucune instance étatique kenyane à même de former valablement une demande d'entraide à la Suisse ne l'a[vait] fait*", et que "*[d]ès lors, tant que tel sera[it] le cas, le risque de préjudice immédiat et irréparable lié à la présence de fonctionnaires de la KACC aux fins d'exécution des mesures d'entraide pour les requérantes demeurera[it] réel*" (consid. 2.13).
- D.** Par décision de clôture du 19 décembre 2011, le MPC a décidé de remettre à l'autorité requérante, sous réserve de la spécialité, divers documents en lien avec le compte bancaire n° 1 dont la société A. est la titulaire auprès de la banque B. à Genève, y compris le procès-verbal d'audition du dénommé C., ancien gestionnaire dudit compte (act. 1.1, p. 9 ch. IV/2).
- E.** Par mémoire du 19 janvier 2012, la société A. forme recours contre la décision de clôture du 19 décembre 2012. Elle conclut à l'annulation de cette

dernière et au renvoi de la cause au MPC pour complément d'instruction et nouvelle décision (act. 1, p. 2).

Appelé à répondre, le MPC conclut, par écriture du 2 mars 2012, au rejet du recours dans la mesure de sa recevabilité, le tout sous suite de frais (act. 12). L'OFJ en fait de même dans sa réponse du 1^{er} mars 2012 (act. 11).

La recourante a répliqué en date du 30 mars 2012 (act. 19). Le MPC et l'OFJ ont indiqué à la Cour qu'ils renonçaient à déposer une duplique (act. 22 et 24).

Les arguments et moyens de preuve invoqués par les parties seront repris, si nécessaire, dans les considérants en droit.

La Cour considère en droit:

1. Hormis un traité d'extradition entre la Suisse et la Grande-Bretagne (RS 0.353.936.7) dont le maintien en vigueur a été décidé entre la Suisse et la République du Kenya, suite à l'indépendance de cette dernière, et qui ne contient aucune disposition d'entraide accessoire (échange de notes RS 0.353.947.2), aucun traité d'entraide judiciaire n'a été conclu entre la Suisse et la République du Kenya. En l'espèce, l'entraide judiciaire est donc régie par la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP; RS 351.1) et son ordonnance d'exécution (OEIMP; RS 351.11).
 - 1.1 En vertu de l'art. 37 al. 2 let. a de la loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération (LOAP; RS 173.71), mis en relation avec les art. 25 al. 1 et 80e al. 1 et 19 al. 1 du règlement sur l'organisation du Tribunal pénal fédéral (ROTPF; RS 173.713.161), 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 l'autorité fédérale d'exécution.
 - 1.2 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 OEIMP, est notamment réputé personnellement et directement touché au sens des art. 21 al. 3 et 80h EIMP, en cas d'informations sur un compte, le titulaire du compte dont les documents font l'objet de la décision de clôture. Il en va de même des procès-verbaux d'auditions de témoins, en tant que ces procès-verbaux contiennent des informations qui équivalent à une transmission des documents relatifs au compte (v. ATF 124 II 180 consid. 2). En application de ces principes, la qualité pour recourir est reconnue à la recourante, en tant que titulaire du compte bancaire n° 1 mentionné plus haut et visé par la mesure querellée (v. *supra* let. D).

- 1.3 Le délai de recours contre la décision de clôture est de 30 jours dès la communication écrite de celle-ci (art. 80k EIMP). Déposé à un bureau de poste suisse le 19 janvier 2012, le recours contre la décision notifiée le 20 décembre 2011 est intervenu en temps utile.
2. Dans son mémoire de recours du 19 janvier 2012, la recourante requiert de la Cour de céans, au titre de "*[mesures d'instruction]*":
 - que l'Etat requérant soit invité à communiquer le numéro ou les coordonnées de la procédure pénale qui serait ouverte au Kenya à l'encontre de D., E., F., la société G., la société A. ou de l'un des directeurs de ces dernières sociétés, ainsi que les infractions incriminées et le nom des personnes poursuivies (act. 1, p. 2);
 - que l'Etat requérant soit invité à produire une copie du jugement rendu par le Tribunal de première instance de Genève, dans la cause opposant *la société H.* à la République du Kenya, et que, le cas échéant, il indique si une transaction de nature commerciale a finalement été conclue entre les parties (act. 1, p. 3 et act. 19, p. 4);
 - qu'elle se voie impartir un délai raisonnable pour produire une traduction de l'avis de droit joint en annexe à son recours ainsi que de tout autre document que la Cour estimera utile (act. 1, p. 3).
- 2.1 S'agissant de la première mesure requise, pour la clarté de l'exposé, elle sera traitée au considérant 4.3 ci-dessous.
- 2.2 Quant à la deuxième, elle n'est pas pertinente, et ce pour deux motifs au moins. Il ressort d'abord du dossier de la cause que le jugement en question – au demeurant rendu dans une cause de nature civile à laquelle la re-

courante n'est pas partie – a été cassé en appel par la Cour de Justice du canton de Genève (act. 11.4). Il est ensuite constant que, dans le domaine de l'entraide internationale en matière pénale, l'Etat requérant n'est pas tenu de fournir des preuves à l'appui de ses allégations relatives à la commission du délit (v. arrêt du Tribunal fédéral 1A.64/2004 du 27 avril 2004, consid. 5.2). C'est ainsi à la seule lumière de l'exposé des faits contenus dans la demande d'entraide que l'Etat requis doit décider si les conditions de l'entraide sont remplies ou non. Or il appert en l'espèce que les éléments fournis par l'autorité requérante en lien avec les délits dont elle soupçonne la réalisation sont exposés de manière claire et complète dans la demande d'entraide (act. 12, annexe 1 à la réponse du MPC, p. 4 ss, n^{os} 12 ss; spéc. p. 6 s. n^{os} 24 ss).

- 2.3** Concernant la traduction de l'avis de droit produit par la recourante, ainsi que d'autres éventuelles pièces du dossier, pareille démarche ne s'avère pas nécessaire, la Cour étant en mesure de saisir à satisfaction le sens de pièces rédigées en anglais (v. arrêt du Tribunal fédéral 1A.248/2006 du 1^{er} février 2007, consid. 2.3). Il est au surplus rappelé que, selon la loi, seules la demande d'entraide et ses annexes doivent être présentées en allemand, en français ou en italien (art. 28 al. 5 EIMP).
- 2.4** Il découle de ce qui précède que les requêtes de mesures d'instruction formées par la recourante dans le cadre de la présente procédure ne sont pas pertinentes pour le sort de la cause, et doivent partant être rejetées.
- 3.** Selon la recourante, la Commission Anti-Corruption du Kenya (KACC) qui a déposé la demande d'entraide à l'origine de la décision entreprise "*n'a pas la compétence pour présenter*" une telle demande (act. 1, p. 8 s.).

A l'appui de son grief, la recourante invoque notamment les "*modifications importantes de la législation au Kenya, tant au niveau constitutionnel que dans l'attribution des compétences et la fixation des procédures en matière de lutte contre la corruption*" (act. 1, p. 8 n^o 11).

- 3.1** Selon la jurisprudence constante, l'autorité suisse requise doit s'assurer de la compétence répressive de l'Etat requérant (cf. notamment art. 5 EIMP); elle s'interdit en revanche d'examiner la compétence de l'autorité requérante au regard des normes d'organisation ou de procédure de l'Etat étranger. Ce n'est qu'en cas d'incompétence manifeste, faisant apparaître la demande étrangère comme un abus caractérisé – voire comme un défaut grave

de la procédure étrangère au sens de l'art. 2 EIMP –, que l'entraide peut être refusée (ATF 133 IV 40 consid. 4.2 et les références citées).

3.1.1 Dans son arrêt du 30 avril 2010 (v. *supra* let. C), la Cour de céans avait estimé que la question de la compétence de la KACC pour requérir l'entraide à la Suisse revêtait un caractère crucial, et ce "*dès lors que les recourantes [avaient] produit le jugement de la High Court of Kenya de Z. du 20 décembre 2007, établissant l'incompétence de la KACC pour requérir l'entraide judiciaire à la Suisse*" (consid. 2.7). Il avait été retenu en son temps que, malgré les éclaircissements obtenus par l'OFJ de la part du Procureur général de la République du Kenya – lequel n'avait au demeurant pas déclaré reprendre la requête de la KACC à son compte –, les doutes entourant la question de la compétence de la KACC pour demander l'entraide n'avaient pas été totalement levés. S'en suivait la conclusion que la demande d'entraide déposée par la KACC n'avait pas été formée par une instance étatique kényane à même de le faire (consid. 2.13).

3.1.2 Il ressort du dossier de la cause que le jugement de la *High Court of Kenya* de Z. du 20 décembre 2007, mentionné ci-dessus et à l'origine des doutes relatifs à la compétence de la KACC pour demander l'entraide, a fait l'objet d'un appel auprès de la *Court of Appeal* de Z. Cette autorité a, par décision du 16 juillet 2010, cassé le jugement de l'autorité inférieure, et constaté que la KACC avait bel et bien la compétence de requérir l'entraide au moment où elle l'a fait, soit au printemps 2008 (act. 12, annexe 5 à la réponse du MPC, spéc. p. 23). Ce point n'est aujourd'hui plus contesté par les parties (v. notamment act. 1, p. 3 s. n^{os} 6 s.).

3.1.3 Il découle de ce qui précède que la Suisse, en tant qu'Etat requis, a été valablement saisie d'une demande d'entraide en date du 6 mai 2008, puisque celle-ci a été déposée par une autorité compétente au sein de l'Etat requérant.

3.2

3.2.1 Par envoi daté du 31 octobre 2011, le Procureur général du Kenya a, dans une "*Letter of request*", informé l'OFJ que de récentes modifications constitutionnelles et législatives intervenues dans l'ordre juridique kényan avaient notamment conduit à la dissolution de la KACC, et à son remplacement par une commission dénommée "*Ethics and Anti-Corruption Commission*" (EACC). Ledit Procureur général précise dans son courrier qu'il est le "*Principal Legal Advisor for the government and in light of the new Ethics & Anti-Corruption Act and the amended Anti-Corruption and Economic Crimes Act, the sole Competent Authority to deal on matters relating to Mu-*

tual Legal Assistance" (act. 12, annexe 5 à la réponse du MPC, "*Letter of request*", p. 3 n° 8). C'est à ce titre qu'il indique confirmer intégralement aux autorités suisses la demande d'entraide initialement formée par la KACC (*ibidem*, p. 3 ss).

3.2.2 La recourante remet en cause la compétence même du Procureur général du Kenya pour ce faire. Elle produit à cet égard un avis de droit et divers textes de droit kényan appuyant, selon elle, la thèse selon laquelle le Procureur général kényan ne disposait pas des pouvoirs nécessaires pour effectuer la démarche opérée le 31 octobre 2011 auprès des autorités suisses (act. 1, p. 8 s. et annexes mentionnées; act. 19, p. 1 s.).

3.2.3 Ce faisant, la recourante perd de vue – et cela a été rappelé plus haut (*v. supra* consid. 3.1) – que ce n'est qu'en cas d'incompétence *manifeste* de l'autorité requérante que l'entraide peut être refusée. En l'espèce, l'*imbroglio* lié à la question de la compétence de l'autorité requérante est né du fait que la requête d'entraide du 6 mai 2008 avait été présentée par une autorité (la KACC) dont la compétence avait – en son temps – été expressément déniée par une autorité judiciaire interne. Or tel n'a jamais été le cas de la compétence du Procureur général du Kenya. En matière d'entraide, et selon le principe de la bonne foi entre Etats, il n'appartient pas à la Suisse, en tant qu'Etat requis, de remettre en cause les déclarations émanant du Procureur général d'un Etat requérant quant à sa compétence pour requérir l'entraide en matière pénale, et ce d'autant moins en l'absence d'éléments probants plaidant pour une incompétence *manifeste* de ce magistrat. Un simple avis de droit établi par un avocat à la demande expresse de la partie intéressée, tel que dans le cas présent, n'a aucunement valeur de jugement et ne saurait partant, au stade de l'analyse de la compétence de l'autorité requérante, se voir revêtu de la même force probante que celle déployée – en son temps – par le jugement de la *High Court* de Z. (*v. supra* consid. 3.1.1). Il est en tout état de cause insuffisant à établir l'incompétence *manifeste* dudit procureur et à contraindre la Cour de céans à investiguer plus avant cette question. Pareil constat prive d'assise le grief de la recourante.

3.3 Il ressort des considérations qui précèdent que la demande d'entraide a été formée par une autorité compétente – la KACC – en son temps. Cette autorité ayant été remplacée par une nouvelle autorité – la EACC – ensuite d'une réforme constitutionnelle, la demande d'entraide initiale a été confirmée en date du 31 octobre 2011 par le Procureur général du Kenya. Les éléments invoqués par la recourante pour arguer aujourd'hui de l'incompétence du haut magistrat kényan pour ce faire ne sont pas, contrairement à

ce qui était le cas en 2010 (v. *supra* consid. 3.1.1), de nature à rendre cette dernière "*manifeste*". Il en découle que l'autorité suisse a été valablement saisie d'une demande d'entraide judiciaire, laquelle a été récemment confirmée par une haute autorité de l'Etat requérant dont il n'y a pas lieu de mettre en doute la compétence, et ce eu égard au principe cardinal de la bonne foi entre Etats (v. ATF 121 I 181 consid. 2 c/aa). En vertu de la jurisprudence fédérale applicable en pareils cas, rien ne s'oppose à ce que l'exécution de ladite demande soit portée à terme (v. arrêt du Tribunal fédéral 1A.218/2003 du 17 décembre 2003, consid. 3.2 et 3.5).

4. Dans un second grief, la recourante invoque le fait qu'aucune procédure pénale ne serait ouverte dans l'Etat requérant.

4.1 La coopération judiciaire internationale en matière pénale ne peut être accordée, par définition, que pour la poursuite d'infractions pénales dont la répression relève de la compétence des autorités judiciaires de l'Etat requérant (art. 1 al. 3 EIMP; ZIMMERMANN, La coopération internationale en matière pénale, 3^e éd., Berne 2009, n^o 559). Il faut, en d'autres termes, qu'une action pénale soit ouverte dans l'Etat requérant (arrêt 1A.32/2000 du 19 juin 2000, consid. 7 non publié à l'ATF 126 II 258). Cela n'implique pas nécessairement une inculpation ou une mise en accusation formelle; une enquête préliminaire suffit, pour autant qu'elle puisse aboutir au renvoi d'accusés devant un tribunal compétent pour réprimer les infractions à raison desquelles l'entraide est demandée (ATF 133 IV 30 consid. 3.2 et les arrêts cités; 123 II 161 consid. 3a).

La collaboration judiciaire de la Suisse a ainsi pu être accordée pour des enquêtes menées par des autorités administratives, dans la mesure où celles-ci constituaient le préalable à la saisine des autorités judiciaires compétentes pour procéder à une mise en accusation (ATF 109 Ib consid. 3) et pouvaient aboutir au renvoi devant un juge pénal (ATF 121 II 153). L'entraide est aussi accordée pour des procédures préliminaires, lorsque l'Etat requérant déclare d'emblée et clairement qu'il a la volonté d'ouvrir une procédure pénale (ATF 132 II 178 consid. 2.2).

4.2 En l'espèce, la demande d'entraide déposée par la KACC le 6 mai 2008 – et intégralement confirmée par le Procureur général du Kenya par "*Letter of request*" du 30 octobre 2011 – a pour intitulé: "*Re: L'enquête menée par la Commission Anti-Corruption du Kenya à l'encontre de la société A., et de D., I. et autres*" (act. 12, annexe 1 à la réponse du MPC). L'autorité requérante précise que ladite demande "*est présentée sur le fondement d'enquê-*

tes menées par la KACC dans une affaire de fraudes graves et complexes" (ch. 2). Elle ajoute que "[l]a KACC effectue actuellement des enquêtes sur un groupe de dix-huit contrats (connu collectivement sous le nom de "J. Contracts") contractés par le Gouvernement du Kenya et pour lesquels il existe des soupçons ou des preuves de corruption" (ch. 10). De plus, sous lettre "G" de la requête entièrement consacrée aux "[d]élits sous enquête", l'autorité requérante indique en toutes lettres qu'"[i]l existe de fortes présomptions que les personnes mentionnées au paragraphe F [à savoir celles figurant en p. 1 de la décision entreprise en tant que prévenus], probablement avec d'autres personnes, ont commis une ou plusieurs [...] infractions [...] du Code pénal de 1985", au nombre desquelles la "[f]raude et abus de confiance affectant le public dans l'accomplissement des devoirs d'une fonction officielle, en violation de la Section 127 du Code pénal" (ch. 27.1), ou encore "[o]btention de sommes d'argent au moyen d'une astuce ou d'un dispositif frauduleux, en violation de la Section 315 du Code pénal" (ch. 27.4).

Il ressort encore d'un courrier du directeur de la KACC du 30 mars 2011 à l'OFJ qu'en sus de deux "criminal cases" référencés "Z. Anti Corruption Case K. of 2005" et "NBI Chief Magistrates Criminal Case L. of 2005" actuellement ouverts en lien avec certaines des sociétés défendues par Me Piguet, "there are investigations going on regarding all the companies which is the basis of the request" (act. 11.3, p. 5).

- 4.3** Les éléments qui précèdent apparaissent largement suffisants à constater que l'Etat requérant a, déjà au moment du dépôt de sa requête d'entraide le 6 mai 2008, clairement déclaré et étayé l'existence d'une action pénale à l'encontre des personnes mentionnées dans ladite requête. Les conditions fixées par la jurisprudence rappelée plus haut sont ici remplies; le grief soulevé par la recourante à cet égard est infondé. Apparaît dès lors également privée de fondement – car superflue – la demande de mesure d'instruction tendant à ce que l'Etat requérant indique le numéro de la procédure pénale ouverte à l'encontre des personnes mentionnées dans la demande d'entraide (v. *supra* consid. 2.1).

5.

- 5.1** La recourante invoque encore, au détour de sa réplique, le caractère politique de la demande d'entraide déposée par les autorités kényanes (act. 19, p. 2). Elle fait en d'autres termes valoir ici le but déguisé de la poursuite mise en œuvre par l'autorité requérante, et invoque la "clause de non-discrimination" visant à prévenir le risque que l'Etat requérant cherche à

contourner les normes qui excluent, dans l'Etat requis, la coopération lorsque celle-ci est demandée à des fins politiques ou discriminatoires, en la requérant pour la répression de délits de droit commun qui camouflent les véritables motifs de la poursuite (ZIMMERMANN, op. cit., n° 627 *in fine*). Est ainsi invoqué l'art. 2 let. b EIMP, selon lequel la demande de coopération en matière pénale est irrecevable s'il y a lieu d'admettre que la procédure à l'étranger tend à poursuivre ou à punir une personne en raison de ses opinions politiques, de son appartenance à un groupe social déterminé, de sa race, de sa confession ou de sa nationalité.

- 5.2 La recevabilité du grief apparaît déjà douteuse du seul fait qu'il n'a été expressément formulé qu'en réplique (v. arrêt du Tribunal fédéral 1A.6/2006, consid. 1.2). Quoiqu'il en soit, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de poser, puis de rappeler à plusieurs reprises, le principe selon lequel les *personnes morales* n'ont pas qualité pour se prévaloir de la violation de l'art. 2 EIMP (ATF 129 II 268 consid. 6 et les références citées; arrêt du Tribunal fédéral 1A.2/2006 du 24 mai 2006, consid. 4.1). Or en l'espèce, la recourante est une personne morale, ce qui prive de toute assise le moyen tiré du but déguisé de la poursuite.
6. Il s'ensuit que l'ensemble des griefs soulevés par la recourante s'avèrent mal fondés.
7. Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours.
8. En règle générale, les frais de procédure comprenant l'émolument d'arrêté, les émoluments de chancellerie et les débours sont mis à la charge des parties qui succombent (art. 63 al. 1 de la loi fédérale sur la procédure administrative [PA; RS 172.021], 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 du présent arrêt, lesquels sont 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; RD 173.713.162] et art. 63 al. 5 PA), couverts par l'avance de frais de CHF 4'000.-- déjà versée.

Par ces motifs, la Cour des plaintes prononce:

1. Le recours est rejeté.
2. Un émolument de CHF 4'000.--, couvert par l'avance de frais déjà versée, est mis à la charge de la recourante.

Bellinzone, le 3 août 2012

Au nom de la Cour des plaintes
du Tribunal pénal fédéral

Le président:

Le greffier:

Distribution

- Me Christophe Piguet, avocat
- Ministère public de la Confédération
- Office fédéral de la justice, Unité Entraide judiciaire

Indication des voies de recours

Le recours contre une décision en matière d'entraide pénale internationale doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les 10 jours qui suivent la notification de l'expédition complète (art. 100 al. 1 et 2 let. b LTF).

Le recours n'est recevable contre une décision rendue en matière d'entraide pénale internationale que s'il a pour objet une extradition, une saisie, le transfert d'objets ou de valeurs ou la transmission de renseignements concernant le domaine secret et s'il concerne un cas particulièrement important (art. 84 al. 1 LTF). Un cas est particulièrement important notamment lorsqu'il y a des raisons de supposer que la procédure à l'étranger viole des principes fondamentaux ou comporte d'autres vices graves (art. 84 al. 2 LTF).