

Bundesstrafgericht
Tribunal pénal fédéral
Tribunale penale federale
Tribunal penal federal



Numéro de dossier: RR.2012.160

Arrêt du 10 octobre 2012

Cour des plaintes

Composition

Les juges pénaux fédéraux Stephan Blättler, président,
Giorgio Bomio et Nathalie Zufferey Francioli,
le greffier Aurélien Stettler

Parties

A. INC., représentée par Me Lucien Feniello, avocat,

recourante

contre

MINISTÈRE PUBLIC DU CANTON DE GENÈVE,

partie adverse

Objet

Entraide judiciaire internationale en matière pénale à
Israël

Remise de moyens de preuve (art. 74 EIMP)

Faits:

- A. Le Bureau du Procureur de Jérusalem mène une enquête contre le dénommé B. pour, entre autres, des faits assimilables, en droit suisse, à l'infraction de blanchiment d'argent. Par le biais d'une demande d'entraide judiciaire du 14 décembre 2011, l'autorité requérante a notamment sollicité la production de la documentation concernant diverses relations bancaires auprès de la banque C.).
- B. Chargé de son exécution et désigné canton directeur par l'Office fédéral de la justice (ci-après: OFJ), le Ministère public du canton de Genève (ci-après: MP-GE ou l'autorité d'exécution) est entré en matière par décision du 3 janvier 2012.
- C. Après avoir recueilli la documentation bancaire requise auprès de la banque C., le MP-GE a, par décision de clôture du 22 mai 2012, ordonné sa transmission à l'autorité requérante, le tout sous réserve du principe de la spécialité. Figurent au nombre des pièces en question des informations relatives au compte n° 1 ouvert au nom de la société A. Inc.
- D. Par mémoire daté du 25 juin 2012, A. Inc. a formé recours contre ladite décision de clôture concluant à son annulation et au refus de l'entraide (act. 1).

Par courrier du 28 juin 2012, le Président de céans a notamment invité la recourante à communiquer à la Cour *"l'identité de la personne ayant signé la procuration produite à l'appui du recours, d'une part, et à [...] adresser un extrait du registre du commerce, ou tout document jugé équivalent, attestant de la fonction et des pouvoirs exercés par ladite personne au sein de la société recourante, d'autre part"* (act. 3).

Par envoi du 17 juillet 2012, le conseil de la recourante a indiqué que la procuration jointe au recours avait été signée par B. Il a par ailleurs adressé à la Cour un document daté du 10 décembre 2004, attestant du fait que la recourante accordait par ce biais un pouvoir de représentation très étendu à B. (act. 6, p. 2 et 6.1).

Par courrier du 18 juillet 2012, le Président de céans a, *"[a]u vu de l'ancienneté de la procuration produite [...], et du fait qu'aucun extrait du regis-*

tre du commerce n'y est joint", imparti un nouveau délai à la recourante "pour produire tout document apte à établir la validité actuelle des pouvoirs de représentation confiés par la société recourante à B." (act. 7).

Le 15 août 2012, le conseil de la recourante a adressé les lignes suivantes à la Cour de céans:

"[...] Comme vous pourrez le constater dans le cadre de ce recours, la société visée ci-dessus [ndlr: la recourante] détenait un compte auprès de la banque C. à Genève qui était la banque qui avait constitué la société en question.

Il se trouve que l'ayant droit économique de la société a demandé la clôture du compte et ce faisant, la banque a non seulement procédé à la clôture du compte mais également à la dissolution de la société en date du 23 avril 2012.

Ladite dissolution a été opérée sans que le conseil soussigné soit informé de cette démarche.

Cela étant, comme vous pourrez le constater à la lecture de l'annexe n° 1, le pouvoir qui avait été accordé à B. de la part de la société A. INC., n'avait pas été révoqué jusqu'à la date du 23 avril 2012, date de la dissolution de la société.

En complément à cette déclaration, vous trouverez en annexe un avis de droit (annexe n° 2) émis par un Cabinet d'avocats du Panama à teneur duquel, d'après le droit panaméen, le pouvoir qui avait été émis en faveur de B. avant la dissolution de la société reste valable pour une période de trois ans après la dissolution de la société, en vue notamment de défendre les intérêts de la société par devant les tribunaux.

En conséquence, la procuration signée en ma faveur par B. en date du 6 janvier 2012 – procuration qui vous a déjà été remise – reste valable à ce jour, à teneur de l'avis de droit fourni par le Cabinet d'avocats panaméen. [...]" (act. 15).

Le 29 août, l'autorité de céans a, en sus de requérir une réplique sur le fond de la cause, invité la recourante à:

"1. produire l'"Acte Public numéro 2 du 23 avril 2012 émis par le Premier Notaire Public de la circonscription de Panama, enregistré auprès de la

Section Mercantile du Registre Public de Panama, sous D." et le "Document n° 3 du 25 avril 2012 par lequel la Société a été dissoute" (v. page 1, point 4, de l'annexe 2 à votre envoi du 15 ct);

2. produire un extrait du registre du commerce panaméen ou tout document jugé équivalent attestant du statut juridique de la société recourante en date du 25 juin 2012;

3. préciser – de manière documentée – en faveur de qui et à quelle date la société recourante a, le cas échéant, été liquidée." (act. 19).

Par envoi du 20 septembre 2012, le conseil de la recourante a adressé un certain nombre de documents complémentaires à l'autorité de céans, parmi lesquels un extrait du registre du commerce de Panama. A l'appui de cet envoi, la recourante précisait notamment ce qui suit:

"Ma cliente vous prie de bien vouloir trouver ci-joint une procuration signée par B. qui, agissant en qualité d'unique actionnaire de la société A. INC., donne instruction à l'agent résident, soit la société E., de tenir une assemblée générale des actionnaires en relation avec la société A. INC. et de dissoudre la société. Ce document a été transmis à la banque C. et la signature a été vérifiée par F. qui était la personne en charge de la relation de A. INC. auprès de ladite banque (...).

Ce document démontre qu'au moment de la dissolution de la société, l'ayant droit économique et propriétaire de la totalité des actions de A. INC. était bien B. et que c'est bien ce dernier qui a donné l'instruction de dissoudre la société. C'est donc bien en sa faveur que la société a été liquidée. [...]" (act. 22).

- E.** Invités à répondre au recours, le MP-GE et l'OFJ ont, par envois des 27 juillet et 27 août 2012, conclu au rejet du recours (act. 14 et 18).

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

La Cour considère en droit:

1.

1.1 La Confédération suisse et l'Etat d'Israël sont tous deux parties à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (CEEJ) et son deuxième protocole additionnel (RS 0.351.1 et 0.351.12). Les dispositions de ces traités l'emportent sur le droit autonome qui régit la matière, soit la loi sur l'entraide pénale internationale (EIMP; RS 351.1) et son ordonnance d'exécution (OEIMP; RS 351.11). Le droit interne reste toutefois applicable aux questions non réglées, explicitement ou implicitement, par le traité et lorsqu'il est plus favorable à l'entraide (ATF 124 II 180 consid. 1.3; ATF 129 II 462 consid. 1.1; arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2010.9 du 15 avril 2010, consid. 1.3). L'application de la norme la plus favorable doit avoir lieu dans le respect des droits fondamentaux (ATF 135 IV 212 consid. 2.3; ATF 123 II 595 consid. 7c).

1.2 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'organisation des autorités pénales de la Confédération [LOAP; RS 173.71] et l'art. 19 du règlement sur l'organisation du Tribunal pénal fédéral [ROTPF; RS 173.713.161]).

1.3

1.3.1 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 25 juin 2012, le recours contre la décision de clôture notifiée le 24 mai 2012 est intervenu en temps utile.

1.3.2 a) Aux termes de l'art. 80h let. b EIMP, a qualité pour recourir en matière d'entraide 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. Précisant cette disposition, l'art. 9a let. a OEIMP reconnaît au titulaire d'un compte bancaire la qualité pour recourir contre la remise à l'Etat requérant d'informations relatives à ce compte (v. ATF 137 IV 134 consid. 5 et 118 Ib 547 consid. 1d).

b) En l'espèce, le compte n° 1 qui a été ouvert auprès de la banque C. l'a été au nom de la société A. Inc. L'instruction de la cause a permis d'établir que ladite société a été dissoute en date du 23 avril 2012, soit deux mois

avant que le présent recours ne soit formé. Pareil constat pose la question de savoir si la procédure de dissolution, intervenue au Panama, est susceptible d'avoir une influence déterminante sur la capacité d'ester en justice de la société recourante. Il s'agit en d'autres termes de déterminer si le recours a été formé par une entité dotée de la capacité procédurale idoine.

b/aa) La capacité d'ester en justice – pendant procédural de l'exercice des droits civils (arrêt du Tribunal fédéral 4A_339/2009 du 17 novembre 2009, consid. 2 non publié in ATF 135 III 614) – est la capacité dont jouit une personne de jouer un rôle actif ou passif en procédure. La notion n'est expressément réglée ni par les dispositions spécifiques du droit de l'entraide judiciaire, ni par la loi fédérale sur la procédure administrative (PA; RS 172.021), applicable par renvoi de l'art. 39 al. 2 let. b LOAP. Il est constant que cette notion doit s'examiner à l'aune des règles du droit civil en la matière (HÄNER, *in* Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Auer/Müller/Schindler [éd.], Zurich/Saint-Gall 2008, n° 5 ad art. 48).

La présente procédure revêt incontestablement un caractère international puisqu'elle met aux prises, d'une part, une société de droit panaméen ayant son siège au Panama, et, d'autre part, les autorités suisses compétentes en matière d'entraide judiciaire, soit l'OFJ et, sur délégation, le MP-GE. Comme il vient d'être vu, la question de la capacité d'ester en justice relève du droit civil. Dès l'instant où aucun traité international n'entre en ligne de compte à ce propos, cet examen devra s'opérer au regard des règles de conflit de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP; RS 291; v. arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2009.89-90 du 3 décembre 2009, consid. 2.1; ATF 135 III 614 consid. 4.1.1).

S'agissant du *droit applicable*, l'art. 154 al. 1 LDIP dispose que les sociétés sont régies par le droit de l'Etat en vertu duquel elles sont organisées si elles répondent aux conditions de publicité ou d'enregistrement prévues par ce droit. Il ressort du dossier que la société recourante a été valablement organisée au regard des exigences du droit panaméen. C'est donc ce dernier qui s'appliquera en l'espèce. En complément à la règle énoncée, l'art. 155 LDIP prévoit que le droit applicable à la société régit notamment la nature juridique de cette dernière, sa constitution et sa dissolution, la jouissance et l'exercice des droits civils ou encore le pouvoir de représentation des personnes agissant pour cette dernière.

Il s'agit donc en l'espèce de déterminer si, selon le droit panaméen, la société recourante disposait de la capacité d'ester en justice au moment où elle a déposé son recours en date du 25 juin 2012.

b/bb) Selon l'art. 85 de la loi panaméenne 32/Section 9 concernant la dissolution des sociétés, "[e]very corporation whose existence ends by expiration of the term established in its articles of incorporation or by dissolution, will continue, nevertheless, for a period of three years as from that date for the specific purposes of initiating any special proceedings deemed necessary, defending its interests as defendant, settling its affairs, transferring and disposing of its assets, and dividing its corporate capital, but in no case may it continue the business for which it was organized."

Selon l'avis de droit panaméen produit par la recourante (act. 15.2 [traduction produite par ladite recourante]), "*[e]n étroite relation avec le concept de l'existence de la société, la personnalité juridique est définie d'après notre système légal comme "la capacité légale d'exercer des droits et des obligations, inclus le droit d'ester devant les tribunaux"*". A cet égard, "*la dissolution de la société ne signifie pas la cessation de son existence, mais la cessation de son activité économique pour laquelle elle a été créée*", étant encore précisé que "*[...] la société maintient sa personnalité juridique tout au long de la période de liquidation*". En d'autres termes "*[...], bien qu'elle ait été dissoute, une société de Panama garde sa personnalité juridique de par la loi, si cela est nécessaire comme faisant partie du processus de liquidation de son patrimoine*."

*b/cc) Il ressort ainsi des éléments fournis par la recourante que, selon le droit panaméen, une société dissoute ne perd pas automatiquement toute personnalité juridique, mais que cette dernière peut être maintenue durant la phase de liquidation et ce pour une durée de trois ans. Sous réserve du délai en question, la situation s'apparente en cela aux règles du droit suisse (v. XODIS, in Commentaire romand CC I, 2010, n° 8 ad art. 57/58 CC; v. également, pour une application de ces principes dans le cas de recours déposés en matière d'entraide judiciaire par des sociétés suisses en liquidation, arrêts du Tribunal fédéral 1A.180/1994 du 3 novembre 1994, consid. 1b et 1A.136/1989 du 28 novembre 1989, consid. 1b). La poursuite de l'existence de la société est toutefois intimement liée à l'existence d'une phase de *liquidation* (v. le passage de l'avis de droit panaméen déjà cité *supra* let. b/bb: "*[...] la société maintient sa personnalité juridique tout au long de la période de liquidation*"). Il faut en déduire qu'à partir du moment où la société en question est *liquidée*, elle perd en revanche toute personnalité juridique, et par voie de conséquence toute capacité d'ester, indé-*

pendamment du fait que le délai de trois ans prévu par la loi soit ou non écoulé.

Il apparaît en l'espèce que la dissolution de la société a conduit directement à la liquidation de cette dernière, puisque, comme l'indique la recourante elle-même, dite dissolution a été opérée sur ordre de l'ayant droit économique et actionnaire unique de la société, et que "[c]'est donc bien en sa faveur que la société a été liquidée" (v. *supra* let. D in fine).

Le constat qui précède, soit le fait que la société recourante a été dissoute le 23 avril 2012 et directement liquidée, conduit à conclure que cette dernière était privée de toute personnalité au moment où elle a déposé son recours en date du 25 juin 2012. L'absence de personnalité entraîne l'absence de capacité d'ester en justice et, partant, l'irrecevabilité du mémoire déposé par devant l'autorité de céans.

C'est précisément pour tenir compte de ces cas de figure que, depuis une quinzaine d'années, la jurisprudence reconnaît – à certaines conditions restrictives –, la qualité pour recourir à l'ayant droit économique d'une société dissoute et liquidée (v. notamment arrêt du Tribunal fédéral 1C_183/2012 du 12 avril 2012, consid. 1.4 et les références citées). Il appartenait en l'occurrence à l'ayant droit économique de la société recourante de former le recours en son nom propre et en fournissant les éléments requis par la jurisprudence en pareille situation. Faute d'avoir été déposé par une entité disposant de la capacité pour ce faire, il ne peut être entré en matière sur le recours.

2. Au vu des considérants qui précèdent, le recours doit être déclaré irrecevable.

3. 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 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 du présent arrêt, lesquels sont fixés à CHF 2'500.-- (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. La caisse du Tribunal pénal fédéral restituera au conseil de la recourante le solde par CHF 1'500.--.

Par ces motifs, la Cour des plaintes prononce:

1. Le recours est irrecevable.
2. Un émolument de CHF 2'500.--, couvert par l'avance de frais de CHF 4'000.-- déjà versée, est mis à la charge de la recourante. La caisse du Tribunal pénal fédéral restituera au conseil de la recourante le solde par CHF 1'500.--.

Bellinzone, le 11 octobre 2012

Au nom de la Cour des plaintes
du Tribunal pénal fédéral

Le président:

Le greffier:

Distribution

- Me Lucien Feniello, avocat
- Ministère public du canton de Genève
- Office fédéral de la justice

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).