



Arrêt du 19 novembre 2014

Cour des plaintes

Composition

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

Parties

1. A.,

2. B. SA,

représentés par Me Philippe Cottier, avocat,
recourants

contre

OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, Unité Entraide
judiciaire,

partie adverse

Objet

Entraide judiciaire internationale en matière pénale à
l'Espagne

Extension du principe de spécialité (art. 67 al. 2
EIMP)

Faits:

- A.** Le Tribunal central d'instruction n° 5 de l'Audiencia Nacional de Madrid (Espagne; ci-après: l'autorité requérante) mène une instruction préliminaire, notamment contre le dénommé C., pour des faits assimilables en droit suisse aux infractions de faux dans les titres (art. 251 du Code pénal, CP; RS 311), de corruption (art. 322^{ter} CP) et de blanchiment d'argent (art. 305^{bis} CP) et contre le dénommé A. pour des faits relevant de cette dernière infraction. Par le biais d'une demande d'entraide judiciaire du 2 mars 2009, complétée par plusieurs requêtes complémentaires, l'autorité espagnole a notamment requis la production d'informations bancaires concernant le dénommé D., homme politique espagnol soupçonné d'avoir perçu des sommes directement de la part de C. (act. 1.4).
- B.** Chargé de l'exécution de la demande par l'Office fédéral de la justice (ci-après: l'OFJ), le Ministère public de la Confédération (ci-après: le MPC) est entré en matière par décision du 3 juin 2009 (act. 1.3).
- C.** Par décisions de clôture du 27 juin 2012, le MPC a ordonné la transmission à l'autorité requérante de divers documents bancaires, notamment concernant des comptes ouverts par A. au nom de la société B. SA auprès des banques E. et F., à Genève, en réservant le principe de spécialité. Les intéressés ont déféré ces actes devant la Cour de céans, qui les a déboutés (act. 1.6; arrêt RR.2012.181-184 du 12 février 2013).
- D.** Par un 41^e complément de commission rogatoire du 2 avril 2014, l'autorité requérante a sollicité des autorités suisses leur consentement à l'utilisation de la documentation bancaire précitée aux fins de la poursuite de "délits contre l'administration publique – corruption, prévarication et détournement de fonds –, de faux en document commercial et blanchiment de capitaux, ainsi que de nombreux délits contre le trésor public", infractions de nature fiscale (act. 1.11).
- E.** Dans un courrier du 8 avril 2014, l'OFJ a répondu que l'usage de ladite documentation était interdit s'agissant de la poursuite d'infractions qualifiées en droit suisse de fiscales mais autorisé après consentement préalable pour des actes relevant, selon ce même droit, de l'escroquerie fiscale (act. 1.12).

- F. Par courrier du 14 avril 2014, l'OFJ a informé les autorités espagnoles que les faits exposés dans le 41^e complément de commission rogatoire du 2 avril précédent pouvaient être qualifiés en droit suisse d'escroquerie fiscale et a accédé à leur requête (act. 1.2).

- G. Par mémoire du 26 mai 2014 assorti d'une requête de mesures provisionnelles, A. et B. SA ont recouru contre le consentement ainsi octroyé par l'OFJ, dont ils ont demandé l'annulation (act. 1).

- H. Par ordonnance du 6 juin 2014, la Cour de céans a admis la requête de mesures provisionnelles et ordonné à l'OFJ d'interdire aux autorités espagnoles jusqu'à droit connu l'utilisation, aux fins de l'enquête mentionnée dans le 41^e complément précité, de la documentation qui leur avait été remise (procédure RP.2014.58-59, act. 4).

- I. Dans sa réponse du 14 juillet 2014, l'OFJ a conclu à la jonction de la présente cause et de celle ouverte par la Cour de céans, sous numéros RR.2014.165 et 166, à la suite du dépôt par des tiers d'un recours ayant également pour objet son courrier du 14 avril 2014, et à ce que les deux recours soient déclarés irrecevables, éventuellement rejetés (act. 9).

- J. Par réplique du 28 juillet 2014, respectivement duplique du 14 août suivant, les parties ont en substance maintenu leurs conclusions (act. 11 et 14).

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.
- 1.1 L'économie de procédure peut commander à l'autorité saisie de plusieurs requêtes individuelles de les joindre ou, inversement, à l'autorité saisie

d'une requête commune par plusieurs administrés (conjointes) ou, saisie de prétentions étrangères entre elles par un même administré, de les diviser; le droit de procédure régit les conditions d'admission de la jonction et de la disjonction des causes (BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 173). Bien qu'elle ne soit pas prévue par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA; RS 172.021), applicable à la présente cause par renvoi des art. 12 al. 1 EIMP et 39 al. 2 let. c LOAP, l'institution de la jonction des causes est néanmoins admise en pratique (v. arrêts du Tribunal pénal fédéral RR.2008.190 du 26 février 2009, consid. 1; RR.2008.216 + RR.2008.225-230 du 20 novembre 2008, consid. 1.2; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Bâle 2008, § 3.17, p. 115).

- 1.2** En l'espèce, la présente cause et celle ouverte par la Cour de céans sous numéros RR.2014.165-166 concernent des recourants différents représentés par des conseils distincts. Il n'y a dès lors pas lieu de les joindre.

2.

- 2.1** La Confédération suisse et le Royaume d'Espagne sont tous deux parties à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (CEEJ; RS 0.351.1). Les art. 48 ss de la Convention d'application de l'Accord Schengen du 14 juin 1985 (CAAS; n° CELEX 42000A0922(02); Journal officiel de l'Union européenne L 239 du 22 septembre 2000, p. 19 à 62) s'appliquent également à l'entraide pénale entre ces deux Etats. Peut également s'appliquer en l'occurrence la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (CBI; RS 0.311.53). Les dispositions de ces traités l'emportent sur le droit autonome qui régit la matière, soit la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale du 20 mars 1981 (EIMP; RS 351.1) et son ordonnance d'exécution du 24 février 1982 (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 137 IV 33 consid. 2.2.2; 136 IV 82 consid. 3.1; arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2010.9 du 15 avril 2010, consid. 1.3), ce qui est valable aussi dans le rapport entre elles des normes internationales (v. art. 48 ch. 2 CAAS et 39 ch. 2 CBI). L'application de la norme la plus favorable doit avoir lieu dans le respect des droits fondamentaux (ATF 135 IV 212 consid. 2.3; 123 II 595 consid. 7c).

- 2.2** Aux termes de l'art. 25 al. 1 EIMP, les décisions rendues en première instance par les autorités cantonales et fédérales peuvent, sauf exceptions n'entrant pas en considération ici, directement faire l'objet d'un recours devant la cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral.

Dans son courrier du 14 avril 2014, la partie adverse a consenti à l'utilisation par les autorités espagnoles, pour les besoins de l'enquête mentionnée dans le 41^e complément du 2 avril 2014, de la documentation bancaire qui leur avait été précédemment remise. Cette lettre crée donc des droits en faveur desdites autorités, si bien qu'elle constitue matériellement une décision au sens de l'art. 5 PA. De plus, l'autorisation litigieuse a été donnée en première instance par une autorité fédérale. La Cour de céans est dès lors compétente pour connaître du présent litige.

- 2.3** Selon l'art. 80h let. b EIMP, la qualité pour agir contre une mesure d'entraide judiciaire est reconnue à celui qui est personnellement et directement touché par cette mesure. Aux termes de l'art. 9a let. a OEIMP, est notamment réputé personnellement et directement touché au sens des dispositions légales précitées, en cas d'informations sur un compte, le titulaire du compte dont les documents font l'objet de la décision. En l'espèce, B. SA appartient à cette dernière catégorie de personnes (cf. let. C. et D.). Cela ne vaut en revanche pas pour A. dont le statut de prévenu dans la procédure pénale étrangère ne suffit pas à lui seul, ainsi que cela ressort de l'art. 21 al. 3 EIMP, à conférer la qualité pour contester une mesure d'entraide accordée par les autorités suisses, alors même que cette mesure contribue à la progression de la poursuite pénale (ATF 116 Ib 106 consid. 2a; 114 Ib 156 consid. 2a). Il ne ressort pas du dossier que la documentation bancaire déjà transmise à l'Espagne concernerait des relations bancaires détenues par A. et celui-ci ne le soutient d'ailleurs pas. Aussi, la qualité pour recourir doit-elle être reconnue à B. SA et déniée à A.

- 2.4** Etant donné que par la décision du 14 avril 2014, l'OFJ autorise l'autorité requérante à utiliser la documentation déjà transmise également aux fins de la poursuite des faits mentionnés dans le 41^e complément du 2 avril précédent, cette décision doit être assimilée à une décision de clôture au sens de l'art. 80d EIMP. Partant, le délai de recours est de 30 jours dès la communication écrite de cet acte (art. 80k EIMP).

En l'espèce, la décision précitée n'a pas été notifiée à B. SA, de sorte que c'est le moment où celle-ci en a eu connaissance qui constitue le *dies a quo* du délai de recours (ATF 124 II 124 consid. 2d/dd; arrêt du Tribunal fédéral 1A.281/1999 du 11 février 2000, consid. 1b/aa). B. SA indique qu'il

s'agit du 24 avril 2014 (act. 1 p.12) et la Cour de céans n'a pas de raisons de douter de la véracité de cette affirmation. Le recours, déposé à un office de poste suisse le lundi 26 mai 2014, a donc été interjeté en temps utile.

2.5 Compte tenu de ce qui précède, il y a lieu d'entrer en matière sur le recours de B. SA.

3.

3.1 La Suisse s'est réservé le droit de n'accorder l'entraide judiciaire en vertu de la CEEJ qu'à la condition expresse que les résultats des investigations faites en Suisse et les renseignements contenus dans les documents ou dossiers transmis soient utilisés exclusivement pour instruire et juger les infractions à raison desquelles l'entraide est fournie (Réserve de la Suisse en rapport à l'art. 2 CEEJ, let. b). Cette réserve exprime le principe de spécialité ancré à l'art. 67 EIMP. Toute autre utilisation des renseignements et documents obtenus par voie d'entraide est subordonnée à l'approbation de l'OFJ (art. 67 al. 2 EIMP).

3.2 Selon l'art. 3 EIMP, la demande d'entraide est irrecevable si la procédure étrangère vise un acte qui paraît tendre à diminuer les recettes fiscales (al. 3); l'entraide peut en revanche être accordée pour la répression d'une escroquerie fiscale (al. 3 let. a).

4.

4.1 Le litige porte sur l'utilisation par les autorités espagnoles, dans le cadre de l'enquête mentionnée dans le 41^e complément du 2 avril 2014, de la documentation bancaire concernant B. SA que leur ont remise les autorités suisses à la suite des décisions de clôture du 27 juin 2012.

4.2 La partie adverse a estimé que l'Etat requérant était habilité à utiliser ces moyens de preuve, considérant que les investigations précitées portaient sur des faits constitutifs en droit suisse d'escroquerie fiscale. D'avis contraire, B. SA conteste le bien fondé d'une telle autorisation. Elle se plaint, dans un grief qui compte tenu de sa nature formelle (*v. infra* consid. 4.6) doit être examiné en premier lieu, de la violation de son droit d'être entendu.

4.3 La partie adverse n'aurait pas donné à B. SA l'occasion de s'exprimer avant de rendre l'acte attaqué, lequel serait au surplus insuffisamment motivé.

- 4.4** La jurisprudence a déduit du droit d'être entendu, au sens de l'art. 29 al. 2 Cst., l'obligation pour le juge de motiver ses décisions afin que le justiciable puisse les comprendre et exercer ses droits de recours à bon escient. Le juge doit ainsi mentionner, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. Il n'a toutefois pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige (ATF 134 I 83 consid. 4.1 et les références citées). Les exigences de motivation déduites de cette norme constitutionnelle valent également en procédure administrative (ATF 129 I 232 consid. 3.2).
- 4.5** En outre, le droit d'être entendu tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. comprend le droit pour l'intéressé de prendre connaissance du dossier, de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 127 III 576 consid. 2c.; 127 V 431 consid. 3a; 124 II 132 consid. 2b et les références citées).
- 4.6** Le droit d'être entendu est de nature formelle, si bien que sa violation entraîne l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond (ATF 127 V 437 consid. 3d/aa; 126 V 132 consid. 2b et les références citées). La jurisprudence admet toutefois qu'une violation de ce droit est considérée comme réparée lorsque l'intéressé jouit de la possibilité de s'exprimer librement devant une autorité de recours disposant du même pouvoir d'examen que l'autorité inférieure et pouvant ainsi contrôler librement l'état de fait et les considérations juridiques de la décision attaquée (ATF 133 I 201 consid. 2.2; 129 I 129 consid. 2.2.3; 127 V 431 consid. 3d/aa; 126 V 130 consid. 2b); un tel procédé, qui doit cependant demeurer exceptionnel (ATF 127 V précité *ibidem*; 126 I 68 consid. 2; 126 II 111 consid. 6b/aa), est exclu en présence d'une violation grave du droit d'être entendu (ATF 127 V et 126 I précités *ibidem*). En outre, une autorité de première instance ne doit pas pouvoir spéculer sur une réparation systématique par l'instance de recours car cela reviendrait à vider de son sens le droit d'être entendu (ATF 126 II précité *ibidem* et les références citées).

- 4.7** Aux termes de l'art. 34 al. 1 PA, l'autorité notifie ses décisions aux parties par écrit. L'art. 35 al. 1 de ce texte prévoit que même en cas de notification sous forme de lettre, les décisions écrites sont désignées comme telles, motivées, et indiquent les voies de droit. En matière d'entraide pénale internationale, cette dernière exigence ressort également de l'art. 22 EIMP. La jurisprudence a en outre précisé que lorsque l'OFJ donne son approbation à l'utilisation de renseignements et documents obtenus par voie d'entraide, au sens de l'art. 67 al. 2 EIMP, il doit le faire au moyen d'une décision sujette à recours (arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2010.234 du 16 octobre 2012, consid. 1.3.2 et 1.3.3). Cela vaut d'autant que l'OFJ admet l'exigence de cette condition dans son formulaire explicatif du contenu de la "réserve de la spécialité" habituellement transmis aux autorités requérantes avec les documents d'exécution. Il est en effet mentionné dans ledit formulaire (disponible à partir de la page internet <http://www.rhf.admin.ch/rhf/fr/home/rhf/muster.html>) que "[m]oyennement l'accord préalable de la Suisse, les moyens de preuve et renseignements transmis par la voie de l'entraide peuvent être utilisés [...] a) pour la poursuite d'une escroquerie en matière fiscale au sens du droit suisse [...]". Cette condition a été reprise telle quelle dans le courrier du 8 avril 2014 que l'OFJ a adressé aux autorités espagnoles afin de leur expliciter dans quelles conditions elles pouvaient utiliser les moyens de preuve déjà transmis (act. 1.12).
- 4.8** B. SA affirme, sans être contredite par aucun élément du dossier, qu'elle a appris l'existence de la procédure initiée par le 41^e complément de commission rogatoire du 2 avril 2014 lorsque l'avocat auquel elle a confié la défense de ses intérêts dans le cadre de l'enquête menée en Espagne lui a communiqué l'acte querellé (cf. act. 1.1). Or, dans ce dernier document, l'OFJ s'est contenté d'indiquer que les moyens de preuve précédemment transmis pouvaient être utilisés par les autorités espagnoles uniquement pour poursuivre des actes susceptibles d'être qualifiés en droit suisse d'escroquerie fiscale puis d'affirmer, sans fournir la moindre explication, que compte tenu des faits décrits dans le complément précité, cette condition était en l'espèce remplie. Dès lors, la lecture de l'acte entrepris ne permettait aucunement à B. SA de comprendre le raisonnement adopté par la partie adverse pour autoriser l'extension de la réserve de la spécialité. En procédant de la sorte, ladite autorité a méconnu les réquisits jurisprudentiels applicables en matière de motivation. Un tel manquement constitue à lui seul une violation grave du droit d'être entendu de la société en question. En effet, l'obligation de motivation est une composante essentielle de ce droit qui, en plus de permettre à l'administré, respectivement au justiciable, de recourir efficacement (cf. *supra*

consid. 4.4), tend à éviter que l'autorité ne se laisse guider par des motifs non pertinents (ATF 133 I 270 consid. 3.1) et confère à la décision un caractère rationnel et transparent (KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2013, n° 629 et les références). A cela s'ajoute que B. SA n'a eu l'occasion ni de prendre connaissance du dossier ni de s'exprimer avant que la décision entreprise ne fût rendue. Celle-ci, qui n'est pas désignée comme telle, ne comprend pas d'indication des voies de droit; ainsi qu'on l'a déjà relevé (cf. *supra* consid. 2.4), elle n'a jamais été notifiée à B. SA, bien qu'elle eût élu domicile au sens de l'art. 80m al.1 let. a EIMP au cours des précédentes procédures d'entraide (cf. let. C). En d'autres termes, l'acte attaqué méconnaît l'ensemble des principes énoncés aux consid. 4.4, 4.5 et 4.7 *supra*. L'instance de recours qui pallierait pareilles irrégularités se substituerait pour ainsi dire intégralement à l'autorité précédente. Une telle pratique permettrait à cette dernière de tabler sur une réparation du droit d'être entendu et ferait perdre inutilement une instance à l'administré (respectivement au justiciable); elle alourdirait aussi notablement la charge de travail de l'autorité de recours.

- 4.9** Compte tenu de ce qui précède, la Cour de céans, bien qu'elle dispose d'un plein pouvoir d'examen en fait et en droit (v. TPF 2007 57), ne saurait réparer les violations du droit d'être entendu commises par la partie adverse. Aussi, y a-t-il lieu d'annuler la décision querellée en ce qu'elle concerne B. SA, sans examiner les autres griefs soulevés par celle-ci, et de lui renvoyer la cause pour nouvelle décision respectant les exigences précitées.

5.

- 5.1** En règle générale, les frais de procédure, comprenant l'émolument d'arrêt, les émoluments de chancellerie et les débours, sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 PA). Aucun frais de procédure n'est mis à la charge des autorités inférieures, ni des autorités fédérales recourantes et déboutées; si l'autorité recourante qui succombe n'est pas une autorité fédérale, les frais de procédure sont mis à sa charge dans la mesure où le litige porte sur des intérêts pécuniaires de collectivités ou d'établissements autonomes (art. 63 al. 2 PA). Des frais de procédure ne peuvent être mis à la charge de la partie qui a gain de cause que si elle les a occasionnés en violant des règles de procédure (art. 63 al. 3 PA). En application de ces principes, un émolument, arrêté à CHF 1'000.--, est mis à la charge de A., entièrement couvert par l'avance de CHF 6'000.-- effectuée par les recourants, tandis que le présent arrêt doit être rendu sans frais s'agissant

de B. SA. La caisse du Tribunal pénal fédéral restituera à celle-ci l'avance de frais, à hauteur de CHF 5'000.--.

5.2 L'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (art. 64 al. 1 PA). Le dispositif indique le montant des dépens alloués qui, lorsqu'ils ne peuvent pas être mis à la charge de la partie adverse déboutée, sont supportés par la collectivité ou par l'établissement autonome au nom de qui l'autorité inférieure a statué (art. 64 al. 2 PA). En l'espèce, le conseil de B. SA n'a pas produit de liste des opérations effectuées. Vu l'ampleur et la difficulté de la cause, et dans les limites admises par le règlement du Tribunal pénal fédéral du 31 août 2010 sur les frais, émoluments, dépens, et indemnités de la procédure pénale fédérale (RFPPF; RS 173.713.162), l'indemnité est fixée *ex aequo et bono* à CHF 1'000.--, à la charge de la partie adverse.

Par ces motifs, la Cour des plaintes prononce:

1. La jonction des causes RR.2014.165-166 d'une part et RR.2014.167 et 169 d'autre part est rejetée.
2. Le recours est irrecevable en ce qu'il concerne A.
3. Le recours est admis en ce qu'il concerne B. SA.
4. La décision de l'Office fédéral de la justice du 14 avril 2014 est annulée en ce qu'elle concerne B. SA. La cause est renvoyée à cet Office pour nouvelle décision au sens des considérants.
5. Un émolument de CHF 1'000.--, entièrement couvert par l'avance de frais, est mis à la charge de A.
6. L'arrêt est rendu sans frais en ce qu'il concerne B. SA. La caisse du Tribunal pénal fédéral restituera à celle-ci l'avance de frais effectuée, à hauteur de CHF 5'000.--.
7. Une indemnité de CHF 1'000.-- est allouée à B. SA, à la charge de la partie adverse.

Bellinzona, le 19 novembre 2014

Au nom de la Cour des plaintes
du Tribunal pénal fédéral

Le président:

Le greffier:

Distribution

- Me Philippe Cottier, avocat
- Office fédéral de la justice, Unité Entraide judiciaire

Indication des voies de recours

Le recours contre un arrêt 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 un arrêt rendu 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).