

Bundesstrafgericht

Tribunal pénal fédéral

Tribunale penale federale

Tribunal penal federal



Numéro de dossier: RR.2009.337-340 / RP.2009.59-62

Arrêt du 30 avril 2010 Ile Cour des plaintes

Composition

Les juges pénaux fédéraux Cornelia Cova, présidente, Jean-Luc Bacher et Patrick Robert-Nicoud, la greffière Joëlle Chapuis

Parties

- 1. La société A.**
- 2. La société B.**
- 3. La société C.**
- 4. La société D.**

représentées par Mes Christophe Piguet et Michel Dupuis, avocats,

recourantes

contre

MINISTÈRE PUBLIC DE LA CONFÉDÉRATION,

partie adverse

Objet

Entraide internationale en matière pénale à la République du Kenya.

Présence de fonctionnaires étrangers (art. 65a EIMP); Décision incidente du 17 mars 2009.

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, les sociétés A., B., C. et D. et, d'autre part, la République du Kenya (in act. 5.2).
- 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.** Le 17 mars 2009, le MPC a rendu une ordonnance d'entrée en matière et décision incidente, admettant 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). Cette décision a été notifiée aux quatre sociétés précitées en date du 10 novembre 2009.
- D.** Par mémoire du 23 novembre 2009, les sociétés A., B., C. et D. ont recouru contre la décision incidente, alléguant un préjudice immédiat et irréparable au sens de l'art. 80e al. 2 de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale du 20 mars 1981 (EIMP; RS 351.1), au motif principal que la KACC n'est pas compétente pour requérir l'entraide. Elles ont également requis l'effet suspensif (act. 1).
- E.** En application de l'art. 80/ al. 3 EIMP et 56 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA; RS 172.021), la Cour de céans a accordé, en date du 24 novembre 2009, l'effet suspensif requis à titre superprovisoire (act. 2).
- F.** Invités à déposer leurs observations, le MPC et l'OFJ, en date des 30 novembre et 3 décembre 2009 (act. 5 et 6), ont tous deux conclu à l'irrecevabilité du recours.
- G.** Par décision incidente du 12 janvier 2010, se fondant sur l'art. 80o EIMP, la Cour de céans a invité l'OFJ à demander à l'Etat requérant des informations complémentaires quant à la compétence de la KACC pour requérir

l'entraide judiciaire à la Suisse, question considérée comme déterminante en l'espèce pour établir l'existence d'un préjudice immédiat et irréparable pour les recourantes. Les recourantes avaient en effet versé au dossier un jugement de la *High Court of Kenya* de Z. du 20 décembre 2007, qui déniait à la KACC, à l'occasion d'un cas concret, toute compétence pour demander l'entraide judiciaire à la Suisse (act. 1.6). Il s'agissait ainsi de savoir si cet arrêt était exécutoire et dans l'affirmative, s'il déployait ses effets à tous les cas dans lesquels la KACC demandait l'entraide judiciaire à la Suisse. Si cet arrêt faisait l'objet d'un recours, il importait également à la Cour de céans de savoir si l'instance de recours avait confirmé les conclusions du 20 décembre 2007 et, dans l'affirmative, si ce nouvel arrêt supérieur déployait ses effets à tous les cas dans lesquels la KACC avait demandé et demanderait l'entraide judiciaire à la Suisse, notamment au cas présent.

- H. Le 24 février 2010, dans le délai de nonante jours imparti pour ce faire, l'OFJ a transmis à la Cour de céans la réponse de l'autorité kenyane (act. 15.3), soit en l'occurrence le Procureur général (*Attorney General*):

«I refer to your letter of 15th January 2010 and reply as follows to the questions posed by the Swiss Authorities:

- 1. The High Court ruling of 20th December 2007 in the matter of E. is still enforceable as it relates to the specific matter of the case.*
- 2. The Kenya Anti-Corruption Commission (K.A.C.C.) filed Civil Appeal No 194 of 2008 in the Court of Appeal against the said Judgement. K.A.C.C. is waiting for dates to be given for the hearing of the Appeal. There has been no stay of execution.*
- 3. The finding is limited to the specific E. case and does not have a general effect. However, since the competence of the Attorney General to request for Mutual Legal Assistance has not been doubted or questioned, until we have a specific legislation enacted, which is now pending before Parliament, which will give investigative agencies such as K.A.C.C. the legal power to request for Mutual Legal Assistance, the Attorney General is now making such requests on behalf of the K.A.C.C.»*

- I. Les parties à la procédure, soit les recourantes, le MPC et l'OFJ, ont été invitées à prendre position sur la réponse de l'autorité requérante (act. 17). Tant le MPC que l'OFJ ont maintenu leurs observations et confirmé leurs conclusions initiales (act. 18 et 20). Les recourantes, quant à elles, ont demandé la suspension de toute mesure d'entraide jusqu'à droit connu sur la réalité et le fondement de la compétence des autorités requérantes étrangè-

res, soit sur le sort de la procédure d'appel introduite contre le jugement de la *High Court* précité (act. 21).

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** En vertu de l'art. 28 al. 1 let. e ch. 1 LTPF, mis en relation avec les art. 25 al. 1, 80e al. 2 let. b EIMP et 9 al. 3 du Règlement du Tribunal pénal fédéral du 20 juin 2006 (RS.173.710), la IIe Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral est compétente pour connaître des recours dirigés contre les décisions incidentes antérieures à la décision de clôture, susceptibles de causer un préjudice immédiat et irréparable en raison de la présence de personnes qui participent à la procédure à l'étranger, rendues par l'autorité fédérale d'exécution.
- 1.2** 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 au sens strict n'a été conclu entre la Suisse et la République du Kenya. En l'espèce, l'entraide judiciaire est donc régie par l'EIMP et son ordonnance d'exécution (OEIMP; RS 351.11).
- 1.3** Par analogie avec le Tribunal fédéral, la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral examine librement si les conditions pour accorder l'entraide sont remplies et dans quelle mesure la coopération internationale doit être prêtée (ATF 123 II 134 consid. 1d; 118 Ib 269 consid. 2e). Elle n'est pas liée par les conclusions des parties (art. 25 al. 6 EIMP) et statue avec une cognition libre sur les griefs soulevés, sans toutefois être tenue, comme le serait une autorité de surveillance, de vérifier d'office la conformité de la décision attaquée à l'ensemble des dispositions applicables en la matière (arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2007.33 du 12 mars 2007, consid. 3 et la jurisprudence citée).
- 1.4** Les sociétés A., B., C. et D. ont qualité pour recourir contre la décision incidente tendant à la présence de fonctionnaires étrangers en application des art. 80h let. b EIMP et 9a let. a OEIMP, en tant que titulaires des comptes

bancaires dont l'édition et le tri en présence de fonctionnaires étrangers sont demandés. Formés dans le délai de dix jours de l'art. 80k EIMP, le recours est recevable en la forme.

2.

- 2.1** A teneur de l'art. 80e al. 2 let. b EIMP, le recours contre une décision autorisant des fonctionnaires étrangers à participer à l'exécution de la demande n'est ouvert que si le recourant rend vraisemblable que dite décision lui cause un préjudice immédiat et irréparable.
- 2.2** A l'appui de leur recours contre la décision incidente du 17 mars 2009 autorisant la présence de fonctionnaires de la KACC lors de l'exécution des mesures d'entraide requises en Suisse, les recourantes invoquent en premier lieu le fait que la KACC serait incompétente pour requérir l'entraide judiciaire selon le droit kenyan, se fondant pour ce faire sur les conclusions d'un jugement de la *High Court of Kenya* de Z. du 20 décembre 2008.
- 2.3** L'art. 65a EIMP prévoit que lorsque l'Etat requérant le demande en vertu de son propre droit, les personnes qui participent à la procédure à l'étranger peuvent être autorisées à assister aux actes d'entraide et à consulter le dossier. Cette présence peut également être admise si elle permet de faciliter considérablement l'exécution de la demande ou la procédure pénale étrangère.
- 2.4** La présence de fonctionnaires étrangers ne crée pas *ipso facto* un préjudice immédiat et irréparable. Ce dernier n'est susceptible de survenir que lorsque la présence de fonctionnaires étrangers a 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 de l'entraide (art. 65a al. 3 EIMP). Ce risque peut toutefois être circonscrit par le biais de la fourniture, par l'autorité requérante, de garanties quant à la non utilisation prématurée des informations (ATF 128 II 211 consid. 2.1, p.215; 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 s; dans ce sens, ROBERT ZIMMERMANN, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 3^e éd., Berne 2009, n°409).
- 2.5** En l'espèce, l'ordonnance d'entrée en matière et décision incidente attaquée prévoit que l'autorité requérante doit signer, au préalable, une déclaration par laquelle elle s'engage à ne pas utiliser les constatations éventuellement faites lors de l'administration des preuves en Suisse avant qu'une décision de clôture entrée en force n'ait été rendue.

- 2.6** Selon la jurisprudence constante, l'autorité suisse requise doit s'assurer de la compétence répressive de l'Etat requérant (cf. notamment l'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 arrêts cités).
- 2.7** En l'espèce, dès lors que les recourantes ont 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, cette question de compétence est devenue cruciale et la Cour de céans ne pouvait l'é luder.
- 2.8** En effet, dans l'hypothèse où la KACC s'avérerait incompétente pour requérir l'entraide, l'exécution de la décision incidente du 17 mars 2009 causerait déjà un préjudice immédiat et irréparable aux recourantes, en raison de la présence, lors de l'exécution des mesures d'entraide requises, de personnes non légitimées pour ce faire par le droit de leur Etat et ce malgré l'engagement qu'elles pourraient prendre en signant la déclaration prévue dans la décision querellée (v. *supra* consid. 2.4). En tant que ces personnes ne seraient pas reconnues compétentes par leurs propres instances étatiques pour requérir l'entraide, les garanties qu'elles s'engageraient à fournir n'obligeraient pas l'Etat du Kenya.
- 2.9** La Cour de céans était ainsi tenue de demander des éclaircissements à l'Etat requérante à ce sujet, vu l'incertitude de la situation.
- 2.10** La réponse du 15 février 2010 obtenue du Procureur général (*Attorney General*) de la République du Kenya (v. *supra* let. H.) ne permet toutefois pas de dissiper totalement le doute soulevé par le jugement du 20 décembre 2007.
- 2.11** Il ressort de cette prise de position qu'actuellement la KACC n'a effectivement pas la compétence législative pour requérir l'entraide judiciaire et qu'un projet de loi visant à conférer cette compétence à des agences d'investigation comme la KACC est pendant par devant le Parlement kenyan. Dans l'intervalle et tant que sa propre compétence en la matière n'est elle-même pas remise en cause, c'est le Procureur général qui forme les requêtes au nom de la KACC (« *since the competence of the Attorney Gen-*

eral to request for Mutual Legal Assistance has not been doubted or questioned, until we have a specific legislation enacted, which is now pending before Parliament, which will give investigative agencies such K.A.C.C the legal power to request for Mutual Legal Assistance, the Attorney General is now making such requests on behalf of the K.A.C.C. », v. supra let. H).

- 2.12** En l'espèce, la demande d'entraide du 6 mai 2008 a été présentée à la Suisse par la KACC, soit par son directeur (act. 5.2). Certes, le Procureur général avait fait précéder cette demande, en date du 30 avril 2008, d'une lettre à l'OFJ pour «recommander» («*commend*») le directeur de la KACC, sans toutefois la présenter formellement lui-même pour la KACC, bien qu'il soutienne en avoir la compétence. En outre, alors que l'occasion lui est précisément donnée de le faire dans sa prise de position du 15 février 2010, le Procureur général n'a pas déclaré pour autant reprendre la requête de la KACC concernée à son compte (act. 15.3).
- 2.13** Force est donc de constater 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 fait. Dès lors, tant que tel sera 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 recourantes demeurera réel.
- 2.14** Dans un cas comme celui-ci, ne pas autoriser la présence de personnes non légitimées relève même de la sauvegarde des intérêts de l'Etat requérant, puisque ces personnes seraient *de facto* amenées à agir sinon à l'insu, tout au moins contre la volonté des autorités judiciaires de leur propre Etat.
- 2.15** Ce premier grief doit donc être admis et la décision incidente du 17 mars 2009 annulée pour ce motif déjà. En conséquence, l'effet suspensif octroyé à titre superprovisoire le 24 novembre 2009 (v. supra let. E) devient caduc.
- 3.** Vu ce qui précède, il y a lieu de renoncer à percevoir des frais (art. 63 al. 1 et 2 PA). La caisse du Tribunal pénal fédéral restituera aux recourantes l'avance de frais versée par CHF 4'000.--.
- 4.** 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, les dépens peuvent être mis à la charge du MPC. Le conseil des recourantes n'a pas produit de liste des opérations effectuées. Vu l'ampleur et la difficulté relatives de la cause, et dans les limites admises par le règlement du 26 septembre 2006 sur les dépens et indemnités alloués devant le Tribunal pénal fédéral (RS 173.711.31), l'indemnité est fixée *ex aequo et bono* à CHF 2'500.-- (TVA comprise), à la charge de la partie adverse.

Par ces motifs, la IIe Cour des plaintes prononce:

1. Le recours est admis. La décision incidente du 17 mars 2009 est annulée.
2. L'effet suspensif superprovisoire est caduc.
3. Le présent arrêt est rendu sans frais. La caisse du Tribunal pénal fédéral restituera aux recourantes l'avance de frais effectuée par CHF 4'000.--.
4. Une indemnité de CHF 2'500.-- (TVA comprise) est allouée aux recourantes à charge de la partie adverse.

Bellinzone, le 3 mai 2010

Au nom de la IIe Cour des plaintes
du Tribunal pénal fédéral

La présidente:

La greffière:

Distribution

- Mes Christophe Piguet et Michel Dupuis, avocats
- 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).