

leichten Falls sieht. In Beachtung des Gesagten liegt im konkreten Fall eine Mehrheit von nicht besonders leichten Fällen vor.

## TPF 2015 55

10. Extrait de la décision de la Cour des plaintes dans la cause A., B., C. contre Ministère public de la Confédération et République du Kenya du 24 juin 2015 (BB.2014.188, BB.2014.189, BB.2014.190)

*Lésé. Admission de la partie plaignante. Qualité pour recourir.*

Art. 115 al. 1, 382 al. 1 CPP, art. 80e al. 2 let. b EIMP

**Admission d'un État comme partie plaignante en raison d'opérations de corruption pouvant porter atteinte à ses intérêts (consid. 3). Qualité pour agir contre la consultation du dossier dans la procédure nationale par l'État requérant alors qu'il y a eu procédure d'entraide (consid. 4). Garantie insuffisante fournie par l'État requérant (consid. 5.2).**

*Geschädigte Person. Zulassung der Privatklügerschaft. Beschwerdelegitimation.*

Art. 115 Abs. 1, 382 Abs. 1 StPO, Art. 80e Abs. 2 lit. b IRSG

**Zulassung eines Staates als Privatkläger aufgrund von Bestechungshandlungen, welche dessen Interessen beeinträchtigen können (E. 3). Beschwerdelegitimation bei Akteneinsicht durch den ersuchenden Staat im Rahmen eines nationalen Strafverfahrens, nachdem bereits ein Rechtshilfverfahren durchgeführt wurde (E. 4). Ungenügende Garantie des ersuchenden Staates (E. 5.2).**

*Danneggiato. Ammissione in qualità di accusatore privato. Legittimazione a ricorrere.*

Art. 115 cpv. 1, 382 cpv. 1 CPP, art. 80e cpv. 2 lett. b AIMP

**Ammissione di uno Stato quale accusatore privato in ragione di condotte corruttive che possono ledere i suoi interessi (consid. 3). Legittimazione ricorsuale contro la consultazione di un fascicolo processuale nazionale da parte di uno Stato, nel caso in cui vi è una parallela procedura di assistenza internazionale in materia penale (consid. 4). Insufficienza della garanzia concretamente fornita dallo Stato richiedente (consid. 5.2).**

Résumé des faits:

Suite à une demande d'entraide lui ayant été adressée en 2008 par la République du Kenya dans une affaire d'escroquerie et de corruption d'ampleur internationale, le Ministère public de la Confédération (MPC) a ouvert en septembre 2009 une procédure pénale à l'encontre de A., B. et C. pour blanchiment d'argent. Les prévenus étaient soupçonnés de corruption dans le cadre de la conclusion, entre 1997 et 2004, de 13 contrats avec la République du Kenya – faisant partie de ceux évoqués dans la demande d'entraide –, et ce, pour plusieurs dizaines de millions d'USD. Par ordonnance du 10 décembre 2014, le MPC a admis la République du Kenya en qualité de partie plaignante et lui a conféré un accès complet au dossier, l'utilisation de ces pièces étant cependant strictement limitée à son intervention en qualité de partie plaignante dans la procédure ouverte en Suisse, tout autre utilisation étant soumise à l'accord préalable de l'Office fédéral de la justice. Par acte du 22 décembre 2014, A., B. et C. ont recouru contre dite ordonnance.

La Cour des plaintes a, dans la mesure de sa recevabilité, admis le recours dans le sens des considérants.

### **Extrait des considérants:**

**3.2** Aux termes de l'art. 118 al. 1 CPP, on entend par partie plaignante le lésé qui déclare expressément vouloir participer à la procédure pénale comme demandeur au pénal ou au civil. On entend alors par lésé toute personne dont les droits ont été touchés directement par une infraction (art. 115 al. 1 CPP). Le lésé est en règle générale défini comme la personne physique ou morale qui prétend être atteinte immédiatement et personnellement dans ses droits protégés par la loi lors de la commission d'une infraction. Le lésé est le titulaire du bien juridique protégé par la disposition pénale enfreinte (PIQUEREZ/MACALUSO, Procédure pénale suisse, 3<sup>e</sup> éd., Genève/Zurich/Bâle 2011, n° 850; PERRIER, Commentaire romand, Bâle 2011, n° 8 ad art. 115 CPP; LIEBER, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], 2<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2014, n° 1 ad art. 115 CPP). La lésion n'est immédiate que si le lésé ou ses ayants cause ont subi l'atteinte directement et personnellement, ce qui interdit aux tiers qui ne sont qu'indirectement touchés (par contrecoup ou ricochet; dommage réfléchi) par un acte punissable de se constituer parties civiles (arrêt du Tribunal fédéral 1P.620/2001 du 21 décembre 2001, consid. 2.1). Il importe en outre qu'il existe un lien de causalité direct entre l'acte punissable et le préjudice subi. Pour qu'il y ait un rapport de causalité

naturelle entre l'événement et le comportement coupable, il faut que celui-ci en constitue la condition *sine qua non* (MOREILLON/DUPUIS/MAZOU, La pratique judiciaire du Tribunal pénal fédéral, in: JdT 2008 IV p. 97 ss n<sup>os</sup> 82 et 83 et références citées). N'est donc notamment pas reconnue la qualité de partie plaignante aux créanciers de la victime, aux cessionnaires de la créance résultant de l'infraction, aux personnes subrogées contractuellement ou légalement, aux actionnaires et aux administrateurs d'une société lorsque le préjudice est éprouvé par la personne morale (v. arrêt du Tribunal pénal fédéral BB.2010.20 du 21 septembre 2010, consid. 4.1 et références citées; PIQUEREZ/MACALUSO, op. cit., n<sup>o</sup> 853). Lorsque l'infraction protège en première ligne l'intérêt collectif, les particuliers ne sont considérés comme des lésés que si leurs intérêts privés ont été effectivement touchés par les actes en cause, de sorte que leur dommage apparaît comme la conséquence directe de l'acte dénoncé (ATF 119 Ia 342 consid. 2b).

**3.3** L'instruction ouverte par le MPC repose sur le chef de blanchiment d'argent (art. 305<sup>bis</sup> CP). C'est ainsi la lésion directe de la République du Kenya, par la commission de cette infraction qui doit être examinée. L'art. 305<sup>bis</sup> CP protège non seulement l'administration de la justice, mais également les intérêts patrimoniaux de ceux qui ont été lésés par le crime préalable (ATF 129 IV 322 consid. 2.2.4; décision du Tribunal pénal fédéral BB.2011.132 du 27 juin 2012, consid. 3.4). *In casu*, il s'agit d'actes de corruption. A teneur de la jurisprudence du Tribunal fédéral, des opérations de corruption peuvent porter atteinte aux intérêts de l'Etat (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_908/2009 du 3 novembre 2010, consid. 2.3.2). Il convient encore de rappeler que, dans la mesure où les faits ne sont pas définitivement arrêtés, il faut se fonder sur les allégués de celui qui se prétend lésé pour déterminer si tel est effectivement le cas (ATF 119 IV 339 consid. 1d/aa; décision du Tribunal pénal fédéral BB.2012.46 du 26 septembre 2012, consid. 1.6). En effet, dans le cadre d'une constitution de partie plaignante, les infractions indiquées ne sont à examiner qu'au stade de la vraisemblance (sur la précision de la déclaration de constitution de partie plaignante, v. JEANDIN/MATZ, Commentaire romand, Bâle 2011, n<sup>o</sup> 9 ad art. 119 CPP). Ainsi, il ne saurait s'agir de tenir l'origine criminelle des fonds concernés pour établie mais de se satisfaire de la vraisemblance des soupçons évoqués.

**3.4** En l'espèce, la qualité pour recourir de la République du Kenya est admise car elle fait valoir qu'elle aurait subi de larges pertes financières dans le cadre de la signature de différents contrats qui seraient entachés de corruption. Ces contrats auraient été passés avec diverses sociétés en main

des recourants. La République du Kenya aurait ainsi été amenée à notamment payer des prix gonflés jusqu'à 150 % de la valeur réelle de la marchandise acquise. Dans ce contexte, les recourants invoquent qu'aucune procédure pénale n'est ouverte ni ne l'a jamais été contre eux au Kenya, et ce, même après que les autorités suisses ont donné suite aux demandes d'entraide des autorités kenyanes. Cet argument tombe à faux. En effet, d'une part, cela ne coïncide pas avec les informations publiques relatives à cette affaire, aux termes desquelles une audience est fixée au Kenya le 20 juillet prochain lors de laquelle les recourants doivent être entendus. D'autre part, pour qu'il y ait blanchiment d'argent, il n'est pas nécessaire qu'il y ait des poursuites ou un jugement à l'étranger (CORBOZ, Les infractions en droit suisse, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2010, Vol. II, n° 55 ad art. 305<sup>bis</sup> CP). En effet, peu importe que le crime préalable soit effectivement poursuivi et son auteur ne doit pas nécessairement être coupable ou punissable (KISTLER, La vigilance requise en matière d'opérations financières, thèse, Zurich 1994, p. 86 et 87; BÉGUIN/UNTER-NAEHRER, La responsabilité civile du banquier en cas de blanchiment d'argent – question d'illicéité, in: Jusletter du 20 juillet 2009, n° 13; GRABER, Geldwäscherei, thèse, Berne 1990, p. 128).

Les recourants arguent par ailleurs qu'en Suisse l'infraction de blanchiment est prescrite, les faits sous enquête étant vieux de plus de 10 ans. Ce faisant, ils omettent que les actes de blanchiment en cause sont susceptibles de tomber sous le chiffre 2 de l'art. 305<sup>bis</sup> CP, soit le «cas grave». En effet, au vu notamment de l'importance des sommes en jeu, il n'est pas exclu que les conditions de l'art. 305<sup>bis</sup> ch. 2 let. c CP – selon lequel le cas est grave lorsque l'auteur «réalise un chiffre d'affaires ou un gain importants en faisant métier de blanchir de l'argent» – soient réalisées en l'espèce (v. ATF 122 IV 211 consid. 2d et les références citées). Partant, ce n'est pas sur un délai de sept ans que les questions relatives à la prescription doivent se fonder, mais sur celui de quinze ans, soit celui applicable à la poursuite du blanchiment aggravé (art. 70 al. 2 CP in fine en relation avec l'art. 305<sup>bis</sup> ch. 2 CP et 97 al. 1 let. b CP). En l'état du dossier, les actes de blanchiment sous enquête suisse se seraient déroulés de 1997 à 2003. Il n'est pas contesté qu'à cette période, l'infraction n'était pas prescrite à l'étranger. Force est donc de constater que la prescription de l'action pénale en Suisse n'est dès lors pas acquise à ce jour.

De même, l'arrêt genevois auxquels se réfèrent les recourants pour soutenir que c'est la République du Kenya qui a fait défaut à ses obligations contractuelles ne saurait être pris en considération dans la mesure où il a été annulé par la Cour de Justice genevoise en février 2010 (arrêt

C/1861/2006). Il semblerait que la République du Kenya a certes procédé à des paiements dans le contexte en cause faute d'avoir pu démontrer l'existence de corruption en lien avec certains des contrats litigieux passés. Il reste que rien ne permet de dire, ainsi que le soutiennent les recourants, que les contrats précités et ceux passés avec leurs entreprises soient «de nature identique». En outre, les sociétés concernées par ces paiements n'apparaissent pas être celles dans lesquelles sont impliqués les recourants. S'agissant ensuite des interventions alléguées de l'ex-ambassadeur de Suisse au Kenya auprès du recourant C., elles ne peuvent être imputées au MPC lequel a précisé n'avoir donné aucune mission ou instruction audit ambassadeur; elles ne sauraient de ce fait remettre en cause la validité de la décision entreprise. Au surplus, cette question n'a aucune incidence sur l'existence d'une lésion telle que celle requise pour bénéficiaire de la qualité de partie plaignante. C'est dès lors sans succès que les recourants tentent de tirer argument du fait que le MPC n'aurait rien fait pour contrer ou sanctionner le comportement adopté par l'ex-ambassadeur de Suisse au Kenya. Enfin, à ce stade, il n'est pas indispensable d'examiner la réalisation effective des infractions retenues. Dès lors, il doit être admis que les droits de la République du Kenya peuvent avoir été lésés par l'infraction supposée de blanchiment concernée.

**4.1** Au titre de la recevabilité, la qualité pour recourir du prévenu contre une décision accordant le droit d'accéder au dossier de la procédure s'analyse à l'aune des règles soit de la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (Loi sur l'entraide pénale internationale, EIMP; RS 351.1; *infra* consid. 4.1.1) soit du CPP (*infra* consid. 4.1.2).

**4.1.1** L'EIMP s'applique lorsque la procédure nationale est connexe à une procédure d'entraide diligentée par l'Etat souhaitant bénéficiaire du droit d'accès au dossier national, en lien avec les mêmes faits que ceux sur lesquels porte ce dernier (v. décision du Tribunal pénal fédéral BB.2012.107 du 15 mai 2013, consid. 1.4). Dans un tel cas, la recevabilité du recours doit être traitée à l'égal de la participation des fonctionnaires étrangers à la procédure. Le recours est recevable si ladite participation cause un préjudice immédiat et irréparable au recourant (art. 80e al. 2 let. b EIMP). Un dommage immédiat et irréparable n'est envisageable que dans le cas visé à l'art. 65a al. 3 EIMP, c'est-à-dire 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 et l'étendue de l'entraide. Ce risque peut être évité par la fourniture, par l'autorité requérante, de garanties

de nature à empêcher l'utilisation prématurée des informations (ATF 128 II 211 consid. 2.1; 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; ZIMMERMANN, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2014, n° 409).

En l'espèce, la République du Kenya a adressé huit demandes d'entraide à la Suisse; celles-ci sont aujourd'hui toutes closes. Il appert cependant que la procédure contre les recourants n'y est pas terminée puisqu'une audience visant à leur audition est prévue le 20 juillet prochain. Par ailleurs, les derniers documents adressés aux autorités kenyanes dans le cadre de l'entraide l'ont été en septembre 2012. Depuis, diverses pièces sont venues s'ajouter à celles qui figuraient alors dans la procédure suisse. Dès lors, il existe un risque que la décision donnant à la République du Kenya un accès complet à la procédure pénale nationale cause aux personnes touchées par cette divulgation un dommage analogue à celui visé à l'art. 80e al. 2 let. b EIMP (v. ATF 127 II 198 consid. 2b). Il est vrai que le MPC a pris plusieurs mesures particulières aux fins de protéger les intérêts des recourants. Il a en effet requis des garanties de la part de la République du Kenya que les informations transmises ne seraient pas utilisées à des fins de poursuites pénales, garanties qui lui ont été dûment fournies le 20 juin 2014. Mais dans ces dernières, le procureur kenyan s'engage à ne pas utiliser de manière directe ou indirecte toute information recueillie dans les procédures suisses «sous réserve de ce que prévoit la loi» («*except as may be permitted in law*»). Cette mention laisse un doute quant à la portée de l'engagement fourni par la République du Kenya de ne pas utiliser les pièces auxquelles elle aura accès. Par ailleurs, le MPC a spécifié dans la décision attaquée que toute autre utilisation des pièces par le Kenya devait être soumise à l'accord préalable de l'Office fédéral de la justice. Ainsi, on ne peut exclure le fait qu'en dépit des garanties fournies, les pièces issues de la procédure suisse puissent être utilisées autrement par la République du Kenya.

Dans ces conditions, il y a lieu de considérer que le recours est recevable s'agissant de la question de l'accès au dossier au regard des règles de l'EIMP.

**4.1.2** Le CPP s'applique quant à lui lorsqu'il n'existe pas de demande d'entraide. La qualité pour recourir est alors donnée au sens de l'art. 382 al. 1 CPP si le recourant dispose d'un intérêt juridiquement protégé à l'annulation ou à la modification de la décision entreprise. Il doit avoir subi une lésion, c'est-à-dire un préjudice causé par l'acte qu'il attaque et doit

avoir un intérêt à l'élimination de ce préjudice (PIQUEREZ/MACALUSO, op. cit., n° 1911). D'après le Tribunal fédéral, la prise de connaissance de pièces, notamment bancaires, qui pourraient ensuite être utilisées au préjudice du prévenu est constitutive d'inconvénients potentiels liés à l'existence même d'une procédure pénale, insuffisants pour admettre un préjudice irréparable (arrêt du Tribunal fédéral 1B\_582/2012 du 12 octobre 2012, consid. 1.2).

En l'occurrence toutefois, la République du Kenya pourrait, en consultant le dossier de la procédure nationale, avoir accès à des documents bancaires des prévenus auxquels elle n'a pas eu accès par le biais de l'entraide. Cela, notamment car les derniers documents qui lui ont été transmis datent du 27 septembre 2012 et que des actes d'enquête ont été effectués en Suisse au-delà de cette dernière date. En conséquence, il y a lieu de reconnaître aux recourants un intérêt à recourir également au regard des règles du CPP.

**5.2** Dans le cas d'espèce, le MPC a décidé de donner à la République du Kenya un accès complet au dossier. Il s'appuie pour cela notamment sur les garanties que cette dernière lui a fournies de ne pas faire usage des pièces auxquelles elle aura accès en consultant le dossier de la procédure pénale nationale. Le MPC a en outre fixé des cautèles supplémentaires; il a en effet précisé dans la décision querellée que l'utilisation des pièces par la République du Kenya est strictement limitée à son intervention en qualité de partie plaignante dans la procédure pénale suisse et que toute autre utilisation, également pour la procédure pénale ouverte au Kenya dans le même complexe de faits, est soumise à l'accord préalable de l'OFJ. Il reste que compte tenu de ce qui a été développé *supra*, en l'état, la garantie fournie par l'autorité kenyane prête à confusion; telle que libellée, elle semble impropre à prévenir toute utilisation au Kenya des pièces obtenues dans le cadre de la procédure pénale nationale. Ainsi, convient-il de s'assurer, conformément à ce que requièrent les recourants, que les garanties fournies par la République du Kenya soient formulées de manière plus stricte en excluant en particulier toute mention d'une réserve quelconque à ce que prévoit le droit kenyan. D'ici l'obtention de cette garantie nouvellement formulée, afin de ménager les intérêts en présence, il y a lieu de concéder au représentant de la République du Kenya un accès au dossier de la procédure nationale, mais ce uniquement aux fins de consultation sans qu'il puisse en lever copie des pièces, ni emporter les différentes notes prises lors des consultations. Cette

solution apparaît comme la plus respectueuse des droits de toutes les parties. En ce sens, elle est conforme au principe de proportionnalité. Il appartiendra au MPC de réexaminer les modalités du droit d'accès au dossier de la partie plaignante une fois les nouvelles garanties obtenues.

## TPF 2015 62

11. Auszug aus dem Beschluss der Beschwerdekammer in Sachen Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland gegen Eidgenössische Revisionsaufsichtsbehörde (RAB) und Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II vom 24. Juni 2015 (BB.2015.30)

*Aktenbeizug. Verhältnis der Rechtshilfe nach StPO zu den einschlägigen Bestimmungen des Revisionsaufsichtsgesetzes. Geheimhaltungsinteresse.*

Art. 194 StPO, Art. 24 RAG

Die ersuchte Behörde darf das Aktenbeizugsbegehren nur bei Vorliegen von entgegenstehenden, überwiegenden öffentlichen oder privaten Geheimhaltungsinteressen verweigern (E. 2, 3.1.2, 3.3.3 und 3.3.4). Diese umfassende, gegenseitige Rechtshilfepflicht in Strafsachen, auf die das Strafgesetzbuch oder ein anderes Bundesgesetz Anwendung findet, wird nicht durch Art. 24 Abs. 1 RAG ausser Kraft gesetzt (E. 3.1.2).

*Production de dossiers. Rapport entre l'entraide prévue par le CPP et les dispositions y relatives figurant dans la loi sur la surveillance de la révision. Intérêt au maintien du secret.*

Art. 194 CPP, art. 24 LSR

L'autorité saisie d'une demande de production de dossiers ne peut refuser d'y donner suite qu'en présence d'intérêts publics ou privés, opposés et prépondérants, au maintien du secret (consid. 2, 3.1.2, 3.3.3 et 3.3.4). L'art. 24 al. 1 LSR ne permet pas de déroger à cette obligation étendue et réciproque d'octroyer l'entraide judiciaire en matière pénale pour des infractions prévues dans le Code pénal ou d'autres lois fédérales (consid. 3.1.2).