

Bundesstrafgericht
Tribunal pénal fédéral
Tribunale penale federale
Tribunal penal federal



Numéro de dossier: RR.2018.158

Arrêt du 5 mars 2019

Cour des plaintes

Composition

Les juges pénaux fédéraux
Giorgio Bomio-Giovanascini, président,
Patrick Robert-Nicoud et Stephan Blättler,
la greffière Julienne Borel

Parties

A. LTD, représentée par Mes André A. Girguis et
Sarah Leuzinger, avocats,

recourante

contre

MINISTÈRE PUBLIC DU CANTON DE GENÈVE,

partie adverse

Objet

Entraide judiciaire internationale en matière pénale à
l'Ukraine

Remise de moyens de preuve (art. 74 EIMP)

Faits:

- A.** Le 24 février 2017, le Parquet général ukrainien a adressé une demande d'entraide datée du 2 décembre 2016 à l'Office fédéral de la justice (ci-après: OFJ) qui l'a transmise pour exécution au Ministère public du canton Genève (ci-après: MP-GE). La demande d'entraide ukrainienne s'inscrit dans le cadre d'une enquête diligentée contre B., C. et autres pour gestion déloyale, blanchiment d'argent et faux dans les titres (act. 1.2). B., directeur général de la société D., et C., chef comptable, sont poursuivis avec d'autres pour avoir interposé une société anglaise (E. Ltd.) entre leur société et le Kazakhstan dans l'exécution d'un contrat, d'avoir conclu un contrat et payé des travaux de E. Ltd. sur la base de fausses factures pour un montant total de USD 5.626 millions entre février et avril 2010, ainsi que USD 11.462 millions entre novembre 2008 et avril 2010. Le dernier domicile connu de B. se serait trouvé à Londres à l'adresse « Apt. 1, adresse Z., London ». Le propriétaire de cet appartement serait la société F. Ltd. et l'hypothèque serait enregistrée au nom de la « banque G. » en Suisse. Au moment de la demande de visa de la femme et des enfants de B., ceux-ci auraient indiqué comme domicile « Apt. 2, adresse Z., London ». Le propriétaire de cet appartement serait la société A. Ltd et l'hypothèque serait également enregistrée au nom de la « banque G. » en Suisse. Pour l'autorité requérante, il est nécessaire d'établir si lesdits immeubles appartiennent à des personnes visées par la procédure ukrainienne (act. 1.9).
- B.** Le 10 avril 2017, le MP-GE est entré en matière sur ladite demande d'entraide (act. 1.4). Il a ordonné le 1^{er} mai 2017 à la banque G., avec l'injonction de garder le silence, de lui remettre la documentation bancaire relative notamment à la société A. Ltd ainsi que de bloquer les avoirs présents sur les comptes de celle-ci (act. 1.5).
- C.** Le 16 octobre 2017, le MP-GE a informé la banque G. qu'il entendait remettre à l'autorité requérante la documentation de la relation bancaire n° 3 ouverte au nom de A. Ltd (3 CD-ROMs) remise les 12 mai et 19 juin 2017 et a levé l'interdiction d'informer (act. 1.6).
- D.** Le 6 novembre 2017, le MP-GE a transmis au conseil de A. Ltd, suite à sa requête (act. 1.8), la demande d'entraide ainsi que la décision d'entrée en matière du 10 avril 2017 et l'ordonnance du 1^{er} mai 2017 (act. 1.9). Le 21 novembre 2017, ce dernier a requis le MP-GE de lui remettre les pièces dont il

envisageait la transmission à l'Etat requérant afin que A. Ltd puisse se déterminer à leur sujet (act. 1.10).

- E.** Le 28 novembre 2017, le MP-GE a transmis à A. Ltd une clef USB avec les documents sollicités (act. 1.11). Par lettre du 12 décembre 2017, la société A. Ltd a informé le MP-GE que le contenu de ladite clef ne la concernait que très partiellement, que les documents bancaires transmis concernaient également la banque H. et non uniquement la banque G. et qu'il ne s'agissait pas de documentation bancaire à proprement parler, mais de contrats de vente, contrat de location, etc. (act. 1.12). Le 21 mars 2018, le procureur en charge du dossier a répondu à A. Ltd que l'objet et l'étendue de l'entraide concernée porte sur l'intégralité de la documentation bancaire obtenue de la part de la banque G. (act. 1.13).
- F.** Le 9 avril 2018, le MP-GE a rendu une décision de clôture partielle, ordonnant la transmission à l'autorité requérante des documents bancaires relatifs à A. Ltd remis par la banque G. les 9 mai et 23 mai 2017 (1 CD-ROM et 1 classeur C.6; act. 1.1).
- G.** A. Ltd a interjeté recours contre ce dernier prononcé le 11 mai 2018 (act. 1). La recourante conclut, en substance, à l'annulation de la décision de clôture partielle du MP-GE du 9 avril 2018.
- H.** Par réponse du 8 juin 2018, le MP-GE conclut au rejet du recours (act. 9). L'OFJ conclut également au rejet du recours et se rallie à la décision entreprise (act. 10). Quant à la recourante, elle a répliqué le 25 juin 2018, persistant dans ses conclusions (act. 12). Le 6 juillet 2018, l'OFJ renonce à dupliquer alors que le MP-GE n'a pas donné suite à l'invitation de la Cour de céans (act. 14 et 15).
- I.** Vu que le MP-GE, malgré l'injonction de la Cour de céans du 29 mai 2018 (act. 7), n'a ni transmis le dossier de la cause ni un bordereau de pièces avec le dépôt de sa réponse, celle-ci lui a imparti le 25 janvier 2019 un délai au 7 février 2019 pour qu'il transmette le CD-ROM que lui a remis la banque G. et le classeur C6 mentionnés dans la décision entreprise, ainsi qu'un bordereau de pièces (act. 16).

- J.** Le 8 février 2019, le MPC a remis à la Cour de céans copie de l'intégralité du classeur C6 et trois CD-ROMs provenant de la banque G. (act. 17, 17.1, 17.2, 17.3 et 17.4).

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.** L'entraide judiciaire entre la Confédération suisse et l'Ukraine est régie en premier lieu par la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (CEEJ; 0.351.1) ainsi que par le Deuxième Protocole additionnel du 8 novembre 2001 à la CEEJ, entré en vigueur pour la Suisse le 1^{er} février 2005 et pour l'Etat requérant le 1^{er} janvier 2012. Peut également s'appliquer en l'occurrence la Convention n° 141 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), entrée en vigueur le 1^{er} septembre 1993 pour la Suisse et le 1^{er} mai 1998 pour l'Ukraine. Les dispositions de ces traités l'emportent sur le droit interne régissant la matière, soit la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (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 142 IV 250 consid. 3; 140 IV 123 consid. 2; 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). 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).
- 1.1** 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]).
- 1.2** Formé dans les trente jours à compter de la notification de la décision attaquée, le recours a été déposé en temps utile (art. 80k EIMP).

- 1.3** Aux termes de l'art. 80*h* 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. 9*a* 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. 5.2.1 et 118 Ib 547 consid. 1d).
- 1.4** En l'espèce, la recourante est titulaire du compte ouvert auprès de la banque G. dont la documentation fait l'objet de la mesure d'entraide entreprise. Elle a ainsi la qualité pour recourir contre la transmission des informations relatives à ces comptes.
- 1.5** Le recours est recevable et il y a lieu d'entrer en matière.
- 2.** Par un grief d'ordre formel qu'il convient d'examiner en premier lieu, la recourante reproche à l'autorité d'exécution d'avoir violé son droit d'être entendue, en ce sens qu'elle n'a pas pu participer au tri des documents qui allaient être remis à l'Etat requérant (act. 1, p. 25 ss).

 - 2.1** L'art. 29 al. 2 Cst. consacre le droit d'être entendu, lequel découle également du droit à un procès équitable (art. 6 par. 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [CEDH; RS 0.101]). En matière d'entraide judiciaire, cette garantie est mise en œuvre par l'art. 80*b* EIMP et par les art. 26 et 27 PA (par renvoi de l'art. 12 al. 1 EIMP; arrêt du Tribunal fédéral 1A.57/2007 du 24 septembre 2007 consid. 2.1). Le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour la partie intéressée de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision touchant sa situation juridique ne soit prise (ATF 137 II 266 consid. 3.2).
 - 2.2** La jurisprudence a tiré du droit d'être entendu l'obligation pour l'autorité de motiver ses décisions dans le but de permettre aux justiciables de les comprendre suffisamment pour être en mesure de faire valoir leurs droits. L'autorité doit ainsi mentionner au moins brièvement les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision pour que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. L'objet et la précision des indications à fournir dépendent de la nature de l'affaire et des circonstances particulières du cas. L'autorité n'est pas tenue de discuter de manière détaillée tous les arguments soulevés par les parties (ATF 126 I 97 consid. 2b; 125 II 369 consid. 2c; 124 II 146 consid. 2a; 112 la 107 consid. 2b), mais peut se limiter à l'examen des questions décisives pour

l'issue du litige (ATF 126 I 15 consid. 2a/aa; 125 II 369 consid. 2c; 124 II 146 consid. 2a; 124 V 180 consid. 1a et les arrêts cités). La motivation peut être implicite et résulter des différents considérants de la décision (arrêts du Tribunal fédéral 5A_878/2012 du 26 août 2013 consid. 3.1; 1C_246/2013 du 4 juin 2013 consid. 2.1; 2C_23/2009 du 25 mai 2009 consid. 3.1).

2.3 De jurisprudence constante, l'autorité d'exécution a le devoir de procéder au tri des documents avant d'ordonner leur remise éventuelle (arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2008.310 du 17 mars 2009 consid. 4.1 et la jurisprudence citée). Elle ne saurait se défaire sur l'Etat requérant et lui remettre toutes les pièces en vrac, sans autre examen de leur pertinence dans la procédure étrangère (ATF 130 II 14 consid. 4.4; arrêt du Tribunal fédéral 1A.107/2006 du 10 août 2006 consid. 2.2; arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2013.58-60 du 28 juin 2013 consid. 2.2). Après un premier tri, l'autorité d'exécution doit inventorier les pièces qu'elle envisage de transmettre et impartir au détenteur un délai pour qu'il puisse faire valoir, pièce par pièce, ses arguments contre la transmission avant le prononcé de la décision de clôture (arrêt du Tribunal fédéral 1A.228/2006 du 11 décembre 2006 consid. 3.2; arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2016.218-229 consid. 3.3). La participation du détenteur au tri des pièces à remettre à l'Etat requérant découle de son droit d'être entendu (ATF 126 II 258 consid. 9b/aa; arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2013.58 du 28 juin 2013 consid. 2). Le droit de participer au tri des documents n'implique toutefois pas la possibilité d'être entendu personnellement et il ne doit pas nécessairement s'exercer en présence de l'autorité requérante ou de l'autorité d'exécution; la possibilité de se déterminer par écrit est suffisante (arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2016.275-276 du 21 mai 2017 consid. 2.2.1 et les références citées). Ce qui importe est que l'intéressé dispose d'une occasion concrète et effective pour s'opposer à la transmission de documents déterminés et, par ricochet, pour éventuellement donner son accord à une transmission facilitée (v. art. 80c EIMP; arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2018.88-89 du 9 mai 2018 consid. 2.3 et les références citées).

2.4 En l'espèce, la recourante a requis le MP-GE de lui transmettre les pièces qu'il entendait remettre à l'autorité requérante afin de pouvoir se déterminer à leur sujet (act. 1.10). Suite à cette requête, le MP-GE a envoyé une clef USB contenant « les copies sollicitées » (act. 1.11). La recourante a alors indiqué au MP-GE qu'elle doutait d'avoir reçu la bonne documentation (act. 1.12). Le Procureur en charge du dossier a alors répondu que « l'objet et l'étendue de l'entraide concernée porte sur l'intégralité de la documentation obtenue de la part de [la banque G.] », sans fournir un éventuel inventaire des pièces à transmettre (act. 1.13). Enfin, dans sa décision de clôture

partielle du 9 avril 2018, le MP-GE déclare que « [l]a titulaire de la relation s'est vue offrir la possibilité de s'exprimer et de participer au tri des pièces à transmettre. En effet, par courrier du 31 octobre 2017, [A. Ltd], par la plume de son conseil, s'est opposée à une transmission simplifiée de la documentation bancaire la concernant. Elle a également obtenu copie de l'intégralité de la documentation bancaire auprès de [la banque G.] la concernant, pour éventuellement faire part de ses déterminations. Son droit d'être entendu a dès lors été respecté » (act. 1.1, p. 1). L'autorité intimée a ainsi ordonné la remise à l'Etat requérant « [...] des documents bancaires relatifs à A. Ltd remis par [la banque G.] les 9 mai 2017 et 23 mai 2017 (1 CD-ROM et 1 classeur C. 6). À l'appui de son recours, la recourante a déposé les documents que lui avait remis le MP-GE (act. 1.11), continuant de faire valoir que ceux-ci ne correspondaient pas à l'objet de la décision partielle de clôture entreprise. La recourante relève en effet que la clef USB ne contient pas de classeur C. 6, que seul les pages 1 à 140 du classeur C. 1 concernent la banque G. et elle-même (act. 1, p. 5 s.). Dans sa réponse au recours, le MP-GE allègue que la recourante a reçu une copie complète des pièces à transmettre par le biais d'une clef USB. Que celle-ci contenait une copie intégrale des données du CD-ROM remis par la banque. Il explique que le classeur C. 6 contenait une impression des données du CD-ROM et que « l'étiquette C. 6 visait à isoler dans un nouveau classeur la partie des pièces imprimées concernant pas la recourante et rangées jusque-là dans le classeur C.1, aux côtés de pièces concernant d'autres tiers » (act. 9, p. 2). Vu que l'autorité intimée n'a transmis ni le dossier de la cause ni un bordereau de pièces à la Cour de céans, cette dernière a requis la production du CD-ROM remis par la banque G. et le classeur C. 6 mentionnés dans la décision attaquée afin de pouvoir comparer leur contenu avec les documents transmis à la recourante par le MP-GE sur clef USB (act. 16). Ce dernier a alors remis trois CD-ROMs et une copie du classeur C. 6. Sur cette base, la Cour de céans constate que ces éléments ne correspondent pas aux données présentes sur la clef USB que le MP-GE avait transmis à la recourante. Par conséquent, le droit d'être entendu de la recourante a manifestement été violé, en ce sens qu'elle n'a pas pu se déterminer sur les pièces visées par l'entraide avant que soit ordonnée leur transmission à l'Etat requérant.

- 2.5** Lorsqu'une violation du droit d'être entendu est commise par l'autorité d'exécution, la procédure de recours devant la Cour des plaintes en permet en principe la réparation (art. 49 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative [PA; RS 172.021], applicable par renvoi de l'art. 39 al. 2 let. b LOAP; TPF 2008 172 consid. 2.3; 2007 57 consid. 3.2). À teneur de l'art. 61 al. 1 PA, l'autorité de recours peut exceptionnellement renvoyer l'affaire à l'autorité inférieure, avec des instructions impératives. Compte

tenu de la gravité de la violation du droit d'être entendu de la recourante constatée ci-dessus, et du fait que l'autorité d'exécution n'a pas jugé opportun de transmettre les documents litigieux lors de l'échange d'écritures intervenu devant l'autorité de céans (v. *supra* let. I), elle ne peut être réparée dans le cadre de la présente procédure de recours, et ce en dépit du plein pouvoir d'examen dont dispose la Cour des plaintes. Aussi la décision entreprise doit-elle être annulée et le dossier renvoyé à l'autorité précédente.

- 2.6** De surcroît et par surabondance, c'est le lieu de relever que les faits tels que résumés par le MP-GE dans sa décision d'entrée en matière du 10 avril 2017 (act. 1.4) ou dans sa réponse au recours du 8 juin 2018 (act. 9) comportent une imprécision par rapport à l'énoncé de l'Etat requérant contenu dans sa demande d'entraide. En effet, il ne ressort nullement de la commission rogatoire que « B. avait acquis – au travers de [la recourante] – un appartement à Londres grâce à un prêt de [la banque G.] à Genève (act. 1.4, p. 1 et act. 9, p. 3 *in fine*). Comme vu *supra* (let. A.), l'Etat requérant explique que le dernier domicile connu de B. se serait trouvé à Londres à l'adresse « Apt. 1, adresse Z., London ». Le propriétaire de cet appartement serait la société F. Ltd et l'hypothèque serait enregistrée au nom de la « banque G. » en Suisse. Au moment de la demande de visa de la femme et des enfants de B., ceux-ci auraient indiqué comme domicile l'« Apt. 2, adresse Z., London ». Le propriétaire de cet appartement serait la société A. Ltd et l'hypothèque de celui-là serait également enregistrée au nom de la « banque G. » en Suisse (act. 1.9, p. 7 s.).
- 3.** Compte tenu de ce qui précède, le recours est admis sans qu'il y ait lieu d'examiner les autres griefs de la recourante. La décision de clôture entreprise est annulée, le dossier de la cause étant renvoyé à l'autorité inférieure pour nouvelle décision dans le respect du droit d'être entendu de la recourante.
- 4.** 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, applicable par renvoi de l'art. 39 al. 2 let. b LOAP). 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, le présent arrêt doit être rendu sans frais. La caisse du Tribunal pénal fédéral restituera à la recourante l'avance de frais versée par CHF 5'000.--.

5. 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).
- 5.1 En l'espèce, les conseils de la recourante n'ont pas produit de liste des opérations effectuées. Vu l'ampleur et la difficulté relative 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 1'500.--, à la charge de la partie adverse.

Par ces motifs, la Cour des plaintes prononce:

1. Le recours est admis. La décision de clôture partielle rendue le 9 avril 2018 par le Ministère public du canton de Genève dans la procédure d'entraide CP/115/2017 est annulée, le dossier de la cause étant renvoyé à cette autorité pour nouvelle décision dans le respect du droit d'être entendu de la recourante A. Ltd.
2. Le présent arrêt est rendu sans frais. La caisse du Tribunal pénal fédéral restituera à la recourante l'avance de frais effectuée par CHF 5'000.--.
3. Une indemnité de CHF 1'500.-- est allouée à la recourante A. Ltd, à la charge de la partie adverse.

Bellinzone, le 6 mars 2019

Au nom de la Cour des plaintes
du Tribunal pénal fédéral

Le président:

La greffière:

Distribution

- Mes André A. Girguis et Sarah Leuzinger
- Ministère public du canton de Genève
- 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).