

## TPF 2007 136

28. Extrait de l'arrêt de la IIe Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral dans la cause A. et B. contre Ministère public de la Confédération du 8 novembre 2007 (RR.2007.94)

*Exécution simplifiée: recours et plainte; qualité pour recourir en cas de perquisition; succursale; société de domiciliation; vice du consentement.*

Art. 80c EIMP, art. 9a OEIMP, art. 23 ss, 253, 262, 394 CO, art. 926 à 929 CC, art. 214 ss PPF

Le consentement à l'exécution simplifiée de la procédure d'entraide est irrévocable et la décision de clôture qui entérine la remise simplifiée n'est en principe pas sujette à recours. L'absence de consentement pour cause d'erreur est un moyen qui ne peut être admis que de manière restrictive; la question de l'imputabilité de l'erreur invoquée s'apprécie à la lumière de l'ensemble des circonstances, en déterminant en particulier si l'autorité a provoqué l'erreur ou si elle a agi en violation du principe de la bonne foi (consid. 1.3 et 4).

Les voies de recours instituées par l'EIMP ne laissent pas de place pour une éventuelle plainte au sens des art. 214 ss PPF (consid. 2).

Qualité pour agir de la succursale dans la procédure d'entraide; question laissée ouverte (consid. 3.2).

La société de domiciliation ou "société plaque de bronze" n'a pas la qualité pour recourir contre la remise de documents saisis dans les locaux de la fiduciaire où elle a son siège (consid. 3). Elle n'a pas un pouvoir propre de disposition sur une partie des locaux occupés par la fiduciaire (consid. 3.3). La thèse selon laquelle l'autorité de recours devrait nécessairement déclarer recevable le recours formé par le mandant lorsque la fiduciaire ne peut invoquer d'intérêt propre, sous peine de déni de justice formel, doit être écartée en tant qu'elle entre en contradiction avec la jurisprudence constante (consid. 3.4).

*Vereinfachte Ausführung: Beschwerde; Beschwerdelegitimation im Falle von Durchsuchung; Zweigniederlassung; Domizilgesellschaft; Willensmangel.*

Art. 80c IRSG, Art. 9a IRSV, Art. 23 ff., 253, 262, 394 OR, Art. 926 bis 929 ZGB, Art. 214 ff. BSStP

Die Zustimmung zur vereinfachten Ausführung des Rechtshilfverfahrens ist unwiderrüflich, und die Schlussverfügung, die die vereinfachte Herausgabe bestätigt, ist grundsätzlich nicht beschwerdefähig. Die Einrede der fehlenden Zustimmung wegen Irrtums kann nur restriktiv zugelassen werden; die Frage

der Zurechenbarkeit des geltend gemachten Irrtums beurteilt sich im Lichte der gesamten Umstände, insbesondere ist zu ermitteln, ob die Behörde den Irrtum provoziert hat oder ob sie gegen Treu und Glauben verstossen hat (E. 1.3 und 4).

Die im IRSG vorgesehenen Rechtsmittel lassen keinen Raum für eine Beschwerde im Sinne der Art. 214 ff. BStP (E. 2).

Prozessführungsbefugnis der Zweigniederlassung im Rechtshilfverfahren; Frage offen gelassen (E. 3.2).

Die Domizilgesellschaft oder "Briefkastenfirma" ist nicht zur Beschwerde gegen die Herausgabe von Dokumenten legitimiert, welche in den Räumlichkeiten der Treuhandgesellschaft, wo sie ihren Sitz hat, beschlagnahmt wurden (E. 3). Sie hat keine eigene Verfügungsmacht über einen Teil der Räumlichkeiten, die von der Treuhandgesellschaft in Anspruch genommen werden (E. 3.3). Die Ansicht, wonach die Beschwerdeinstanz die vom Mandanten verfasste Beschwerde notwendigerweise für zulässig erklären müsse, wenn die Treuhandgesellschaft kein eigenes Interesse geltend machen könne, andernfalls eine formelle Rechtsverweigerung vorliege, muss verworfen werden, da sie in Widerspruch zur ständigen Rechtsprechung steht (E. 3.4).

*Esecuzione semplificata: ricorso e reclamo; legittimazione ricorsuale in caso di perquisizione; succursale; "società bucalettere"; vizio del consenso.*

Art. 80c AIMP, art. 9a OAIMP, art. 23 e segg., 253, 262, 394 CO, art. 926-929 CC, art. 214 e segg. PP

Il consenso all'esecuzione semplificata della procedura d'assistenza giudiziaria è irrevocabile e la decisione di chiusura che sancisce la consegna semplificata non è di principio impugnabile. L'assenza di consenso a causa di un errore può essere ammessa solo in modo restrittivo; la questione dell'imputabilità dell'errore invocato deve essere valutata alla luce dell'insieme delle circostanze, determinando in particolare se l'autorità ha provocato l'errore o se essa ha agito violando il principio della buona fede (consid. 1.3 e 4).

I mezzi di ricorso istituiti dall'AIMP non lasciano spazio ad un eventuale reclamo ai sensi degli art. 214 e segg. PP (consid. 2).

Facoltà di ricorrere della succursale nella procedura d'assistenza; questione lasciata aperta (consid. 3.2)

Una "società bucalettere" non ha la facoltà di ricorrere contro la consegna di documenti sequestrati nei locali della fiduciaria presso cui essa ha la propria sede (consid. 3). Essa non ha un proprio potere di disporre di una parte dei locali occupati dalla fiduciaria (consid. 3.3). La tesi secondo cui l'autorità di ricorso dovrebbe necessariamente dichiarare ricevibile il ricorso interposto dal

**mandante qualora la fiduciaria non possa far valere un interesse proprio, pena un diniego formale di giustizia, deve essere scartata in quanto entra in contraddizione con la giurisprudenza costante (consid. 3.4).**

### **Résumé des faits:**

Le 3 mai 2007, la Commission anti-corruption du Kenya et le Procureur général du Kenya ont conjointement adressé une requête d'entraide internationale en matière pénale à l'Office fédéral de la justice (ci-après: OFJ), dans le cadre d'une enquête liée à divers contrats, dont celui conclu entre le gouvernement du Kenya et la société B., succursale genevoise de la société A., siège aux Îles Vierges Britanniques, visant la mise en place d'un crédit de USD 12'716'250.-- destiné à l'achat et à l'utilisation d'équipements de communication par la société C.

Au matin du 23 mai 2007, une perquisition a eu lieu dans les locaux de la société fiduciaire E. sis à l'adresse Z. à Genève, en présence de F., administrateur unique de ladite fiduciaire. A l'issue de cette perquisition, divers documents concernant les mandats de E. pour B. ont été saisis. Dans l'après-midi du 23 mai 2007, le MPC a procédé à l'audition de F. en qualité de personne entendue à titre de renseignement. Après avoir été renseigné sur la teneur et la portée de l'art. 80c EIMP et notamment sur l'irrévocabilité du consentement donné dans ce cadre, F. a donné son accord à la transmission simplifiée du procès-verbal de son audition ainsi que des documents saisis le matin même dans son bureau.

Par courrier du 30 mai 2007 émanant de ses conseils, B. a indiqué au MPC que c'était en raison de l'émoi provoqué par le caractère inhabituel de la perquisition du 23 mai 2007 que F. ne s'était pas opposé à l'exécution simplifiée, ne comprenant ni le sens ni la portée d'une telle mesure. B. a également manifesté à cette occasion son opposition à toute forme de coopération avec l'autorité requérante, précisant que F. ne peut engager B. que par sa signature collective à deux. Le lendemain, par acte du 31 mai 2007, le MPC a expliqué qu'il considérait que le consentement donné par F. en application de l'art. 80c EIMP était acquis.

Par un recours au sens de l'art. 80e EIMP et une plainte au sens des art. 214 à 219 PPF, tous deux datés du 5 juin 2007, B. s'oppose à la transmission simplifiée des documents saisis le 23 mai 2007. Le MPC et l'OFJ concluent à l'irrecevabilité du recours et de la plainte. Dans leur réplique du 8 août

2007, les conseils de B. ont précisé que le recours du 5 juin 2007 devait être considéré comme ayant été également déposé par A., siège à Tortola, société mère de B.

La IIe Cour des plaintes a déclaré la plainte et le recours irrecevables.

### **Extrait des considérants:**

**1.3** A teneur de l'art. 80c EIMP, les ayants droit, notamment les détenteurs de documents, de renseignements ou de valeurs peuvent en accepter la remise jusqu'à la clôture de la procédure (al. 1). Si tous les ayants droit donnent leur consentement, l'autorité compétente constate l'accord par écrit et clôt la procédure (al. 2). Cette clôture n'a pas à être motivée, mais elle doit mentionner l'accord des ayants droit (TPF RR.2007.107 du 12 juillet 2007; Message du 29 mars 1995, FF 1995 III 29; MOREILLON [Edit.], Commentaire romand, Bâle 2004, n. 3 ad art. 80c EIMP). Le consentement à l'exécution simplifiée de la procédure d'entraide est irrévocable (art. 80c al. 1 EIMP) et la décision de clôture qui entérine la remise simplifiée n'est en principe pas sujette à recours (Message du Conseil fédéral du 29 mars 1995 concernant la révision de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale in FF 1995 III 1 ss, p. 29). Faisant application par analogie des art. 23 ss CO, le Tribunal fédéral a toutefois admis que l'erreur pouvait être invoquée par le destinataire d'une décision contestée (arrêt du Tribunal fédéral 1A.64/2005 du 25 mai 2005, consid. 2.3.1). L'absence de consentement pour cause d'erreur est un moyen qui ne peut être admis que de manière restrictive; la question de l'imputabilité de l'erreur invoquée s'apprécie à la lumière de l'ensemble des circonstances, en déterminant en particulier si l'autorité a provoqué l'erreur ou si elle a agi en violation du principe de la bonne foi (loc. cit.; TPF RR.2007.107 du 12 juillet 2007).

**2.** (...). Le législateur a régi le système des voies de recours de façon exhaustive dans l'EIMP. Il en découle qu'en tant que *lex specialis*, cette loi fait obstacle à l'utilisation de moyens de droit séparés, même si de telles voies de recours sont prévues par le droit de procédure applicable au cas d'espèce (cf. art. 80a al. 2 EIMP). Il s'ensuit que les voies de recours instituées par l'EIMP ne laissent pas de place pour une éventuelle plainte au sens des art. 214 ss PPF. La plainte du 5 juin 2007 est donc d'emblée irrecevable.

**3.** Dans le présent cas, il y a lieu de s'interroger sur la qualité pour agir de B., respectivement de A., qui est contestée tant par l'autorité d'exécution que par l'OFJ.

**3.1** Selon l'art. 80*h* let. b EIMP, la qualité pour agir contre une mesure d'entraide judiciaire est reconnue à celui qui est personnellement et directement touché. La personne visée par la procédure pénale étrangère peut recourir aux mêmes conditions (art. 21 al. 3 EIMP). L'art. 9*a* let. b OEIMP précise qu'en cas de perquisition, la qualité pour recourir appartient au propriétaire ou au locataire des locaux. La jurisprudence reconnaît ainsi notamment la qualité pour recourir à la personne qui doit se soumettre personnellement à une perquisition ou une saisie (ATF 118 Ib 442 consid. 2c). Elle dénie en revanche cette qualité à l'auteur de documents saisis en main d'un tiers (ATF 116 Ib 106 consid. 2a), même si la transmission des renseignements requis entraîne la révélation de son identité (ATF 114 Ib 156 consid. 2a et les arrêts cités; pour un résumé de la jurisprudence relative à la qualité pour recourir, cf. ATF 122 II 130).

**3.2** Compte tenu de l'absence de personnalité juridique propre de la succursale (ATF 120 III 11 consid. 1a), l'OFJ conteste que B. ait qualité pour agir dans le cadre de la présente procédure.

**3.2.1** La question de la capacité d'ester en justice de la succursale dans le cadre de la procédure d'entraide a été laissée ouverte par le Tribunal fédéral dans un arrêt du 24 février 2006 (1A.329/2005 consid. 1.1). Dans un arrêt du 27 janvier 2004, la Haute Cour fédérale a reconnu à une société mère la qualité pour recourir contre une ordonnance autorisant des enquêteurs étrangers à consulter des documents saisis dans les locaux de sa succursale (arrêt du Tribunal fédéral 1A.277/2003, consid. 1.2). Dans un arrêt du 5 juillet 2004 rendu en matière de procédure pénale nationale, le Tribunal fédéral a jugé que la succursale était dépourvue de la capacité d'être partie à une procédure judiciaire (arrêt du Tribunal fédéral 1P.318/2004, consid. 2).

**3.2.2** En l'espèce, le recours a été déposé le 5 juin 2007 au nom de B. contre une ordonnance rendue le 31 mai 2007 par le MPC. Le 8 août 2007, dans la réplique produite pour B., les conseils de cette dernière ont précisé que le recours du 5 juin 2007 devait être considéré comme ayant été déposé par A. Une procuration conférée par la société mère était annexée à cette écriture. Le recours est par conséquent manifestement tardif en tant qu'il a été déposé pour A. L'on ne saurait en effet admettre que la succursale et la société

mère ont agi conjointement dans le cas d'espèce. Le recours est partant irrecevable en tant qu'il a été formé par A. La question de la capacité d'ester en justice de la succursale dans le cadre de la procédure d'entraide peut au surplus demeurer indécise en l'espèce, compte tenu de ce qui suit.

**3.3 B.** estime exercer pour le compte de sa société mère A. le pouvoir propre de disposition au sens de l'art. 9a let. b OEIMP que celle-ci aurait acquis sur une partie des locaux sis à l'adresse Z. en vertu du contrat de "Service Agreement" conclu avec E. Aux termes de la clause n° 1.1.1 de ce contrat, E. s'engage à mettre de l'espace et des infrastructures à la disposition des dirigeants de A., en cas de visite de ces derniers. La clause n° 1.1.2 emporte par ailleurs l'obligation pour E. de fournir à B. une plaque à l'entrée de l'immeuble et à l'entrée des bureaux, ainsi qu'un service distinct de téléphone, télécopieur et secrétariat. Il en résulterait selon B. que A. doit être qualifiée de sous-locataire desdits locaux au sens de l'art. 262 CO.

**3.3.1** La sous-location (die Untermiete, la sublocazione; cf. art. 262 CO) est un contrat de bail par lequel le locataire remet à usage tout ou partie de la chose louée à un tiers (PIERRE TERCIER, *Les contrats spéciaux*, 3<sup>ème</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2003, n. 1982). Le bail à loyer est le contrat par lequel une personne s'oblige à céder à une autre l'usage d'une chose pour une certaine durée à charge pour celle-ci de verser une rémunération, appelée loyer (cf. art. 253 CO). Outre l'accord des parties, ce contrat comprend nécessairement la cession de l'usage d'une chose et le paiement d'un loyer (TERCIER, *op. cit.*, n. 1731; DAVID LACHAT, *Le bail à loyer*, Lausanne 1997, p. 48). Le locataire devient possesseur de la chose louée au sens des art. 919 ss CC. En cédant l'usage, le bailleur perd le droit d'utiliser la chose sans l'accord du locataire. (...). Le bail à loyer ne peut porter que sur une chose, c'est-à-dire sur une portion délimitée et impersonnelle de l'univers matériel susceptible de maîtrise humaine (TERCIER, *op. cit.*, n. 1738). Cette chose doit être déterminée ou au moins déterminable, comme c'est le cas en matière de location sur plan (ATF 97 II 58 consid. 4). En pratique, les parties attachent en particulier une grande importance à la surface d'un local, de sorte que l'existence d'un contrat de bail est en principe niée faute d'accord sur ce point (ATF 113 II 25 consid. 1b).

**3.3.2** En l'espèce, une plaque au nom de B. est posée sur la partie droite du porche d'entrée sis à l'adresse Z., ainsi que sur un mur du rez-de-chaussée. Le nom de cette société – entre autres – est également inscrit sur la porte d'entrée au 4<sup>ème</sup> étage et sur une boîte aux lettres.

Entendu à titre de renseignement le 23 mai 2007 par le MPC en sa qualité d'administrateur unique de E., F. a expliqué que son activité consistait à fournir des prestations d'administrateur. Il ne sait rien au sujet de la société A.; le mandat relatif à B. lui a été confié par un certain G. Affirmant représenter un individu nommé H. qui aurait prêté de l'argent au Kenya, G. entendait créer une succursale de A. à Genève afin que son client puisse attirer le gouvernement kenyan devant la justice Suisse. B. ne déploie aucune activité, elle n'a pas d'employés ni de compte bancaire. E. perçoit auprès de A. un montant annuel de Fr. 5'000.-- environ en contrepartie des frais de domiciliation et de la mise à disposition de directeurs. La succursale a été créée en octobre 2005. Depuis sa fondation, F. s'est occupé des tâches administratives courantes; le rôle des autres directeurs inscrits au registre du commerce consistait simplement à "apporter la deuxième signature", sans contreprestation. Il n'existe aucune relation entre B. et la société mère. Les locaux sis à l'adresse Z. sont divisés en deux parties. La première est occupée par E. et la seconde par I. et par J., le beau-père de F.; I. et J. avaient racheté la fiduciaire quelques années auparavant dans le but de la remettre ensuite à F. Les seuls objets concernant B. qui ont été découverts lors de la perquisition du 23 mai 2007 dans les bureaux de E. sont un classeur et une mappe.

Au vu de ce qui précède, le contrat conclu entre E. et A. ne porte pas sur une chose déterminée ou déterminable, pas plus qu'il ne vise la cession de l'usage au sens des principes du droit du bail exposés plus haut. En l'absence de deux éléments essentiels du contrat de bail, le "Service Agreement" invoqué par les recourantes ne saurait donc être qualifié de sous-location au sens de l'art. 262 CO. Il s'agit en réalité d'un contrat de mandat, au sens des art. 394 ss CO, par lequel E. s'oblige, dans les termes de la convention, à rendre les services qu'elle a promis.

Dès lors que la succursale ne déploie aucune activité, l'on ne saurait davantage admettre que les bureaux de E. doivent être considérés comme le centre des activités de B. (v. arrêt du Tribunal fédéral 1A.229/2003 du 20 novembre 2003, consid. 1.3). Le seul fait que, selon le Registre du commerce, B. ait son adresse auprès de E. ne confère pas à l'une ou l'autre des recourantes la qualité pour recourir au sens des art. 80*h* let. b EIMP et 9*a* let. b OEIMP.

**3.4** Subsidiairement, B. estime que la qualité pour recourir doit lui être reconnue indépendamment de la question de savoir si elle dispose d'un pouvoir propre de disposition sur une partie des locaux sis à l'adresse Z., pour

des motifs liés à l'interdiction du déni de justice formel ancrée à l'art. 29 Cst. Selon elle, les dossiers saisis lors de la perquisition du 23 mai 2007 concerneraient A., de sorte que E. n'aurait pas la qualité pour s'opposer à leur transmission, faute d'être en mesure de faire valoir des motifs liés à la protection de ses propres intérêts. Il en découlerait que seule B. serait habilitée à acquiescer à la remise simplifiée des documents concernés.

**3.4.1** (...). Si la jurisprudence présume généralement que les documents saisis auprès d'une banque ne concernent pas sa propre gestion, il faut partir de la prémisse inverse à l'égard des fiduciaires et des avocats; ces derniers sont donc seuls habilités à recourir en tant que personnes soumises à une mesure de perquisition (art. 9a let. b OEIMP; arrêt du Tribunal fédéral 1A.293/2004 du 18 mars 2005, consid. 2.3). Cette jurisprudence s'attache à ne pas étendre exagérément le cercle des personnes admises à s'opposer aux mesures d'entraide, et à simplifier autant que possible la tâche de l'autorité d'exécution au moment de notifier ses décisions (arrêt du Tribunal fédéral 1A.293/2004 du 18 mars 2005, consid. 2.3). Encore faut-il cependant que la fiduciaire, respectivement l'avocat puisse faire valoir des motifs liés à la protection de ses propres intérêts (TPF RR.2007.32 du 24 avril 2007, consid. 2.1; ROBERT ZIMMERMANN, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 2<sup>ème</sup> éd., Berne 2004, p. 355/356, n. 310).

**3.4.2** En l'espèce, le MPC ne s'est pas écarté des principes dégagés par la jurisprudence constante, selon laquelle la personne concernée par des documents saisis en mains tierces n'a pas qualité pour agir, quand bien même ces documents contiennent des informations à son sujet (ATF 130 II 162 consid. 1.1 p. 164 et la jurisprudence citée). C'est donc à bon droit que l'autorité d'exécution a considéré que la fiduciaire E. était seule habilitée à acquiescer à la remise simplifiée des documents saisis en ses locaux, à l'exclusion des recourantes. En sa qualité d'administrateur unique de E., F. a donc valablement donné son accord à la transmission simplifiée desdits documents au terme de son audition du 23 mai 2007.

En vertu des mêmes principes, la qualité de mandante de la société fiduciaire saisie ne confère pas à A. la qualité pour invoquer – par sa succursale genevoise – un vice du consentement donné par E. à la transmission simplifiée au sens de l'art. 80c EIMP. Faute pour cette dernière société d'avoir formé recours contre la décision attaquée, la Cour de céans n'a pas à se prononcer sur la question de sa qualité pour agir en pareille hypothèse. En tout état de cause, la thèse selon laquelle l'autorité de recours devrait nécessai-

rement déclarer recevable le recours formé par le mandant lorsque la fiduciaire ne peut invoquer d'intérêt propre, sous peine de déni de justice formel, doit être écartée en tant qu'elle entre en contradiction avec la jurisprudence constante citée plus haut (consid. 3.4.1).

**3.5** Pour l'ensemble des motifs qui précèdent, le recours doit être déclaré irrecevable.

**4.** On relèvera par surabondance que l'argumentation des recourantes visant à contester la validité du consentement donné par F. à l'exécution simplifiée est mal fondée.

En l'espèce, lors de son audition du 23 mai 2007 et en sa qualité d'administrateur unique de E., F. a donné son consentement à la transmission simplifiée, au sens de l'art. 80c EIMP, des documents saisis dans les locaux occupés par ladite société. Après avoir été dûment renseigné sur le système de l'exécution simplifiée prévu par l'art. 80c EIMP, en particulier sur le caractère irrévocable du consentement donné à cet effet, F. a apposé sa signature au bas du procès-verbal de son audition. Il ne prétend pas avoir été faussement renseigné sur la portée de ses déclarations. En l'absence de toute raison de penser que le MPC, ou quelque autre autorité, aurait pu induire F. en erreur ou même y contribuer, et au vu des principes exposés plus haut (v. supra consid. 1.3) il faut donc considérer que, si erreur il y a eu, le précité ne saurait s'en prévaloir.

Ainsi, à supposer que le grief tiré de l'erreur ait été invoqué par la personne habilitée à consentir à la transmission simplifiée des documents saisis, à savoir E. – représentée par F. – et que cette dernière ait été en mesure de faire valoir des motifs liés à la protection de ses propres intérêts (v. supra consid. 3.4.1), le recours aurait de toute manière dû être rejeté.