

# **BStGer RR.2008.310 vom 17. März 2009**

Bundesstrafgericht, 2009-03-17, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bstger\\_RR.2008.310](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bstger_RR.2008.310)

FR: TPF RR.2008.310 du 17 mars 2009

IT: TPF RR.2008.310 del 17 marzo 2009

## **Regeste**

Entraide judiciaire internationale en matière pénale à la Belgique Transmission de moyens de preuve (art. 74 EIMP)

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

En vertu de l'art. 28 al. 1 let. e ch. 1 LTPF, mis en relation avec les art. 80e al. 1 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 de clôture de la procédure d'entraide rendues par l'autorité cantonale d'exécution. Adressé dans les trente jours à compter de celui de la notification de la décision attaquée, le recours est recevable en la forme (art. 80k EIMP).

### **E. 1.2**

L'entraide judiciaire entre la Suisse et la Belgique est régie par la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (CEEJ; 0.351.1).

### **E. 1.3**

Le 27 novembre 2008, le Conseil de l'Union européenne a décidé la mise en œuvre de la totalité des accords bilatéraux d'association de la Suisse à l'Espace Schengen et à l'Espace Dublin à compter du 12 décembre 2008 (Journal officiel de l'Union européenne L 327 du 5 décembre 2008, p. 15 à 17). Selon la jurisprudence constante, le droit applicable à l'entraide inter-

- 4 -

nationale est celui en vigueur au moment de la décision. Le caractère administratif de la procédure d'entraide ne requiert pas l'application du principe de la non-rétroactivité (ATF 122 II 422 consid. 2a; 112 Ib 576 consid. 2; 109 Ib 62 consid. 2a, 157 consid. 3b; arrêt du Tribunal fédéral 1A.96/2003 du 25 juin 2003, consid. 2.2; TPF RR.2007.178 du 29 novembre 2007, consid. 4.3). Il en découle qu'en vertu des art. 2 ch. 1 et 15 ch. 1 de l'Accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse, l'Union européenne et la Communauté européenne sur l'association de la Suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis Schengen (RS 0.360.268.1; ci-après: l'Accord Schengen), en matière d'entraide à la Belgique, sont également pertinents les art. 48 ss de la Convention d'application de l'Accord Schengen du 14 juin 1985 (ci-après: CAAS) entre les gouvernements des Etats de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes (n° CELEX 42000A0922(02); Journal officiel de l'Union européenne L 239 du 22 septembre 2000, p. 19 à 62).

#### **E. 1.4**

Dans la mesure où l'entrée en vigueur des dispositions pertinentes de la CAAS ne comporte guère, en l'espèce, de changement substantiel des conditions d'octroi de l'entraide à l'Etat requérant par rapport au droit conventionnel (cf. consid. 2.1), un échange d'écritures supplémentaire afférent au droit applicable n'a pas été nécessaire.

#### **E. 1.5**

Pour le surplus, l'EIMP et son ordonnance d'exécution (OEIMP; RS 351.11) règlent les questions qui ne sont pas régies, explicitement ou implicitement, par les traités (ATF 130 II 337 consid. 1 p. 339; 128 II 355 consid. 1 p. 357 et la jurisprudence citée). Le droit interne s'applique en outre lorsqu'il est plus favorable à l'octroi de l'entraide que la Convention (ATF 122 II 140 consid. 2 et les arrêts cités). Le respect des droits fondamentaux demeure réservé (ATF 123 II 595 consid. 7c p. 617).

#### **E. 2**

La qualité pour agir contre une mesure d'entraide judiciaire est reconnue à celui qui est touché personnellement et directement et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (art. 80h let. b EIMP). En sa qualité de propriétaire ou de locataire des locaux ayant fait l'objet de la perquisition, la société recourante a la qualité pour recourir contre l'ordonnance querrellée au sens des art. 80h EIMP et 9a let. b OEIMP.

#### **E. 3**

De l'avis de la recourante, l'état de faits présenté par le juge d'instruction belge ne permettrait pas de vérifier la réalisation de la condition de la double incrimination.

- 5 -

#### **E. 3.1**

Aux termes des art. 28 EIMP et 14 CEEJ, la demande d'entraide doit notamment indiquer son objet et son but (ch. 1 let. b), ainsi que l'inculpation et un exposé sommaire des faits (ch. 2). Ces indications doivent permettre à l'autorité requise de s'assurer que l'acte pour lequel l'entraide est demandée est punissable selon le droit des parties requérante et requise (art. 5 ch. 1 let. a CEEJ), qu'il ne constitue pas un délit politique ou fiscal (art. 2 al. 1 let. a CEEJ), et que le principe de la proportionnalité est respecté (ATF 118 Ib 111 consid. 4b et les arrêts cités). Selon la jurisprudence, l'on ne saurait exiger de l'Etat requérant un exposé complet et exempt de toute lacune, puisque la procédure d'entraide a précisément pour but d'apporter aux autorités de l'Etat requérant des renseignements au sujet des points demeurés obscurs (ATF 117 Ib 88 consid. 5c et les arrêts cités). L'autorité suisse saisie d'une requête d'entraide en matière pénale n'a pas à se prononcer sur la réalité des faits évoqués dans la demande; elle ne peut que déterminer si, tels qu'ils sont présentés, ils constituent une infraction. Cette autorité ne peut s'écarter des faits décrits par l'Etat requérant qu'en cas d'erreurs, lacunes ou contradictions évidentes et immédiatement établies (ATF 126 II 495 consid. 5e/aa p. 501; 118 Ib 111 consid. 5b p. 121/122).

#### **E. 3.2**

La remise des documents litigieux est une mesure de contrainte au sens de l'art. 63 al. 2 let. c EIMP, qui ne peut être ordonnée, selon l'art. 64 al. 1 EIMP mis en relation avec la réserve faite par la Suisse à l'art. 5 ch. 1 let. a CEEJ, que si l'état de faits exposé dans la demande correspond aux éléments objectifs d'une infraction réprimée par le droit suisse. L'examen

de la punissabilité selon le droit suisse comprend, par analogie avec l'art. 35 al. 2 EIMP applicable en matière d'extradition, les éléments constitutifs objectifs de l'infraction, à l'exclusion des conditions particulières du droit suisse en matière de culpabilité et de répression (ATF 124 II 184 consid. 4b p. 186- 188; 122 II 422 consid. 2a p. 424; 118 Ib 448 consid. 3a p. 451 et les arrêts cités). Il n'est ainsi pas nécessaire que les faits incriminés revêtent, dans les deux législations concernées, la même qualification juridique, qu'ils soient soumis aux mêmes conditions de punissabilité ou passibles de peines équivalentes; il suffit qu'ils soient réprimés, dans les deux Etats, comme des délits donnant lieu ordinairement à la coopération internationale (ATF 124 II 184 consid. 4b/cc p. 188; 117 Ib 337 consid. 4a p. 342; 112 Ib 225 consid. 3c p. 230 et les arrêts cités).

### **E. 3.3**

En l'espèce, aux termes de l'état de faits présenté par le Juge d'instruction belge, la société B. ou ses dirigeants auraient perçu d'importantes commissions dépourvues de fondement économique, dans le cadre de contrats passés avec des personnes de droit public belges. A titre d'exemple, la ville

- 6 -

de Z. et la société I. auraient obtenu que la compagnie d'assurance J. – qui jusque là gérait leurs fonds de pension – conclue le 30 janvier 2001 un contrat avec la société B., aux termes duquel B. était chargée de fournir des conseils de placements à J., alors que celle-ci disposait, contrairement à celle-là, de personnel qualifié et habitué aux opérations de placement. L'autorité requérante soupçonne donc des personnes tenues par la loi, par un mandat officiel ou par un contrat de gérer les intérêts pécuniaires de diverses entités de droit public belges d'avoir porté atteinte à ces intérêts ou d'avoir permis qu'ils soient lésés, en violation de leurs devoirs. Transposé en droit suisse, l'exposé des faits décrit dans les requêtes d'entraide peut dès lors être qualifié *prima facie* de gestion déloyale des intérêts publics au sens de l'art. 314 CP. En conséquence, l'entraide ne saurait être refusée dans le cas d'espèce au motif d'une violation du principe de la double incrimination. Il n'est dès lors point nécessaire de vérifier si l'exposé des faits de la demande réalise également les éléments constitutifs d'autres infractions pénales selon le droit suisse. En effet, à l'inverse de ce qui prévaut en matière d'extradition, la réunion des éléments constitutifs d'une seule infraction suffit pour l'octroi de l'entraide régie par la CEEJ (ATF 125 II 569 consid. 6 p. 575, arrêt du Tribunal fédéral 1C\_138/2007 du 17 juillet 2007, consid. 2.3.2).

### **E. 4**

La recourante reproche subsidiairement au juge d'instruction d'avoir violé l'obligation de tri qui lui incombait. Selon elle, les 400 e-mails inventoriés dans sa lettre du 10 juin 2008 (v. supra let. B) concerneraient des opérations privées – notamment de droit de la famille – de F. ou des communications de la recourante avec ses avocats ou des clients étrangers à l'enquête belge. Toujours selon elle, la transmission de ces documents aurait dû faire l'objet d'une décision motivée de l'autorité d'exécution.

#### **E. 4.1**

Selon la jurisprudence, après avoir saisi les documents qu'elle juge utiles pour l'exécution de la demande, l'autorité d'exécution a l'obligation de trier les pièces à remettre en vue du prononcé d'une décision de clôture – qui peut être partielle – (ATF 130 II 14 consid. 4.4). Elle ne saurait se défausser sur l'Etat requérant et lui remettre toutes les pièces en vrac (

ATF 122 II 367 c. 2c p. 371 ; 115 Ib 186 c. 4 p. 192/193 ). Lorsqu'elle accepte une demande qui lui est présentée à cette fin, l'autorité d'exécution procède au tri en présence du juge étranger et du détenteur des pièces ou de son représentant (ATF 130 II 14 consid. 4.4). La personne touchée par la perquisition et la saisie de documents lui appartenant est tenue, à peine de forclusion, d'indiquer à l'autorité d'exécution quels documents ne devraient pas, selon elle, être transmis et pour quels motifs ( ATF 126 II 258 c. 9b/aa p. 260 8; 122 II 367 c. 2c p. 371/372). Sous l'angle de la bonne foi, il n'est

- 7 -

pas admissible que le détenteur de documents saisis laisse l'autorité d'exécution procéder seule au tri des pièces, sans lui prêter aucun concours, pour lui reprocher après coup la méconnaissance du principe de la proportionnalité. L'autorité d'exécution doit auparavant donner au détenteur l'occasion, concrète et effective, de se déterminer, afin qu'il puisse exercer son droit d'être entendu et satisfaire à son obligation de coopérer à l'exécution de la demande ( ATF 126 II 258 c. 9b/aa p. 262 9). Un accord éventuel permet une remise facilitée au sens de l'art. 80c EIMP. A défaut d'un tel accord, l'autorité d'exécution fait établir un inventaire précis des pièces dont la remise est contestée. Elle impartit au détenteur un délai (qui peut être bref) pour faire valoir, pièce par pièce, les arguments s'opposant selon lui à la transmission. Après quoi, l'autorité d'exécution rend une décision de clôture soigneusement motivée. Que le détenteur néglige de se déterminer ou ne le fasse que d'une manière insatisfaisante ne dispense pas l'autorité d'exécution d'effectuer le tri commandé par le principe de la proportionnalité (ATF 130 II 14 consid. 4.4).

#### **E. 4.2**

En l'espèce, après la saisie, le 29 février 2008, de 104'402 messages électroniques auprès de la recourante, la BCI a identifié 7'171 éléments pertinents pour l'enquête étrangère, parce qu'ils contenaient un ou plusieurs des 22 mots-clefs fournis par le magistrat instructeur belge. Au sujet de ces documents, le juge d'instruction a donné à la recourante l'occasion de lui indiquer lesquels ne devraient pas, selon elle, être transmis à l'autorité requérante et pour quels motifs. La recourante a donné suite à cette demande en individualisant environ 400 courriels qui selon elle posaient problème, tout en se déclarant d'accord avec la transmission du solde et en invitant le juge d'instruction à procéder avec elle à un examen des pièces litigieuses. Le droit d'être entendue de la recourante n'a en conséquence pas été violé dans le cadre de la procédure de tri aménagée par l'autorité d'exécution.

#### **E. 4.3**

En ordonnant, le 19 novembre 2008, également la transmission des 400 documents litigieux, le juge d'instruction a implicitement jugé qu'ils étaient pertinents pour l'enquête belge. C'est toutefois en vain que l'on cherchera dans l'ordonnance querellée une quelconque motivation à cet égard. Dans sa réponse du 14 janvier 2009, le juge d'instruction se borne à alléguer que ces 400 documents ont un lien manifeste avec l'enquête belge, sans toutefois en expliquer les raisons et sans se déterminer sur les observations de la recourante. Une telle argumentation ne satisfait pas à l'exigence de motivation soignée au sens de la jurisprudence citée plus haut. Si l'autorité d'exécution ne saurait être tenue de discuter de manière détaillée tous les

- 8 -

arguments soulevés par les parties (ATF 112 Ia 107 consid. 2b p. 109; voir aussi ATF 126 I 97 consid. 2b p. 102, 125 II 369 consid. 2c p. 372, 124 II 146 consid. 2a p. 149), elle a cependant, à tout le moins, l'obligation d'indiquer dans son prononcé les motifs qui la conduisent à sa décision (arrêt du Tribunal fédéral 1A.95/2002 du 16 juillet 2002, consid. 3.1; cf. pour la jurisprudence relative à l'art. 4 aCst., ATF 123 I 31 consid. 2c p. 34), de manière à ce que la personne touchée soit en mesure d'apprécier la portée du prononcé et de le contester efficacement, s'il y a lieu, devant une instance supérieure (arrêt du Tribunal fédéral 1A.58/2006 du 12 avril 2006, consid. 2.2). En l'occurrence, compte tenu de la nature de l'affaire et des circonstances particulières du cas, l'argumentation fournie par l'autorité d'exécution à l'appui de sa décision de transmettre les quelques 400 documents litigieux est insuffisante.

#### **E. 4.4**

Lorsqu'une violation du droit d'être entendu est commise par l'autorité d'exécution, la procédure de recours devant la IIe Cour des plaintes en permet en principe la réparation (art. 49 PA, applicable par renvoi de l'art. 30 let. b LTPF; TPF RR.2008.94 du 13 octobre 2008, consid. 4.2; arrêt du Tribunal fédéral 1A.228/2006 du 11 décembre 2006, consid. 3.3; ROBERT ZIMMERMANN, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 2e éd., Berne 2004, n° 273-1, p. 320 et les arrêts cités). A teneur de l'art. 61 al. 1 PA, applicable par renvoi de l'art. 30 let. b LTPF, l'autorité de recours peut exceptionnellement renvoyer l'affaire à l'autorité inférieure, avec des instructions impératives. Un tel renvoi se justifie notamment lorsque l'autorité inférieure viole le droit d'être entendu d'une partie en rapport avec la question litigieuse (MADELEINE CAMPRUBI in *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Zurich/St Gall 2008, n° 11 ad art. 61). Tel a bien été le cas en l'espèce, en rapport avec la transmission des 400 documents environ identifiés dans l'écriture du 10 juin 2008 de la recourante, au sujet de laquelle l'autorité d'exécution n'a pas fourni de motivation dans la décision querellée. Or cette transmission demeurerait la seule question litigieuse à ce stade, puisque la recourante a déclaré le 10 juin 2008 ne pas s'opposer à la transmission du solde des courriels sélectionnés par la BCI (act. 1.4). En l'espèce, la gravité de la violation du droit d'être entendu commise par l'autorité d'exécution est telle qu'elle ne saurait être réparée par la juridiction de recours. Il se justifie donc de renvoyer l'affaire au juge d'instruction afin que celui-ci rende une nouvelle décision motivée sur la transmission des 400 documents visés dans l'écriture du 10 juin 2008 de la recourante. L'autorité d'exécution devra déterminer dans chaque cas si un document concerné se rapporte au paiement de commissions en rapport avec des contrats impliquant des entités publiques belges, ou est susceptible de faire progresser l'enquête belge d'une quelconque manière. Le cas

- 9 -

échéant, elle pourra s'appuyer sur le magistrat chargé de la poursuite dans l'Etat requérant (cf. art. 65a EIMP) lequel, compte tenu de sa connaissance du dossier, peut représenter pour elle une aide précieuse (ATF 130 II 14 consid. 4.4).

#### **E. 4.5**

Le grief tiré du défaut de motivation en relation avec la transmission des 400 documents visés dans l'écriture du 10 juin 2008 de la recourante doit par conséquent être admis. Le recours est rejeté pour le surplus. Le grief relatif à la condition de la double incrimination s'avérant mal fondé (v. supra consid. 2), le solde des documents (à l'exclusion des quelques

400 préci- tés) doit être remis à l'autorité requérante.

#### **E. 5**

Aucun frais de procédure n'est mis à la charge des autorités inférieures (art. 63 al. 2 PA). Les frais de procédure sont mis à la charge de la partie qui succombe; si celle-ci n'est déboutée que partiellement, ces frais sont réduits (art. 63 al. 1 PA). En l'espèce, l'émolument judiciaire réduit, calculé conformément à l'art. 3 du Règlement du 11 février 2004 fixant les émolu- ments judiciaires perçus par le Tribunal pénal fédéral (RS 173.711.32; TPF RR.2007.26 du 9 juillet 2007, consid. 9.1) et fixé à Fr. 3'000.--, couvert par l'avance de frais de Fr. 5'000.-- déjà versée par la recourante. Le solde de Fr. 2'000.-- lui sera restitué par la caisse du Tribunal pénal fédéral.

#### **E. 6**

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 in- dispensables 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 recours a été admis dans une mesure extrêmement restreinte au vu de l'ensemble des griefs soulevés, puisque les conclusions de la recourante sont admises en rapport avec 400 documents et rejetées quant à plus de 7'000 autres. Au vu de l'ampleur et de la difficulté de la cause, il se justifie de lui allouer une indemnité de dépens fixée selon l'appréciation de l'autorité de céans (art. 3 al. 2 du règlement du 26 septembre 2006 sur les dépens et indemnités al- loués devant le Tribunal pénal fédéral [RS 173.711.31]) à Fr. 500.-- (TVA comprise), à la charge de la partie adverse.

- 10 -

Par ces motifs, la IIe Cour des plaintes prononce:

1. Le recours est partiellement admis, dans le sens des considérants. Le dos- sier est renvoyé au juge d'instruction afin que celui-ci rende une nouvelle dé- cision motivée sur la question de la transmission des 400 documents environ identifiés dans l'écriture du 10 juin 2008 de la recourante.
2. Le recours est rejeté au surplus. Le solde des documents litigieux (à l'exclusion des 400 documents environ mentionnés au chiffre 1 du présent dispositif) doit par conséquent être remis à l'autorité requérante.
3. Un émolument de Fr. 3'000.--, couvert par l'avance de frais de Fr. 5'000.-- déjà versée, est mis à la charge de la recourante. La caisse du Tribunal pé- nal fédéral lui restituera le solde par Fr. 2'000.--.
4. Une indemnité de Fr. 500.-- (TVA comprise) est allouée à la recourante, à la charge de la partie adverse.

Bellinzone, le 18 mars 2009

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

La présidente:

Le greffier:

## Distribution

- Me Jean-Cédric Michel, avocat - Juge d'instruction du Canton de Genève - Office fédéral de la justice, Unité Entraide judiciaire

Indication des voies de recours

- 11 -

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).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.