

# **BStGer RR.2009.219 vom 12. Januar 2010**

Bundesstrafgericht, 2010-01-12, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bstger\\_RR.2009.219](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bstger_RR.2009.219)

FR: TPF RR.2009.219 du 12 janvier 2010

IT: TPF RR.2009.219 del 12 gennaio 2010

## **Regeste**

Entraide judiciaire internationale en matière pénale aux USA; remise de moyens de preuve (art. 74 EIMP) et saisie de valeurs patrimoniales (art. 33a OEIMP); double incrimination (art. 4 par. 2 let. b TEJUS); proportionnalité; spécialité.

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

En vertu de l'art. 28 al. 1 let. e ch. 4 de la Loi fédérale sur le Tribunal pénal fédéral (LTPF; RS 173.71), mis en relation avec les art. 17 al. 1 de la Loi fédérale relative au traité conclu avec les Etats-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale (LTEJUS; RS 351.93) et 9 al. 3 du Règlement du Tribunal pénal fédéral (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'Office central USA de l'Office fédéral de la justice et, conjointement, contre les décisions incidentes de l'autorité d'exécution.

### **E. 1.2**

L'entraide judiciaire entre les USA et la Suisse est prioritairement régie par le Traité entre la Confédération suisse et les Etats-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale du 25 mai 1973 (TEJUS; RS 0.351.933.6), entré en vigueur le 23 janvier 1977, et par la LTEJUS. La Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP; RS 351.1) et son ordonnance d'exécution (OEIMP; RS 351.11) règlent les questions qui ne sont pas régies, explicitement ou implicitement, par le TEJUS et la LTEJUS (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 le traité (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. 1.3.1**

De l'avis de l'OFJ, Me EMONET n'a pas reçu le pouvoir de représenter valablement la société C. Dans son recours du 3 juillet 2009 (v. supra Faits, let. E), Me EMONET expose que cette société a été dissoute le 6 septembre 2007, au motif que son réviseur ne parvenait pas à entrer en contact avec les administrateurs inscrits, mais qu'elle n'a jamais fait l'objet d'une liquidation. En annexe à ce recours en tant que rédigé au nom et pour le compte de la société C., Me EMONET a produit une procuration signée par A., en sa qualité d'ayant droit économique de la société C.

La société C. a été radiée du registre officiel de Singapour le 6 septembre 2006 (act. 1.1, Rubrique 5). Me EMONET indique que les démarches nécessaires à la réinscription de cette société ont été engagées, sans avoir encore abouti à ce jour. A. ne figure pas dans la liste des personnes autorisées à représenter la société C. Il ne produit en outre aucun document attestant de ses pouvoirs de liquidateur de cette société. A. n'est partant pas légitimé à agir au nom et pour le compte de la société C. Le recours est par conséquent irrecevable en tant qu'il est formé au nom de la société C.

### **E. 1.3.2**

En leur qualité de titulaires respectifs des comptes n° 1, n° 2, n° 5, n° 6 et n° 7, A. et les sociétés B. et D. sont respectivement légitimés à recourir contre la remise des informations relatives aux comptes dont ils sont titulaires et, conjointement, contre le maintien connexe de la saisie frappant, le cas échéant, les avoirs y déposés (art. 17a LTEJUS et 9a let. a OEIMP; arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2008.287 du 9 avril 2009, consid. 3.1). Formé dans le délai de l'art. 17c LTEJUS, le recours est recevable en la forme.

A. Grievs relatifs à la recevabilité de la demande d'entraide (act. 1, chapitre V/B/1)

### **E. 2**

L'Etat du Missouri interdit le jeu et la promotion du jeu, à l'exception des casinos sur les bateaux fluviaux, lesquels sont soumis à une régulation très lourde (annexe B à la demande d'entraide du 1er février 2008 in dossier OFJ, pièce n° 12, p. 74, ch. 31). Aux termes des Sections 1084 et 1952 ss du Titre 18 de l'United States Code, est en outre passible de peines privatives de liberté et/ou d'amendes quiconque, notamment, contribue à l'établissement de paris et de mises sur tout événement ou compétition sportifs, permet à son destinataire de recevoir de l'argent ou un crédit produit par de tels paris (Section 1084), promeut, gère, établit, entreprend ou facilite la promotion d'une activité de paris illicites (Section 1952), dirige, finance, supervise ou possède tout ou partie d'une entreprise de jeux illégaux (Section 1955), participe, directement ou indirectement, en qualité d'employé ou d'associé d'une telle entreprise, à une activité de racket ou de collecte de dettes illégales (Section 1962) ou blanchit le produit de paris illégaux (Section 1956).

#### **E. 2.1**

Sous l'angle de la double punissabilité, l'OFJ a retenu dans la décision querellée que les faits exposés dans la demande d'entraide correspon- daient aux éléments objectifs de l'infraction définie à l'art. 42 de la loi fédérale sur les loteries et les paris professionnels (LLP; RS 935.51). Aux ter-

- 8 -

mes de cette disposition, quiconque, «professionnellement, conclut, négocie ou fournit l'occasion de conclure des paris interdits, ou exploite une entreprise de ce genre, est puni de l'emprisonnement ou des arrêts jusqu'à trois mois ou de l'amende jusqu'à 10'000 francs, les deux peines pouvant être cumulées». Avec l'entrée en vigueur de la nouvelle partie générale du Code pénal au 1er janvier 2007, les notions de «réclusion», d'«emprisonnement» et d'«arrêts» ont toutefois été abandonnées (comparer les art. 35, 36 et 39 aCP aux art. 40 sv. CP) et l'infraction visée à l'art. 42 LLP est désormais qualifiée de contravention (art. 333 al. 3 in fine CP; v. arrêt du Tribunal fédéral 6B\_422/2007 du 22 janvier 2008, consid. 5.3.1 et 5.3.2).

Certes, lorsque l'exécution d'une requête d'entraide exige ou nécessite de la coercition, l'entraide ne peut en principe être accordée que si les faits incriminés dans cette demande réunissent les conditions objectives d'une infraction mentionnée dans la liste annexée au TEJUS et punissable selon le droit en vigueur dans l'Etat requis, si elle était commise dans celui-ci (art. 4 par. 2 let. a TEJUS; v. toutefois par. 3). Cette dernière exigence de la double incrimination est toutefois abandonnée, aux termes du texte clair de l'art. 4 par. 2 let. b TEJUS, s'agissant des infractions aux dispositions sur les paris, loteries et jeux de hasard professionnels au sens du ch. 26 de la liste annexée au TEJUS. Cette exception, demandée par les USA, est due à l'importance pour cet Etat de poursuivre de telles infractions et à la difficulté d'établir la concordance en droit pénal suisse (ZIMMERMANN, op. cit., n° 587; MAURICE AUBERT / PIERRE-ANDRÉ BÉGUIN / PAOLO BERNASCONI / JOHANNA GRAZIANO VON BURG / RENATE SCHWOB / RAPHAËL TREUILLAUD, *Le secret bancaire suisse*, Berne 1995, p. 566).

## **E. 2.2**

En l'occurrence, les recourants admettent que les faits exposés à l'appui de la demande d'entraide américaine remplissent les éléments constitutifs objectifs aussi bien de l'art. 42 LLP que des dispositions américaines mentionnées par l'autorité requérante (act. 1, p. 23, let. i). Ils estiment toutefois que les dispositions en question du droit pénal américain violent les engagements internationaux pris par les USA dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). A l'appui de leur thèse, ils fournissent un rapport de l'organe d'appel de l'OMC du 7 avril 2005 (act. 1.1, Rubrique 32).

### **E. 2.2.1**

Il découle du rapport fourni par les recourants qu'un groupe spécial au sens des art. 6 ss du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends annexé à l'Accord du 15 avril 1994 instituant l'OMC (ci après: le Mémorandum; RS 0.632.20, Annexe 2) a été établi pour examiner une plainte d'Antigua-et-Barbuda concernant certaines

- 9 -

mesures des autorités des Etats et des autorités fédérales des USA qui, selon la plaignante, rendraient illégale la fourniture de services de jeux et paris par des fournisseurs situés à l'extérieur des USA à des consommateurs sur le territoire des USA (act. 1.1, Rubrique 32, p. 1, ch. 1). Etaient visées les Sections 1084, 1952 et 1955 du Code des Etats-Unis (ibid. p. 3). Dans un rapport du 7 avril 2005, l'organe d'appel a exposé en quoi il estimait certaines mesures américaines incompatibles avec les obligations découlant pour les USA de l'Accord général sur le commerce des services (ci après: AGCS). Au terme dudit rapport, l'organe d'appel recommandait que l'organe de règlement des différends (ci-après: ORD) demande aux USA de conformer certaines mesures américaines aux obligations découlant pour les USA de l'AGCS (act. 1.1, Rubrique 32, p. 146, n° 374).

### **E. 2.2.2**

Les recourants déduisent du rapport du 7 avril 2005 que l'OMC aurait «jugé définitivement» que les dispositions légales invoquées à l'appui de la demande d'entraide du 1er février 2008 violeraient le droit international américain au titre des engagements découlant pour les USA de l'AGCS. Cette opinion ne saurait être suivie. En effet, le rapport du 7 avril 2005 de l'organe d'appel n'a pas mis de terme à la procédure entre Antigua-et-

Barbuda et les USA. Par ce rapport, l'organe d'appel se limite à adresser ses recommandations à l'ORD (act. 1.1, Rubrique 32, p. 146, n° 374). Aux termes de l'art. 17 par. 14 du Mémoire, l'ORD doit décider s'il adopte ou non les recommandations de l'organe d'appel. Si le rapport de l'organe d'appel est adopté par l'ORD, il doit en outre être accepté sans condition par les parties au différend. En l'occurrence, le dossier est muet sur le résultat de l'examen des recommandations de l'organe d'appel par l'ORD. Les parties n'ayant produit aucune décision de l'ORD en la cause Antigua- et-Barbuda contre USA, la Cour de céans ne saurait retenir en faits que l'OMC a jugé définitivement que les dispositions légales invoquées à l'appui de la demande d'entraide du 1er février 2008 violent le droit international américain au titre des engagements découlant pour les USA de l'AGCS.

### **E. 2.2.3**

En vertu du principe de confiance existant entre les Etats liés par un traité d'entraide (sur cette notion, v. MOREILLON [Edit.], *Entraide internationale en matière pénale*, Bâle 2004, Introduction générale, 220 à 229), la Suisse n'a pas à vérifier la légalité, en droit américain, des dispositions du Code des Etats-Unis invoquées à l'appui de la demande d'entraide américaine. Une exception à ce principe n'est envisageable qu'en cas de violation flagrante du droit étranger, faisant apparaître la demande comme manifestement abusive. Tel n'est pas le cas en l'espèce, dès lors que le dossier ne fait pas apparaître que l'OMC ait définitivement jugé les Sections 1084, 1952 et

- 10 -

1955 du Code des Etats-Unis incompatibles avec les engagements pris par les USA dans le cadre de l'AGCS. La Suisse, comme Etat requis dans le cadre d'une procédure d'entraide, ne saurait se substituer à l'ORD pour trancher cette question. Le cas échéant, pour l'hypothèse où une décision aurait été prise par l'ORD, la question du caractère contraignant d'une telle décision pour les autorités de l'Etat requérant, de même que son incidence sur la légalité des dispositions concernées du Code des Etats-Unis, ne relève pas non plus de la compétence de l'autorité requise. En l'espèce, l'autorité requérante fonde sa demande d'entraide sur les Sections 1084 et 1952 ss du Titre 18 de l'United States Code, qu'elle considère pleinement applicables. Aucun élément du dossier ne permet de conclure qu'une telle appréciation serait manifestement infondée. Dans l'exécution de la demande d'entraide, l'OFJ n'avait pas matière à remettre en question le fait que les dispositions légales américaines invoquées à l'appui de la requête étaient pleinement en vigueur aux USA au jour de sa décision. Il en va de même au jour du présent arrêt. Le grief tiré de la prétendue illégalité des dispositions pénales américaines invoquées à l'appui de la demande d'entraide est partant mal fondé, dans le cadre de la présente procédure; il devra plutôt, le cas échéant, être soulevé devant le juge pénal américain.

### **E. 3**

Les recourants se plaignent également de ce que la nature réelle de la requête américaine serait d'ordre fiscal; selon eux, l'objectif déguisé des USA serait d'utiliser la documentation bancaire requise aux fins de «récupérer l'impôt que [l'Etat requérant] considère comme lui ayant été indûment soustrait, seuls les documents estampillés de la banque émettrice valant preuve en matière fiscale». Il en découlerait, toujours selon eux, que la demande d'entraide serait irrecevable.

#### **E. 3.1**

L'art. 2 par. 1 let. c ch. 5 TEJUS définit les infractions fiscales, pour lesquelles la coopération est exclue. Aux termes de cette disposition, le TEJUS n'est pas applicable – et, par conséquent, la coopération n'est pas due (v. ROBERT ZIMMERMANN, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 3e éd., Berne 2009, n° 633) – pour les enquêtes ou procédures relatives aux violations des prescriptions concernant les impôts, les droits de douane, les droits de monopole de l'Etat et le service des paiements avec l'étranger, à l'exception des infractions mentionnées aux ch. 26 et 30 de la liste annexée à ce traité. La violation des dispositions sur les paris, loteries et jeux de hasard professionnels est mentionnée au ch. 26 de cette liste. Il s'ensuit que la Suisse et les USA s'accordent réciproquement l'entraide pour ce type d'infractions, ainsi que pour la tentative et la facilitation de telles infractions (ch. 34 de la liste). La Suisse et les USA ont partant expressément dénié à ces infractions un caractère fiscal prépondérant de nature à

- 11 -

faire obstacle à l'entraide. L'art. 4 par. 2 let. b TEJUS précise d'ailleurs que des mesures de contrainte peuvent être appliquées lors de l'exécution d'une requête d'entraide judiciaire, lorsque les faits indiqués à l'appui de la demande réunissent les conditions objectives d'une violation des dispositions sur les paris, loteries et jeux de hasard professionnels. Ainsi, dès lors que les recourants admettent que les faits exposés à l'appui de la demande d'entraide américaine remplissent les éléments constitutifs objectifs aussi bien de l'art. 42 LLP que des dispositions américaines mentionnées par l'autorité requérante (act. 1, p. 23, let. i), ils ne sauraient raisonnablement soutenir que l'entraide est requise à des fins purement fiscales.

### **E. 3.2**

Au surplus, les craintes exprimées par les recourants que les autorités américaines n'utilisent les informations bancaires remises par la Suisse dans le cadre d'une procédure fiscale visant à récupérer l'impôt qui aurait été indûment soustrait ne sont pas fondées. En effet, la décision querellée déclare l'entraide irrecevable en tant qu'elle vise la répression d'une telle infraction fiscale (act. 1.1, Rubrique 1, p. 4 et 16). L'entraide judiciaire est par ailleurs accordée aux USA sous réserve du principe de spécialité défini à l'art. 5 TEJUS. A cet égard, l'OFJ s'est engagé à attirer expressément l'attention des autorités américaines sur les limites d'utilisation prévues par ce traité (act. 1.1, Rubrique 1, p. 4).

B. Grievs dirigés contre la transmission de la documentation bancaire saisie (act. 1, chapitre V/B/2)

### **E. 4**

Les recourants se plaignent d'une violation du principe de proportionnalité. Selon eux, la documentation bancaire saisie «ne saurait être, de par sa nature, utile à l'Etat requérant pour démontrer la commission des infractions aux lois sur les jeux et paris en ligne, ce d'autant plus que les accusés ne contestent pas avoir géré une entreprise active dans cette industrie». Les recourants déclarent toutefois s'en rapporter à la justice s'agissant de la transmission de la documentation bancaire.

#### **E. 4.1**

En vertu du principe de la proportionnalité, l'entraide ne peut être accordée que dans la mesure nécessaire à la découverte de la vérité recherchée par les autorités pénales de l'Etat requérant. La question de savoir si les renseignements demandés sont nécessaires ou simplement utiles à la procédure pénale est en principe laissée à l'appréciation des

autorités de poursuite. La coopération internationale ne peut être refusée que si les actes requis sont manifestement sans rapport avec l'infraction poursuivie et impropres à faire progresser l'enquête, de sorte que la demande apparaît

- 12 -

comme le prétexte à une recherche indéterminée de moyens de preuve (ATF 122 II 367 consid. 2c; 121 II 241 consid. 3a). Le principe de la proportionnalité empêche aussi l'autorité suisse d'aller au-delà des requêtes qui lui sont adressées et d'accorder à l'Etat requérant plus qu'il n'a demandé. Cela n'empêche pas d'interpréter la demande selon le sens que l'on peut raisonnablement lui donner. Une interprétation large est admissible s'il est établi que toutes les conditions à l'octroi de l'entraide sont remplies; ce mode de procéder permet parfois d'épargner à l'Etat requérant une éventuelle demande complémentaire (ATF 121 II 241 consid. 3a).

#### **E. 4.2**

En l'espèce, les huit comptes litigieux (v. supra Faits, let. D) sont liés à plus d'un titre à l'enquête américaine. Ces comptes ont en premier lieu pour ayant droit économique A. (act. 1, p. 14, ch. 38; act. 1.1, Rubrique 26), soupçonné d'être l'auteur principal des infractions décrites dans la demande d'entraide (v. supra Faits, let. A). Deuxièmement, les recourants admettent la conclusion à laquelle est parvenu l'OFJ après analyse de la documentation bancaire litigieuse, à savoir que les comptes concernés ont servi de réceptacles aux produits directement liés aux activités de paris en ligne faisant l'objet de l'enquête américaine (act. 1.1, Rubrique 1, p. 4 et 6 à 8; act. 1, p. 14 sv.). Il s'ensuit que l'OFJ a considéré à raison que la documentation bancaire y relative constituait la preuve directe de l'étendue des activités illicites des personnes inculpées aux USA. Cette documentation est susceptible de renseigner l'autorité requérante sur l'ampleur des bénéfices réalisés dans ce cadre, leur origine et leur répartition ultérieure. De tels buts sont expressément énoncés par l'autorité requérante. Il s'ensuit que la transmission de la documentation bancaire litigieuse respecte pleinement le principe de la proportionnalité.

#### **E. 5**

Les recourants reprochent à l'OFJ d'avoir «violé leur droit d'être entendus en ordonnant la transmission de documents bancaires saisis auprès de la société M. en refusant de les entendre au préalable sur cette question, violant ainsi leur droit de sa substance». Ce reproche est infondé. En effet, quand bien même de la documentation bancaire concernant les recourants aurait été saisie auprès de la société M. (société mandatée pour gérer les avoirs des recourants), seule cette société qui a dû se soumettre personnellement à la perquisition et à la saisie est légitimée à s'opposer à la transmission (art. 80h let. b EIMP; art. 9a let. b OEIMP; ATF 130 II 162 consid. 1.1; arrêts du Tribunal fédéral 1C\_166/2009 du 3 juillet 2009, consid. 2.3.3; 1A.206/2004 du 15 décembre 2004, consid. 1.2; 1A.164/2003 du 3 septembre 2003, consid. 4; 1A.229/2000 du 3 octobre 2000, consid. 2/a; voir aussi ZIMMERMANN, op. cit., n° 526). La jurisprudence constante dénie en revanche ce droit aux tiers indirectement

- 13 -

concernés, soit notamment les mandants des personnes – physiques ou morales – ayant dû se soumettre personnellement à la perquisition et à la saisie, ou encore les auteurs des documents saisis en mains tierces, même si la transmission entraîne la révélation de leur

identité (ATF 116 Ib 106 consid. 2a; 115 Ib 156 consid. 2a; arrêt du Tribunal fédéral 1A.293/2004 du 18 mars 2005, consid. 2.3; arrêts du Tribunal pénal fédéral RR.2007.101 du 12 juillet 2007, consid. 2.1 et 2.2; RR.2008.126 du 24 juillet 2008, consid. 2.2). Les recourants n'avaient partant aucun droit d'être entendus dans le cadre de la procédure d'entraide consécutive à la perquisition auprès de la société M.

C. Grievs dirigés contre le maintien de la saisie provisoire des avoirs bancaires (act. 1, chapitre V/B/3)

#### **E. 6**

Dans la dernière partie de leur recours, sous titre V/B/3 (act. 1, p. 21 ss), les recourants développent une série d'arguments qui, selon eux, s'opposeraient au maintien de la saisie provisoire des avoirs déposés, le cas échéant, sur les comptes litigieux. Entre juillet et novembre 2009, le blocage de la totalité des avoirs saisis provisoirement en exécution de la demande d'entraide américaine a été levé, par ordre respectivement de la Présidente de la Cour de céans et du Juge instructeur, à la demande de l'autorité requérante et des parties, en vue de permettre la conclusion d'une solution transactionnelle du litige opposant l'autorité requérante et A. Le recours est partant devenu sans objet, en tant que dirigé contre le maintien de la saisie provisoire des avoirs bancaires.

D. Frais

#### **E. 7**

Le recours est rejeté, dans la mesure où il est recevable et conserve son objet. Les frais de procédure sont mis à la charge solidaire des recourants qui succombent (art. 63 al. 1 de la Loi fédérale sur la procédure administrative [PA; RS 172.021], applicable par renvoi de l'art. 30 let. b LTPF). L'émolument judiciaire, calculé conformément à l'art. 3 du Règlement du

#### **E. 11**

février 2004 fixant les émoluments judiciaires perçus par le Tribunal pénal fédéral (RS 173.711.32; v. art. 63 al. 5 PA), est fixé en l'espèce à CHF 7'000.--, couvert par l'avance de frais déjà versée.

- 14 -

Par ces motifs, la IIe Cour des plaintes prononce:

1. Le recours est rejeté, dans la mesure où il est recevable et conserve son objet.
2. Un émolument de CHF 7'000.--, couvert par l'avance de frais déjà versée, est mis à la charge solidaire des recourants.

Bellinzona, le 12 janvier 2010

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

La présidente:

Le greffier:

Distribution

- Me Christophe Emonet, avocat - Office fédéral de la Justice, Office central USA

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).

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