

# **BStGer RR.2009.82 vom 14. Juli 2010**

Bundesstrafgericht, 2010-07-14, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bstger\\_RR.2009.82](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bstger_RR.2009.82)

FR: TPF RR.2009.82 du 14 juillet 2010

IT: TPF RR.2009.82 del 14 luglio 2010

## **Regeste**

Entraide internationale en matière pénale à la Belgique. Remise de moyens de preuve (art. 74 EIMP). Insuffisance dans la rédaction de la demande d'entraide (art. 14 ch. 2 CEEJ et 28 al. 3 EIMP).

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

En vertu de l'art. 28 al. 1 let. e ch. 1 de la loi fédérale sur le Tribunal pénal fédéral (LTPF; RS 173.71), mis en relation avec les art. 80e al. 1 de la loi sur l'entraide pénale internationale (EIMP; RS 351.1) 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 d'exécution.

### **E. 1.2**

La Confédération suisse et le Royaume de Belgique sont tous deux parties à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (CEEJ; RS 0.351.1). A compter du 12 décembre 2008, les art. 48 ss de la Convention d'application de l'Accord Schengen du 14 juin 1985 (CAAS; n° CELEX 42000A0922(02); Journal officiel de l'Union européenne L 239 du 22 septembre 2000, p. 19 à 62) s'appliquent également à l'entraide pénale entre la Suisse et la Belgique (v. arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2008.98 du 18 décembre 2008, consid. 1.3). Les dispositions de ces traités l'emportent sur le droit autonome qui régit la matière, soit l'EIMP 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 (arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2009.107 du 27 août 2009, consid. 1.3 et la jurisprudence citée).

### **E. 2**

L'économie de procédure peut commander à l'autorité saisie de plusieurs requêtes individuelles de les joindre ou, inversement, à l'autorité saisie d'une requête commune par plusieurs administrés (consorts) ou saisie de prétentions étrangères l'une à l'autre par un même administré, de les diviser; c'est le droit de procédure qui régit les conditions d'admission de la jonction et de la disjonction des causes (BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 173). Bien qu'elle ne soit pas prévue par la loi fédérale sur la procédure administrative (ci-après: PA, RS 172.021), applicable à la présente cause par renvoi de l'art. 30 let. b LTPF, l'institution de la jonction des causes est néanmoins admise en pratique (cf. arrêts du Tribunal pénal fédéral RR.2008.190 du 26 février 2009, consid. 1; RR.2008.216 + RR.2008.225-230 du 20 novembre 2008, consid. 1.2; ANDRÉ MOSER, MICHAEL BEUSCH, LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesver-

waltungsgericht, Bâle 2008, § 3.17, p. 115). En l'espèce, il se justifie de joindre les causes RR.2009.82-83 et RR.2009.84-85, ce d'autant que tou-

- 5 -

tes les parties recourantes le requièrent, toutes défendues par les mêmes avocats.

### **E. 3**

Il y a d'abord lieu d'apprécier la qualité pour agir des recourantes.

#### **E. 3.1**

Selon l'art. 80h let. b EIMP, a qualité pour agir quiconque est touché personnellement et directement par une mesure d'entraide et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. La personne visée par la procédure pénale étrangère peut recourir aux mêmes conditions (art. 21 al. 3 EIMP). L'art. 9a OEIMP précise que sont en particulier réputés personnellement et directement touchés, au sens des art. 21 al. 3 et 80h EIMP, le titulaire d'un compte bancaire en cas d'informations sur celui-ci (let. a), et le propriétaire ou le locataire, en cas de perquisition (let. b). L'intérêt fondant la qualité pour agir peut être juridique ou de fait; il ne doit pas nécessairement correspondre à celui protégé par la norme invoquée. Il faut toutefois que le recourant soit touché plus que quiconque ou la généralité des administrés dans un intérêt important, résultant de sa situation par rapport à l'objet litigieux. Un intérêt digne de protection existe lorsque la situation de fait ou de droit du recourant peut être influencée par le sort de la cause; il faut que l'admission du recours procure au recourant un avantage de nature économique, matérielle ou idéale. Le recours formé dans le seul intérêt de la loi ou d'un tiers est en revanche irrecevable (arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2008.93 du 8 octobre 2008, consid. 2.1).

#### **E. 3.2**

Qualité pour recourir des sociétés A. et B. contre la décision du 11 février 2009

Comme indiqué par avant, en cas de perquisition, le propriétaire ou le locataire sont notamment réputés personnellement et directement touchés au sens des art. 21 al. 3 et 80h EIMP (art. 9 let. b OEIMP). La jurisprudence dénie en revanche cette qualité à l'auteur de documents saisis en mains de tiers, même si la transmission des renseignements requis entraîne la révélation de son identité (cf. ATF 130 II 162 consid. 1.1 p. 164 et la jurisprudence citée; arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2009.12 du 16 mars 2009, consid. 2.2). Ainsi donc, les sociétés A. et B. n'ont pas qualité pour s'opposer à la transmission des documents saisis le 24 juillet 2008 dans les bureaux de la société C., quand bien même ceux-ci contiendraient des informations bancaires (v. également arrêt du Tribunal fédéral 1A.293/2004 du 18 mars 2005, consid. 2.3). Leur recours est ainsi irrecevable.

- 6 -

#### **E. 3.3**

Qualité pour recourir de la société C. contre la décision du 11 février 2009

##### **E. 3.3.1**

La personne qui doit se soumettre directement à une mesure d'entraide, notamment celle qui fait l'objet d'une perquisition, est directement touchée au sens de l'art. 80h EIMP (art. 9a let. b OEIMP; cf. arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2009.73-74 du 8 septembre 2009, consid. 1.5 et la jurisprudence citée). Le Tribunal fédéral a dernièrement rendu un arrêt, se

fondant sur un précédent qui concernait un transporteur (arrêt du Tribunal fédéral 1A.154/1995 du 27 septembre 1995), selon lequel il n'y a pas lieu, en plus, d'exiger du recourant, en l'occurrence dépositaire, la démonstration d'un intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification de la décision querellée (arrêt du Tribunal fédéral 1C\_287/2008 du 12 janvier 2009, consid. 2.2). Prenant appui sur cette jurisprudence, la Cour de cassation a récemment précisé qu'elle devait s'appliquer tant aux fiduciaires qu'aux dépositaires ou aux transporteurs (arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2009.229 du 16 décembre 2009, consid. 2.1); le critère déterminant au sens de l'art. 9a let. b OEIMP est celui de la maîtrise effective au moment de la perquisition ou de la saisie (idem, consid. 2.1).

### **E. 3.3.2**

En l'espèce, comme indiqué ci-dessus (cf. let. C), la société C., en sa qualité de fiduciaire, tient la comptabilité des sociétés A. et B. Cette société a dû se soumettre personnellement à la perquisition du 24 juillet 2008 et à la saisie de documents, dès lors que ces mesures ont été mises en oeuvre dans les locaux qu'elle occupait. Elle est, partant, directement touchée par l'ordonnance querellée au sens de l'art. 9a let. b OEIMP. Il s'ensuit que la société C. a qualité pour recourir, sans avoir à faire valoir d'autre intérêt. Son recours est ainsi recevable.

### **E. 4**

Déposé dans le délai de 30 jours après la notification de l'ordonnance querellée, le recours de la société C. (ci-après: la recourante) est interjeté en temps utile contre une décision de l'autorité cantonale d'exécution relative à la clôture partielle de la procédure d'entraide judiciaire (art. 80e et 80k EIMP).

### **E. 5**

La recourante se plaint d'une violation de l'art. 28 al. 3 let. a EIMP en ce sens que la requête d'entraide belge serait insuffisamment étayée et ne lui permettrait pas de déterminer la nature juridique de l'infraction alléguée. Les faits relatés dans les requêtes complémentaires belges seraient de même sans rapport avec le complexe de faits examiné par le Tribunal fédéral

- 7 -

ral dans les arrêts 1A.54-57/2007 du 24 septembre 2007. Elle conteste en outre que les faits décrits sont constitutifs d'une infraction au regard du principe de double incrimination (art. 64 EIMP), mais indique que la demande poursuivrait un but purement fiscal et violerait ainsi l'art. 3 al. 3 EIMP. Il n'y aurait aucune escroquerie fiscale et le caractère illicite du commerce de diamants dans lequel la recourante serait impliquée ne serait nullement démontré.

### **E. 5.1**

La double incrimination s'apprécie sur la base des faits fournis par l'Etat requérant. Pour ce faire, suivant les exigences prévues aux art. 14 ch. 2 CEEJ, 28 al. 2 let. c et 28 al. 3 let. a EIMP, un exposé sommaire des faits doit être fourni ainsi que leur qualification juridique. Selon la jurisprudence, on ne saurait toutefois exiger de l'Etat requérant un exposé complet et exempt de toute lacune, car la procédure d'entraide a précisément pour but d'apporter aux autorités de l'Etat requérant des renseignements au sujet des points demeurés obscurs (arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2008.317-318 du 17 juin 2009, consid. 3.1 et la jurisprudence

citée). Les indications fournies à ce titre doivent simplement suffire pour vérifier que la demande n'est pas d'emblée inadmissible (arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2007.122 du 29 octobre 2007, consid. 4 et la jurisprudence citée), soit 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 let. a CEEJ), et que le principe de proportionnalité est respecté (arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2008.16 du 23 juillet 2008, consid. 2.1 et la jurisprudence citée). 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, ces faits 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 (arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2010.11 du 22 mars 2010, consid. 2.3 et la jurisprudence citée).

### **E. 5.2**

Il ressort des requêtes d'entraide présentées par les autorités de l'Etat requérant que celles-ci conduisent, depuis plusieurs années, une vaste enquête tendant à déterminer les modalités et les auteurs d'importations illicites de diamants bruts en Belgique, notamment par l'utilisation de sociétés de transport et de bureaux d'expédition suisses et étrangers. Les commissions rogatoires déjà exécutées ont révélé que lesdites importations de diamants en Belgique ont été effectuées par la mise sur le marché belge des diamants qui n'étaient supposés qu'y transiter (cf. arrêts du Tribunal fédéral et du Tribunal pénal fédéral cités sous let. A). La demande d'entraide à

- 8 -

l'origine de la décision querellée sert en revanche d'appui à l'instruction d'un autre genre d'affaire.

En substance, il ressort de l'exposé des faits (cf. notamment requêtes des 26 octobre 2007 et 31 mars 2008), qu'entre 2001 et 2006, des diamantaires israéliens auraient envoyé à des sociétés offshore des lots de diamants bruts accompagnés de certificats Kimberley à l'adresse postale de la société H. aux Ports-Francis de Genève. Sans qu'aucune opération ne fût exécutée sur lesdits lots, ils étaient rapidement réexpédiés à destination d'Anvers avec une augmentation de valeur que rien ne justifierait. Le magistrat requérant indique que cette augmentation aurait été de 350% en moyenne et de 58% dans le cas d'espèce. Le transporteur F. était chargé d'exécuter les opérations aux Ports-Francis de Genève. L'enquête belge a mis en évidence que les factures étaient faxées au personnel de dite société depuis les bureaux de D. à Anvers. On comprend de la commission rogatoire du 31 mars 2008 que, sur la base de procurations établies par D. au nom des mêmes sociétés offshore, le personnel de F. accomplissait les formalités de dédouanement au nom des sociétés A. et B.

Ainsi, tandis que les commissions rogatoires précédentes s'intéressaient aux conditions d'importation des marchandises transférées de Suisse en Belgique, la présente demande d'entraide a trait à la valeur de celles-ci. Ce complexe de faits différant des précédents, il se justifie de procéder à un examen ab ovo de la demande d'entraide belge.

### **E. 5.3**

Telle que formulée, la demande d'entraide à l'origine de la décision querellée ne satisfait pas aux exigences posées par l'EIMP et la jurisprudence.

a) En premier lieu, la demande n'indique pas l'infraction de droit belge qui se-rait à l'origine de l'instruction pénale. Elle se contente de mentionner qu'il s'agit de délits qui «quant à leur contenu, sont similaires à la définition suisse «escroquerie fiscale» » (Commission rogatoire du 31 mars 2008, p. 9). Par ailleurs, bien que l'art. 28 al. 3 let. b EIMP n'oblige pas l'autorité re- quérante à fournir le texte des dispositions légales applicables, il eût certai- nement été de secours au juge de l'entraide de pouvoir les connaître, no- tamment afin de déterminer la réalisation de la condition de la double pu- nissabilité. Il s'ensuit que, lors de l'examen de la correspondance des délits belges et suisses, la Cour ne peut se fonder que sur une disposition de droit suisse dont l'équivalence à une disposition belge ne peut être exami- née. Il y a ici une lacune importante dans la demande d'entraide.

- 9 -

b) En second lieu, la demande est insuffisamment précise pour permettre l'examen de la double punissabilité. En effet, l'escroquerie fiscale réprime celui qui, par une tromperie astucieuse, aura soustrait un montant impor- tant représentant une contribution (arrêt du Tribunal pénal RR.2008.240 du 20 février 2009, consid. 4.2 et la jurisprudence citée). Ainsi, avant même d'examiner l'élément de la «tromperie astucieuse», supposément réalisée dans le fait de l'augmentation de valeur aux Ports-Francis de Genève, il y aurait lieu d'indiquer quel est le montant important représentant une contri- bution. Or la demande n'en fait nullement état. Plus que cela, rien ne per- met de déterminer quelle contribution serait éludée. En effet, d'une part, l'importation de diamants en Belgique n'est pas soumise à la TVA (art. 42 § 4 du Code belge de TVA). D'autre part, l'augmentation de valeur conduirait, cas échéant, à une augmentation du bénéfice des sociétés importatrices belges, lesquelles seraient débitrices d'une contribution fiscale plus élevée, ce qui apparaît incompatible avec une escroquerie au fisc belge, bien au contraire. Ainsi, aucune contribution fiscale, fût-elle directe ou indirecte, ne paraît menacée par les faits décrits dans la demande d'entraide.

c) En dernier lieu, il ressort du dossier (Déclaration de G. à la Police Judiciaire genevoise du 2 septembre 2008, p. 5) que, en Suisse, le Secrétariat d'état à l'économie (SECO) aurait eu connaissance de cette augmentation de va- leur lors d'une réunion organisée en 2003. Cet office semble n'y avoir don- né aucune suite alors que c'est à lui qu'incombe la poursuite des infractions aux prescriptions relatives aux certificats Kimberley (art. 11 al. 3 de l'ordonnance du 29 novembre 2002 sur le commerce international des dia- mants bruts [RS 946.231.11]). De même, l'objectif du processus de Kim- berley est de garantir que les diamants dits «de la guerre» ne soient pas mis sur le marché (à ce propos, cf. arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2007.171 du 25 février 2008, consid. 2.6) et non d'attester de leur va- leur dans la perspective d'une taxation fiscale. Ainsi, dès lors que l'illicéité d'une augmentation de valeur des diamants lors de leur transit n'est pas certaine, elle aurait dû être explicitée selon le droit belge pour permettre d'être appréciée subséquemment au regard de la jurisprudence suisse rendue au sujet de la «tromperie astucieuse» d'une escroquerie fiscale.

#### **E. 5.4**

Dès lors que la Cour n'est pas en mesure de procéder à l'examen de la double incrimination, condition sine qua non d'octroi de l'entraide, la de- mande doit être tenue pour insuffisamment étayée et non conforme aux art. 14 CEEJ et 28 EIMP. Pour cette raison, le

recours de la société C. doit être admis, les ordonnances de clôture du 11 février 2009 annulées et l'entraide refusée. Les pièces mentionnées par les ordonnances querellées ne pourront être transmises à la Belgique.

- 10 -

### **E. 5.5**

Cela ne préjuge aucunement de la faculté de l'autorité requérante de présenter une demande d'entraide complémentaire satisfaisante au regard des considérants qui précèdent. A cet égard, l'OFJ est invité à informer l'autorité requérante de l'issue de la procédure et de la possibilité de présenter une demande complémentaire avec un exposé des faits exhaustifs, notamment quant au *modus operandi* de l'augmentation de la valeur de la marchandise et les normes pénales qu'une telle augmentation aurait violées, ainsi que toutes informations supplémentaires susceptibles de mieux illustrer les faits sous enquête en Belgique.

### **E. 6**

Compte tenu de l'issue du recours, nul n'est besoin d'examiner les autres moyens de la recourante, liés à son droit d'être entendu, à la motivation de l'ordonnance querellée et à la proportionnalité de la mesure.

### **E. 7.1**

Les frais de procédure sont mis à la charge des recourantes qui succombent (art. 63 al. 1 PA, applicable par renvoi de l'art. 30 let. b LTPF). L'émolument judiciaire est calculé conformément à l'art. 3 du règlement du

### **E. 7.2**

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). En l'espèce et à défaut d'une liste d'opérations, une indemnité de dépens de CHF 1'500.-- (TVA incluse) est allouée à la société C., à charge du Juge d'instruction.

- 11 -

Par ces motifs, la IIe Cour des plaintes prononce:

1. Les causes RR.2009.82-83 et RR.2009.84-85 sont jointes.
2. Les recours des sociétés A. et B. sont irrecevables.
3. Le recours de la société C. est admis.
4. Les ordonnances de clôture du Juge d'instruction du canton de Genève du

### **E. 11**

février 2009 sont annulées.

5. L'entraide est refusée.

6. Un émolument de CHF 5'000.--, couvert par les avances de frais acquittées, est mis à la charge des recourantes. Le solde de CHF 7'000.-- est restitué aux sociétés A., B. et C. par la caisse du Tribunal pénal fédéral.

7. Une indemnité de dépens de CHF 1'500.-- (TVA incluse) est allouée à la société C. à charge du Juge d'instruction du canton de Genève.

Bellinzona, le 15 juillet 2010

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

La présidente: Le greffier:

Distribution

- Mes Paul Gully-Hart et Benjamin Borsodi, avocats - Juge d'instruction du canton de Genève - Office fédéral de la justice, Unité Entraide judiciaire

- 12 -

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.