

# **BStGer RR.2010.259 vom 28. März 2011**

Bundesstrafgericht, 2011-03-28, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bstger\\_RR.2010.259](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bstger_RR.2010.259)

FR: TPF RR.2010.259 du 28 mars 2011

IT: TPF RR.2010.259 del 28 marzo 2011

## **Regeste**

Entraide judiciaire internationale en matière pénale au Portugal. Remise de moyens de preuve (art. 74 EIMP). Entraide requise pour des faits d'escroquerie et de blanchiment présumés. Insuffisance de l'état de fait. Droit de consulter le dossier.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

En vertu de l'art. 37 al. 2 let. a de la Loi fédérale du 19 mars 2010 sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération (LOAP; RS 173.71), mis en relation avec les art. 25 al. 1 et 80e al. 1 de la Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP; RS 351.1) et 19 al. 2 du Règlement du 30 août 2010 sur l'organisation du Tribunal pénal fédéral (ROTPF; RS 173.713.161), 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.

### **E. 1.1**

L'entraide judiciaire entre le Portugal et la Confédération suisse est régie en premier lieu par la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (CEEJ; 0.351.1), entrée en vigueur pour la Suisse le 20 mars 1967 et pour le Portugal le 26 décembre 1994 et par le Deuxième Protocole additionnel à la CEEJ (RS 0.351.12), entré en vigueur pour la Suisse le 1er février 2005 et pour le Portugal le 1er mai 2007. 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 pour la Suisse le 1er septembre 1993 et pour le Portugal le 1er février 1999.

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 le Portugal (v. arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2008.98 du 18 décembre 2008, consid. 1.3).

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; 128 II 355 consid. 1 et la jurisprudence citée). Le droit interne s'applique en outre lorsqu'il est plus favorable à l'octroi de l'entraide (ATF 122 II 140 consid. 2 et les arrêts cités). Le droit le plus favorable à l'entraide s'applique aussi pour ce qui concerne le rapport entre elles des normes internationales pertinentes (v. art. 48 par. 2 CAAS). Le respect des droits fondamentaux demeure réservé (ATF 135 IV 212 consid. 2.3).

### **E. 1.2**

Aux termes de l'art. 80h let. b EIMP, a qualité pour recourir en matière de «petite entraide» quiconque est personnellement et directement touché par

- 4 -

une mesure d'entraide et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. L'art. 9a let. a OEIMP reconnaît au titulaire d'un compte bancaire la qualité pour recourir contre la remise à l'Etat requérant de documents relatifs à ce compte. En application de ces principes, la qualité pour recourir est reconnue à la recourante, en tant que titulaire du compte n° 1 touché par la mesure querellée. Formé dans le délai de 30 jours à compter de la notification de la décision querellée, le recours est formellement recevable (art. 80k EIMP).

## **E. 2**

La recourante reproche en premier lieu à l'autorité d'exécution d'avoir violé son droit de participer à la procédure.

### **E. 2.1**

Le droit de consulter le dossier est un aspect du droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. (ATF 126 I 7 consid. 2b et les arrêts cités). Dans le domaine de l'entraide, il est notamment mis en oeuvre par l'art. 80b EIMP. Ce droit s'étend à toutes les pièces décisives pour le sort de la cause (ATF 121 I 225 consid. 2a). Dans le cas de l'entraide, il s'agit en premier lieu de la demande elle-même et des pièces annexées, puisque c'est sur la base de ces documents que se déterminent l'admissibilité et la mesure de l'entraide requise (arrêt du Tribunal fédéral 1A.94/2001 du 25 juin 2001, consid. 2b). Le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. inclut également pour les parties le droit de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à leur détriment, de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur la décision, de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 129 I 85 consid. 4.1; 129 II 497 consid. 2.2; 127 I 54 consid. 2b et les arrêts cités). Après avoir saisi les documents qu'elle juge utiles pour l'exécution de la demande, l'autorité d'exécution trie les pièces à remettre, en vue du prononcé de la décision de clôture de la procédure. Avant de statuer à ce sujet, elle doit impartir un délai au détenteur, pour qu'il fasse valoir, pièce par pièce, les arguments qui s'opposeraient selon lui à la transmission. Il est interdit de remettre la documentation en vrac, sans avoir procédé à un examen de sa pertinence dans le cadre de la procédure étrangère (ATF 130 II 14).

#### **E. 2.2.1**

En l'espèce, l'autorité d'exécution a saisi 8 pages éditées par la banque E. concernant le compte n° 1 ouvert au nom de la société A. Le 26 août 2010, l'autorité d'exécution a indiqué à la banque E. qu'elle envisageait de transmettre aux autorités portugaises l'ensemble de la documentation relative au compte n° 1 qui lui avait été remise par cet établissement en exécution de son ordonnance de perquisition du 20 août 2010. Dans la même lettre, l'autorité d'exécution impartissait au titulaire du compte n° 1 un délai au

- 5 -

15 septembre 2010 pour consentir à la remise de ces documents, au sens de l'art. 80c EIMP. Le cas échéant, le titulaire du compte était invité, dans le même délai, à exposer à l'autorité d'exécution les raisons qui fonderaient une opposition à la remise des documents bancaires aux autorités portugaises (act. 6.1, dossier fourni par l'autorité d'exécution, lettre du 26

août de l'autorité d'exécution à la banque E. à Genève, pièce non numérotée).

### **E. 2.2.2**

La lettre de l'autorité d'exécution du 26 août 2010 n'avait pas à être communiquée à la recourante, dont le siège est à l'étranger et qui, à cette date, n'avait pas élu de domicile de notification en Suisse (art. 80m EIMP et art. 9 OEIMP). Le contrat de mandat liant la banque et la recourante imposait en revanche à cette dernière de transmettre sans délai la lettre du 26 août 2010 à la recourante, titulaire du compte concerné, de la même manière que la banque E. avait communiqué à la recourante, le 24 août 2010, l'existence et le contenu de l'ordonnance de perquisition et de saisie du 20 août 2010 (v. supra Faits, let. B).

### **E. 2.2.3**

En tout état de cause, la procédure initiée par l'interpellation que l'autorité d'exécution a notifiée à la banque E. le 26 août 2010 est conforme aux art. 80m EIMP et 9 OEIMP, d'une part, et, d'autre part, respecte les droits d'être entendue de la recourante, au sens de la jurisprudence rappelée plus haut. En effet, entre le 30 août et le 15 septembre 2010, la recourante disposait ou aurait dû disposer de 17 jours pour présenter ses observations ou solliciter la consultation du dossier. Elle n'est cependant pas intervenue auprès de l'autorité d'exécution dans ce délai. Il importe peu à cet égard que cette absence de réaction ait pour cause la passivité de la recourante ou celle de la banque E., dès lors que, pour des questions de sécurité du droit, les négligences de la banque doivent être imputées à son mandat (v. aussi ATF 136 IV 16 consid. 2). Compte tenu de cette passivité, la recourante n'est plus fondée à se plaindre d'une violation de son droit d'être entendue sur ce point (arrêts du Tribunal pénal fédéral RR.2008.182-184 du 5 décembre 2008, consid. 2.2; RR.2008.105 du 8 juillet 2008, consid. 2.2; RR.2007.177 du 18 décembre 2007, consid. 3.2).

## **E. 3**

Sur le fond, la recourante se plaint de ce que la demande d'entraide ne ferait état d'aucun comportement susceptible de réaliser les conditions objectives d'une infraction pénale, imputable par hypothèse à B. Elle reproche en outre à l'autorité d'exécution d'avoir violé son droit de participer à la procédure d'entraide.

- 6 -

### **E. 3.1.1**

Aux termes de l'art. 14 CEEJ, la demande d'entraide doit notamment indiquer l'autorité dont elle émane (ch. 1 let. a), 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; 118 Ib 111 consid. 5b). L'exposé des faits ne doit pas être considéré comme un acte d'accusation, mais comme un état des soupçons que l'autorité requérante désire vérifier. Sauf contradictions ou impossibilités manifestes, ces soupçons n'ont pas à être vérifiés dans le cadre de la procédure d'entraide judiciaire (arrêt du Tribunal fédéral 1A.297/2004 du 17 mars 2005, consid. 2.1).

### **E. 3.1.2**

La remise de documents bancaires 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, *prima facie*, 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; 122 II 422 consid. 2a; 118 Ib 448 consid. 3a 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; 117 Ib 337 consid. 4a; 112 Ib 225 consid. 3c et les arrêts cités).

- 7 -

### **E. 3.2**

En l'espèce, la demande d'entraide a été présentée pour la répression des chefs d'escroquerie au sens des art. 217ss du Code pénal portugais et de blanchiment au sens de l'art. 368-A du Code pénal portugais. L'autorité requérante expose que la banque F. aurait été utilisée de façon à permettre l'attribution de gains élevés, sans logique commerciale, à divers individus, notamment B. «Par l'emploi de plusieurs moyens astucieux», la banque F. aurait été menée à financer des achats d'actifs par B. ou des sociétés contrôlées par lui (act. 1.9, p. 3). Ces actifs étaient ensuite vendus, pour une valeur supérieure, à d'autres entités, toujours grâce au financement de la banque F. (act. 1.9, p. 2). La banque F. promettait en outre contractuellement le rachat des actifs concernés, pour une valeur largement supérieure à celle de la transaction initiale, laquelle avait déjà été financée par la banque F. (act. 1.9, p. 3). La «chaîne d'affaires» ainsi décrite aurait engendré un préjudice pour la banque F., à hauteur de plusieurs millions d'euros (act. 1.9, p. 4). Dans la décision de clôture querellée, l'autorité d'exécution a tenu la condition de la double incrimination comme réalisée au regard des art. 146 et 305bis CP, réprimant l'escroquerie et le blanchiment d'argent (act. 1.1, p. 2).

#### **E. 3.2.1**

a) L'escroquerie se définit, en droit suisse, comme le fait de celui qui, dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime, induit astucieusement en erreur une personne par des affirmations fallacieuses ou par la dissimulation de faits vrais, ou exploite l'erreur dans laquelle se trouve une personne et détermine de la sorte la victime à des actes préjudiciables à ses intérêts pécuniaires ou à ceux d'un tiers (art. 146 ch. 1 CP). L'astuce au sens de cette disposition est réalisée non seulement lorsque l'auteur utilise un édifice de mensonges, des manœuvres frauduleuses ou une mise en scène, mais aussi

lorsqu'il fait de fausses déclarations dont la vérification ne serait possible qu'au prix d'un effort particulier ou ne pourrait raisonnablement être exigée, ou encore lorsque l'auteur dissuade la victime de les contrôler, voire prévoit, d'après les rapports de confiance particuliers qui le lient à la victime, que celle-ci ne les vérifiera pas (ATF 128 IV 18 consid. 3a; 126 IV 165 consid. 2a; 122 IV 146 consid. 3a et les arrêts cités). Il y a notamment manœuvre frauduleuse lorsque l'auteur fait usage de titres falsifiés ou obtenus sans droit ou de documents mensongers (ATF 128 IV 18 consid. 3a).

b) En l'espèce, sur la base des faits exposés dans la demande d'entraide, on ignore en premier lieu en quoi la banque F. aurait commis des actes préjudiciables à ses intérêts pécuniaires. Rien n'indique que les financements accordés par cet établissement bancaire ne se traduisent pas par des

- 8 -

créances correspondantes. Rien n'indique non plus que la banque F. ait effectivement procédé à des rachats d'actifs à prix surfait. En second lieu, la demande d'entraide ne mentionne pas quelle est la nature des «moyens astucieux» déployés par B. pour inciter la banque F. à passer des contrats ou à poser des actes préjudiciables à ses intérêts. Dans ces conditions, il n'est pas possible de vérifier, même de manière minimale, que les éléments constitutifs du dommage, d'une part, et de l'astuce, d'autre part, seraient réalisés. L'autorité d'exécution ne pouvait, partant, considérer la condition de la double incrimination comme satisfaite au regard de l'art. 146 CP.

### **E. 3.2.2**

a) Il reste à examiner ce qu'il en est du blanchiment d'argent. En cas de soupçon de blanchiment, l'autorité requérante n'a pas à indiquer en quoi consisterait l'infraction principale (ATF 129 II 97 consid. 3.2; arrêt du Tribunal fédéral 1A.245/1996 du 6 décembre 1996, consid. 4b). L'autorité requérante n'a pas non plus l'obligation d'apporter nécessairement la preuve de la commission des actes de blanchiment ou de l'infraction principale; de simples éléments concrets de soupçon sont suffisants sous l'angle de la double punissabilité (arrêt du Tribunal fédéral 1A.231/2003 du 6 février 2004, consid. 5.3; CARLO LOMBARDINI, Banques et blanchiment d'argent, Bâle/Genève 2006, p. 53, n. 169). La Suisse doit ainsi pouvoir accorder sa collaboration lorsque le soupçon de blanchiment est uniquement fondé sur l'existence de transactions suspectes. Tel est notamment le cas lorsqu'on est en présence de transactions dénuées de justification apparente, d'utilisation de nombreuses sociétés réparties dans plusieurs pays ou du silence du prévenu quant à l'origine des fonds (ATF 129 II 97 consid. 3.3; MARC FOSTER, Internationale Rechtshilfe bei Geldwäschereiverdacht, RPS 124/2006, p. 282 et les références citées). L'importance des sommes ayant donné lieu à des transactions suspectes constitue également un élément de soupçon de blanchiment (arrêt du Tribunal fédéral 1A.188/2005 du 24 octobre 2005, consid. 2.4; arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2008.11 du 3 juillet 2008, consid. 4.5 et références citées).

b) En l'espèce, la demande d'entraide mentionne plusieurs états de faits supposés avoir donné lieu à des acquisitions successives d'actifs par différentes sociétés contrôlées par des personnes inculpées au Portugal. Au cours de ces transactions, des «valorisations extraordinaires et fictives» auraient été opérées, générant, pour B. notamment, des gains indus, au préjudice de la banque F. L'autorité requérante ne mentionne toutefois pas en quoi la banque F. aurait subi des dommages patrimoniaux, ni comment B. se serait enrichi au

détriment de cet établissement bancaire. La demande d'entraide

- 9 -

ne mentionne pas non plus en quoi les plus-values sur les ventes successives seraient «extraordinaires» ou «fictives». Dans ces conditions, la Cour estime que l'état de faits présenté à l'appui de la demande d'entraide ne fait pas état de transactions suspectes, au sens de la jurisprudence citée plus haut. En l'état, aucun élément n'est présenté pour fonder le soupçon du caractère illicite, ni même suspect des contrats ou des flux financiers décrits dans la demande. L'autorité requise ne saurait tenir des transactions pour suspectes, au sens de la jurisprudence précitée, du simple fait que l'autorité requérante qualifie certaines plus-values sur des ventes d'«extraordinaires» ou «fictives», sans autre forme d'explication. En l'occurrence, faute d'indications plus précises à cet égard, la condition de la double incrimination ne peut pas être tenue pour remplie sous l'angle du blanchiment d'argent ou de quelque autre infraction.

### **E. 3.2.3**

Le recours doit être admis pour ce motif et la décision attaquée annulée.

### **E. 4.1**

La décision relative à l'exécution de la demande d'entraide est de nature administrative (ATF 121 II 93 consid. 3b et les références citées). Elle n'est pas, à l'instar d'un jugement civil ou pénal, revêtue de la force de chose jugée. Partant, elle peut être réexaminée en tout temps, la décision de clôture de la procédure d'entraide ne créant pour le surplus aucun droit subjectif pour les parties (ATF 121 II 93 consid. 3b). Si l'Etat requérant ne peut revenir à la charge pour les mêmes faits et les motifs, en demandant les mêmes mesures (ATF 109 Ib 156 consid. 1b), rien ne l'empêche de compléter ou de réitérer sa demande en se fondant sur des faits nouveaux ou un changement de législation (ATF 112 Ib 215 consid. 4; 111 Ib 242 consid. 6; 109 Ib 156 consid. 3b), de requérir des mesures nouvelles ou encore de demander à l'Etat requis de statuer sur des points laissés indécis dans le cadre d'une décision précédente (arrêt du Tribunal fédéral 1A.290/2000 du 20 février 2001, consid. 2a et les références citées).

### **E. 4.2**

L'autorité compétente peut exiger qu'une demande irrégulière en la forme soit modifiée ou complétée; l'adoption de mesures provisoires n'en est pas touchée pour autant (art. 28 al. 6 EIMP; arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2007.208 du 30 juin 2009, consid. 6). Dans ce cadre, il peut être fixé à l'Etat requérant un délai pour l'obtention de ces informations (v. art. 24 al. 2 du Deuxième Protocole additionnel à la CEEJ et 28 CBI; v. ég. ROBERT ZIMMERMANN, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 3ème éd., Berne 2009, p. 283, n° 304 et les références citées). Aussi, l'OFJ communiquera le contenu du présent arrêt à l'autorité requérante et l'invitera à compléter sa demande dans un délai de quatre mois à compter

- 10 -

de l'entrée en force du présent arrêt. Dans l'intervalle, les principes de célérité et d'économie de la procédure (v. art. 17a al. 1 EIMP) exigent le maintien des mesures d'exécution entreprises par l'autorité d'exécution. La saisie frappant la documentation bancaire litigieuse sera levée, si l'autorité requérante ne complète pas sa demande dans le délai fixé (v. arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2010.177 du 21 octobre 2010).

### **E. 5.1**

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 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). 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).

### **E. 5.2**

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 4'000.--.

### **E. 6.1**

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).

### **E. 6.2**

En l'espèce, le conseil de la recourante n'a pas produit de liste des opérations effectuées. Il n'a pas non plus produit de prise de position devant l'autorité de première instance. Le mémoire de recours comporte 8 pages, y compris la page de garde et la reprise du dispositif de l'ordonnance qu'elle a révisée. La recourante a produit 9 pièces utiles à la cause, totalisant une trentaine de pages, accompagnées d'un bordereau. Vu l'ampleur et la difficulté relatives de la cause, et dans les limites admises par le Règlement du Tribunal pénal fédéral du 31 août 2010 sur les frais, émoluments, dépens,

- 11 -

et indemnités de la procédure pénale fédérale (RFPPF; RS 173.713.162), l'indemnité est fixée ex aequo et bono à CHF 2'000.-- (TVA comprise), à la charge de la partie adverse.

- 12 -

Par ces motifs, la IIe Cour des plaintes prononce:

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