

# **BStGer RR.2011.199 vom 16. Januar 2012**

Bundesstrafgericht, 2012-01-16, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bstger\\_RR.2011.199](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bstger_RR.2011.199)

FR: TPF RR.2011.199 du 16 janvier 2012

IT: TPF RR.2011.199 del 16 gennaio 2012

## **Regeste**

Entraide judiciaire internationale en matière pénale à la Finlande. Remise de moyens de preuves (art. 74 EIMP). Droit d'être entendu; droit de participer à la procédure devant l'autorité d'exécution; levée de l'interdiction de communiquer faite à la banque (consid. 2). Examen de la condition de la double incrimination (consid. 3).

## **Erwägungen**

### **E. 1**

La Confédération suisse et la Finlande sont toutes deux parties à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (CEEJ; RS 0.351.1) entrée en vigueur le 29 avril 1981 pour la Finlande et le 20 mars 1967 pour la Suisse. 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 ces deux Etats. Les dispositions de ces traités l'emportent sur le droit autonome qui régit la matière, soit la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP; RS 351.1) 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 lorsqu'il est plus favorable à l'entraide (ATF 136 IV 82 consid. 3.1; 124 II 180 consid. 1.3; 129 II 462 consid. 1.1; arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2010.9 du 15 avril 2010, consid. 1.3). L'application de la norme la plus favorable doit avoir lieu dans le respect des droits fondamentaux (ATF 135 IV 212 consid. 2.3; 123 II 595 consid. 7c).

- 4 -

### **E. 1.1**

La 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 les autorités cantonales ou fédérales d'exécution et, conjointement, contre les décisions incidentes (art. 25 al. 1 et 80e al. 1 EIMP, mis en relation avec l'art. 37 al. 2 let. a ch. 1 de la loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération [LOAP; RS 173.71] et l'art. 19 du règlement sur l'organisation du Tribunal pénal fédéral [ROTPF; RS 173.713.161]).

### **E. 1.2**

Le délai de recours contre une décision de clôture est de 30 jours dès la communication écrite de la décision (80k EIMP). En l'absence d'une notification formelle, la jurisprudence considère que le délai commence à courir dès la connaissance effective de la décision, pour autant que celle-ci n'ait pas déjà été exécutée (ATF 136 IV 16 consid. 2.3 et la jurisprudence citée). En l'espèce, et en raison de l'absence d'élection de domicile de la

part des recourantes, l'autorité d'exécution a notifié sa décision de clôture à l'établissement bancaire abritant le compte visé par la mesure d'entraide entreprise, et ce conformément à la jurisprudence en la matière (ATF 136 IV 16 consid. 2.2). Dans la mesure où le recours a en tout état de cause été déposé dans les 30 jours à compter de la notification à l'établissement bancaire, la date exacte à laquelle les recourantes ont été averties de l'existence et du contenu de la décision n'est pas relevante aux fins de la présente procédure. Le recours est formé en temps utile.

### **E. 1.3.1**

Selon l'art. 80h let. b EIMP, la qualité pour agir contre une mesure d'entraide judiciaire est reconnue à celui qui est personnellement et directement touché par la mesure d'entraide. La personne visée par la procédure pénale étrangère peut recourir aux mêmes conditions (art. 21 al. 3 EIMP). Aux termes de l'art. 9a let. a OEIMP, est notamment réputé personnellement et directement touché au sens des art. 21 al. 3 et 80h EIMP, en cas d'informations sur un compte, le titulaire du compte dont les documents font l'objet de la décision de clôture.

Sous réserve de l'abus de droit, l'ayant droit économique d'une personne morale a exceptionnellement qualité pour recourir lorsque cette personne morale apparaît dans les pièces comptables comme la seule titulaire du compte et qu'elle a été dissoute après l'ouverture du compte, de sorte qu'elle n'est plus capable d'agir (ATF 123 II 153 consid. 2). En pareille hypothèse, il appartient à l'ayant droit de prouver la liquidation, documents officiels à l'appui (arrêts du Tribunal fédéral 1C\_161/2011 du 11 avril 2011,

- 5 -

consid. 1.3; 1A.212/2001 du 21 mars 2002, consid. 1.3.2; 1A.10/2000 du 18 mai 2000, consid. 1e; 1A.131/1999 du 26 août 1999, consid. 3 et 1A.236/1998 du 25 janvier 1999, consid. 1b/bb) et la liquidation ne doit pas s'avérer abusive. La liquidation est abusive lorsqu'elle est intervenue, sans raison économique apparente, dans un délai proche de l'ouverture de l'action pénale dans l'Etat requérant (arrêt du Tribunal fédéral 1A.10/2000 du 18 mai 2000, consid. 2). Il faut en outre que l'acte de dissolution indique clairement l'ayant droit comme son bénéficiaire (arrêt du Tribunal fédéral 1A.84/1999 du 31 mai 1999, consid. 2c). Ces conditions doivent être remplies, sous peine d'irrecevabilité. Ainsi, la qualité pour recourir sera déniée au recourant qui se borne à produire un extrait du registre du commerce de la société dissoute, sans fournir quelque indication que ce soit susceptible d'établir qu'il est habilité à disposer effectivement des comptes faisant l'objet de l'ordonnance querellée (arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2009.151-154 du 11 septembre 2009, consid. 1.3.2).

### **E. 1.3.2**

En l'espèce, il appert que l'unique titulaire du compte en question est la société B. (dossier MP-VD, pièce 12 et annexes). Il ne ressort pas du dossier – et les recourantes ne l'allèguent d'ailleurs aucunement – que la société aurait été dissoute après l'ouverture du compte. Dans ces conditions, et au vu des principes rappelés au considérant précédent, seule ladite société est habilitée à recourir contre la remise à l'autorité requérante des documents relatifs à ce compte. Les recours de l'ayant droit économique (A.; dossier MP-VD, pièce 12/4) et de la destinataire de la correspondance relative audit compte (C.; dossier MP-VD, pièce 12/6) sont partant irrecevables.

## **E. 2**

Par un grief d'ordre formel qu'il convient d'examiner en premier lieu, la recourante reproche à l'autorité d'exécution d'avoir violé son droit d'être entendue, en ce sens que l'interdiction faite à la banque de communiquer les mesures d'exécution ordonnées l'aurait empêchée de participer à la procédure devant le MP-VD (act. 1, p. 7 ss; act. 12, p. 2 s.).

### **E. 2.1**

Le droit du particulier de s'exprimer avant qu'une décision le concernant ne soit prise découle de son droit d'être entendu (arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2009.294, consid. 3.1.1). Il en va de même du droit du particulier de recevoir la décision qui le concerne (ATF 124 II 124 consid. 2a p. 127; 107 Ib 170 consid. 3 p. 175/176, et les arrêts cités). En application de ce principe et en vertu de l'art. 80m EIMP, les décisions de l'autorité d'exécution sont notifiées à l'ayant droit domicilié en Suisse (let. a) et à l'ayant droit résidant à l'étranger qui a élu domicile en Suisse (let. b). Selon l'art. 9 OEIMP, la partie qui habite à l'étranger ou son mandataire doit désigner un

- 6 -

domicile de notification en Suisse (1re phr.). A défaut, la notification peut être omise (2e phr.). Par ailleurs, le détenteur d'informations a le droit, selon l'art. 80n EIMP, d'informer son mandant de l'existence de la demande d'entraide, à moins d'une interdiction faite à titre exceptionnel par l'autorité compétente. Lorsque l'autorité compétente s'adresse à une banque pour obtenir les documents nécessaires à l'exécution d'une requête d'entraide judiciaire, elle doit notifier à l'établissement bancaire sa décision d'entrée en matière, puis sa décision de clôture, quel que soit le domicile du titulaire du compte visé. Lorsque le titulaire est domicilié à l'étranger, c'est à la banque qu'il appartient d'informer son client afin de permettre à celui-ci d'élire domicile et d'exercer en temps utile le droit de recours qui lui est reconnu selon les art. 80h let. b EIMP et 9a let. a OEIMP (cf. arrêt du Tribunal fédéral 1A.36/2006 du 29 mai 2006, consid. 3.3; ROBERT ZIMMERMANN, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 3e éd., Berne 2009, n° 321 note 638). Le droit dont disposent les parties d'assister à l'exécution de la demande d'entraide dans la mesure où ces actes les touchent directement, ne les exempte pas d'élire un domicile de notification en Suisse (arrêt du Tribunal fédéral 1A.107/2006 du 10 août 2006, consid. 2.5.1; ROBERT ZIMMERMANN, op. cit., no 484).

Lorsque le compte bancaire a été clôturé, on ignore en principe si le titulaire a conservé des relations avec la banque, et s'il subsiste encore un devoir de renseigner. Il n'en demeure pas moins que les décisions doivent être notifiées à l'établissement bancaire détenteur des documents, à charge pour ce dernier de décider s'il entend faire usage de la faculté que lui reconnaît l'art. 80n EIMP. Dans certaines circonstances, la banque dispose d'ailleurs d'un droit de recours propre (ATF 128 II 211) dont elle ne peut, elle aussi, faire usage qu'après notification des décisions. Il en découle que la transmission de pièces remises par une banque ne peut avoir lieu qu'après notification de la décision de clôture à l'établissement bancaire (arrêt du Tribunal fédéral 1A.132/2004 du 5 août 2004, consid. 2).

### **E. 2.2**

L'ordonnance de clôture querellée ne mentionne aucunement la question de la levée de l'interdiction de communiquer faite aux banques, et dite levée n'a pas non plus fait l'objet de décision formelle de la part de l'autorité d'exécution avant la notification de cette ordonnance de clôture. La recourante estime que pareil procédé l'aurait privée de son droit

de s'exprimer devant l'autorité d'exécution, et qu'au vu de la gravité de la violation ainsi subie, le vice ne saurait être guéri par devant la Cour de céans, la décision entreprise devant ainsi être annulée.

- 7 -

Dans sa prise de position sur le recours, le MP-VD explique que l'interdiction de communiquer n'a effectivement jamais été formellement levée du fait d'un «oubli regrettable» (act. 7). Selon cette autorité toutefois, l'interdiction de communiquer ne concernait que la décision d'entrée en matière et – n'ayant pas été réitérée –, n'était donc pas applicable à la décision de clôture (ibidem). Les banques destinataires des diverses ordonnances l'avaient d'ailleurs bien compris, et l'on ne pouvait en définitive considérer que le droit d'être entendue de la recourante avait été violé (ibidem).

### **E. 2.3**

En l'espèce, l'autorité d'exécution a, en date du 22 décembre 2010, rendu une «décision d'entrée en matière», ainsi qu'une ordonnance d'exécution. Toutes ont été adressées notamment à l'établissement bancaire abritant le compte de la recourante, cette dernière étant domiciliée à l'étranger.

Comme relevé plus haut, la décision d'entrée en matière prévoit expressément que l'interdiction de communiquer imposée à l'institut bancaire «sera levée, par écrit, en temps utile» (v. supra let. C). Quant à l'ordonnance d'exécution, elle précise pour sa part que l'interdiction d'informer en question est valable «durant trois mois à compter de l'expédition de l'entier de la documentation réclamée» (v. supra let. D).

A cet égard, même si le MP-VD n'a jamais levé l'interdiction de communiquer selon les formes annoncées dans sa décision d'entrée en matière et indique qu'il s'agirait là d'un «oubli regrettable» (act. 7), il appert au vu des éléments soumis à la Cour de céans que ladite interdiction a cessé – d'elle-même – de déployer ses effets par l'écoulement du délai de trois mois qui a suivi l'expédition, par la banque, de l'entier de la documentation réclamée. En effet, l'ordonnance d'exécution notifiée par le MP-VD à la banque abritant le compte de la recourante l'a été sur la base de la décision d'entrée en matière; ce faisant, il y a lieu de considérer que la mention relative à la durée de l'interdiction de communiquer figurant dans ladite ordonnance (v. supra let. D) constitue une précision apportée au chiffre 6 de la décision d'entrée en matière quant à la durée et à la levée de l'interdiction.

L'expédition des documents requis étant intervenue le 3 janvier 2011 (dossier MP-VD, pièce 12), il y a lieu de retenir que l'interdiction d'informer a cessé de déployer ses effets trois mois plus tard (v. supra let. D), soit à compter du 4 avril 2011. L'établissement bancaire abritant le compte de la recourante était dès lors en mesure d'informer sa cliente à compter de cette date, soit plus de trois mois avant que l'autorité d'exécution ne rende la décision de clôture querellée. Dût-il avoir éprouvé un doute sur ce point, il lui incombait de le lever en s'adressant à l'autorité d'exécution. La recou-

- 8 -

rante ne peut rien déduire en sa faveur du fait que tel ne semble pas avoir été le cas. Quoiqu'il en soit, même si une violation du droit d'être entendu avait dû être retenue, la procédure de recours devant la Cour des plaintes en aurait permis la réparation (art. 49 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative [PA; RS 172.021]; arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2011.93 du 28 juin 2011, consid. 2.4; arrêt du Tribunal fé-

déral1A.228/2006 du 11 décembre 2006, consid. 3.3; ROBERT ZIMMER- MANN, op. cit., n° 486 in fine et les arrêts cités).

Le grief tiré de la violation du droit d'être entendu se révèle partant mal fondé.

### **E. 3**

Sur le fond, la recourante estime que la double incrimination, condition sine qua non de l'octroi de l'entraide, ne serait pas réalisée en l'espèce (act. 14, p. 5 ss).

#### **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).

- 9 -

#### **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).

#### **E. 3.2.1**

En l'espèce, la demande d'entraide a été présentée pour la répression des chefs d'escroquerie et d'escroquerie qualifiée au sens de l'art. 36 par. 1 et 2 du code pénal finlandais. L'autorité requérante expose que les prévenus visés par l'enquête finlandaise auraient, en 2008 et 2009, vendu à des sociétés et des collectivités des adresses internet dont le libellé était similaire à celui que ces dernières utilisaient déjà, à la différence que les terminaisons offertes étaient internationales, soit «.com» ou «.org». Selon la demande d'entraide, les prévenus auraient donné – lors d'entretiens téléphoniques – la fausse impression que l'adresse mise en vente était susceptible d'être acquise par d'autres entités intéressées. Le prix indiqué par les vendeurs se montait à EUR 195.--, lequel serait sensiblement plus élevé que le prix habituel pour une telle transaction, car selon un spécialiste finlandais, le «juste» prix serait de EUR 20.-- à l'année. Toujours selon l'autorité requérante, certaines sociétés seraient allées jusqu'à payer plus de EUR 4'000.--, pour acquérir l'un des noms de domaines ainsi proposés. Par ailleurs, les victimes de ces agissements n'auraient eu aucun moyen de vérifier les allégations des vendeurs selon lesquelles plusieurs autres personnes étaient intéressées par la même adresse. L'autorité d'exécution a tenu la condition de la double incrimination pour réalisée au regard des alinéas 1 et 2 de l'art. 146 CP, réprimant l'escroquerie et l'escroquerie qualifiée (dossier MP-VD, onglet «décisions», décision d'entrée en matière, p. 2).

- 10 -

### **E. 3.2.2**

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). En tout état de cause, il convient toujours de se demander si la dupe, en faisant preuve d'un minimum d'attention, pouvait éviter facilement d'être trompée (ATF 122 IV 205 consid. 3d).

b) En l'espèce, les faits exposés dans la demande d'entraide ne permettent pas de retenir que le procédé mis en place par les prévenus serait «astucieux» au sens qui vient d'être rappelé. En effet, il appert qu'un minimum de précautions de la part des sociétés et collectivités acheteuses aurait été de nature à leur éviter d'être trompées sur les prix demandés pour l'utilisation des noms de domaine en question. La simple consultation, par le biais d'un moteur de recherche internet, des nombreux sites consacrés au prix annuel moyen d'un nom de domaine aux terminaisons «.org» ou «.com», indique que ce prix se situe aux environs de CHF 30.-- (v. notamment act. 14.1 à 14.7), soit qu'il est très largement inférieur aux EUR 195.-- demandés par les prévenus (v. supra consid. 3.2.1). Or on est en droit d'attendre de sociétés ou de collectivités – présentes sur le réseau internet

puisque disposant de et utilisant déjà une adresse internet (dossier MP-VD, pièce 6, p. 1) – qu’elles fassent preuve d’un minimum de prudence au moment de s’engager envers un nouveau partenaire contractuel, et qu’elles se renseignent un tant soit peu sur la justesse du prix figurant dans l’offre. Il découle de ce qui précède que la condition de l’astuce ne paraît pas réalisée en l’espèce et que l’autorité d’exécution ne pouvait, partant, considérer la condition de la double incrimination comme satisfaite au regard de l’art. 146 CP.

- 11 -

### **E. 3.3**

Le recours doit être admis pour ce motif et la décision attaquée annulée. L’entraide requise est partant refusée.

### **E. 3.4**

Le dossier est retourné à l’autorité d’exécution, laquelle est invitée à remettre les pièces saisies aux ayants droit.

### **E. 4**

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 PA, applicable par renvoi de l’art. 39 al. 2 let. b LOAP). Le montant de l’émolument est calculé en fonction de l’ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties, de leur situation financière et des frais de chancellerie (art. 73 al. 2 LOAP). A. et C., dont les recours se sont révélés irrecevables, supporteront solidairement les frais du présent arrêt, lesquels sont fixés à CHF 2'000.-- (art. 73 al. 2 LOAP et art. 8 al. 3 du règlement du Tribunal pénal fédéral sur les frais, émoluments, dépens, et indemnités de la procédure pénale fédérale [RFPPF; RS 173.713.162] et art. 63 al. 5 PA), couverts par l’avance de frais déjà versée. La caisse du Tribunal pénal fédéral restituera en définitive CHF 3'000.-- aux recourantes.

### **E. 5.1**

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. 5.2**

En l’espèce, concernant le recours de la société B., le conseil des recourantes n’a pas produit de liste des opérations effectuées. 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, 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 l’autorité d’exécution.

- 12 -