



Arrêt du 14 juillet 2010
Ile Cour des plaintes

Composition

Les juges pénaux fédéraux Cornelia Cova, présidente, Giorgio Bomio et Nathalie Zufferey, le greffier Philippe V. Boss

Parties

1. La société A.,

2. la société B.,

toutes deux représentées par Me Marc Bonnant, avocat,

recourantes

contre

JUGE D'INSTRUCTION DU CANTON DE GENÈVE,
partie adverse

Objet

Entraide judiciaire internationale en matière pénale à la Belgique

Remise de moyens de preuves (art. 74 EIMP)

Faits:

- A.** Le 31 mars 2008, le Juge d'instruction du Tribunal d'Anvers (Belgique) a adressé à la Suisse une demande d'entraide judiciaire dans le cadre d'une enquête pénale dirigée contre C. et sa société D. spécialisée dans le transport de diamants. La requête du 31 mars 2008 faisait suite à des commissions rogatoires transmises par le magistrat belge les 21 septembre 2005, 15 novembre 2005, 31 juillet 2006, 18 octobre 2006, 15 janvier 2007 et 26 octobre 2007. Certaines de ces requêtes ont déjà été exécutées ensuite, notamment, de l'arrêt du Tribunal fédéral du 24 septembre 2007 (1A.54-57/2007) et de différents arrêts du Tribunal pénal fédéral (RR.2007.177 du 18 décembre 2007; RR.2007.171 du 25 février 2008; RR.2009.89-90/100-101 du 3 décembre 2009 et RR.2009.68/75/88/93/98/99/113-114/173 du 20 janvier 2010).
- B.** Il ressort des requêtes des 26 octobre 2007 et 31 mars 2008 que C. et sa société auraient mis en place un mécanisme complexe d'importations illicites pour délivrer à des diamantaires anversoises des diamants en provenance d'Israël, après une hausse substantielle de valeur inexplicable pendant un court transit aux Ports-Francs de Genève. L'enquête a d'une part établi que trois sociétés disposant d'une boîte postale aux Ports-Francs à Genève et dont le nom a été caviardé par l'autorité requise ont envoyé à la société E. à Anvers, entre les 6 avril 2003 et 22 février 2004, un total de quinze lots de diamants bruts munis d'un certificat Kimberley, lesquels avaient été facturés à la société A. Il ressort de la commission rogatoire que la valeur de trois de ces lots a augmenté de USD 10 mio environ entre l'entrée et la sortie des Ports-Francs de Genève sans qu'on y trouve d'explication. Cette hausse équivaldrait à une augmentation du prix de 350%. L'enquête a d'autre part permis d'établir que la société belge F. aurait importé à Anvers, entre les 27 mars 2003 et 19 avril 2004, huit lots de diamants bruts, payés sur le compte n° 1 ouvert dans les livres de la banque G. par la société A., société offshore sise à Genève. La commission rogatoire indique que la valeur de cette marchandise aurait également été artificiellement augmentée lors de son bref passage à Genève. Par sa commission rogatoire, le Juge d'instruction belge a requis les autorités suisses de procéder au blocage de tous comptes, valeurs, avoirs et coffres de la société A. auprès de la banque G. et de saisir tous les documents d'ouverture et histoires de tous les comptes identifiés sur la période portant du 1^{er} janvier 2001 au jour de la demande.

- C.** Par ordonnance d'entrée en matière du 7 juillet 2008, le Juge d'instruction du canton de Genève a déclaré admissible la demande d'entraide du 31 mars 2008. Par ordonnance du 19 juillet 2008, il a ordonné la saisie de la documentation bancaire du compte n° 1 ouvert par la société A. auprès de la banque G., à savoir la documentation d'ouverture (notamment formules A, signatures et profils client) et un état des avoirs. Le blocage des avoirs n'a pas été ordonné. La banque G. a donné suite à cette ordonnance en date du 6 août 2008, a remis au Juge d'instruction l'ensemble de la documentation demandée et a informé ce dernier que la société A. était également partiellement ayant droit économique du compte n° 2 détenu par la société B.
- D.** Par ordonnance de clôture partielle du 13 février 2009, notifiée à Me BONNANT en date du 16 février 2009, le Juge d'instruction a décidé de transmettre aux autorités belges la documentation d'ouverture de compte de la société A. saisie en mains de la banque G. (demande d'ouverture et annexes, formule A, signatures et profil client), la formule A pour la société B. et le courrier de la banque G. du 6 août 2008 au Juge d'instruction.
- E.** Par acte du 18 mars 2009, les sociétés A. et B. forment recours contre l'ordonnance du 13 février 2009. Elles concluent à son annulation. Par réponse du 30 avril 2009, le Juge d'instruction a conclu au rejet du recours et a remis son dossier à la Cour de céans. L'Office fédéral de la justice s'est rallié à la décision du Juge d'instruction.
- F.** Le 3 juin 2009, la IIe Cour des plaintes a restitué le dossier au Juge d'instruction afin que celui-ci invite les recourantes à consulter toutes les pièces y relatives pouvant être nécessaires à la défense de leurs intérêts. Le 31 juillet 2009, le Juge d'instruction a informé Me BONNANT qu'il constatait que ces pièces lui avaient été remises. Il lui a encore adressé des copies caviardées des premières demandes d'entraide, puis a retourné le dossier à la Cour de céans. Les recourantes ont répliqué le 11 septembre 2009.

Les arguments et moyens de preuve invoqués par les parties seront repris si nécessaire dans les considérants en droit.

La Cour considère en droit:

1.
 - 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.
 - 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).
2. Déposé dans le délai de 30 jours après la notification de l'ordonnance querrellée, le recours 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). La qualité pour s'opposer à la transmission de documents appartient au titulaire du compte bancaire dont les pièces sont saisies (art. 80h let. b EIMP et 9a let. a OEIMP; arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2008.270 du 5 décembre 2008, consid. 1.3). Les sociétés A. et B. (ci-après: les recourantes) ont ainsi qualité pour recourir et leur recours est recevable.
3. Les recourantes se plaignent 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 leur 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 dans les arrêts 1A.54-57/2007 du 24 septembre 2007. Elles contestent en outre que les faits décrits sont constitutifs d'une infraction au regard du principe de double incrimination (art. 64 EIMP), mais indiquent 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 les recourantes seraient impliquées ne serait nullement démontré.

- 3.1** 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).
- 3.2** 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

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 du 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-Francs 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. On comprend de la commission rogatoire du 31 mars 2008 que, sur la base de procurations et factures établies par C. au nom des mêmes sociétés *offshore*, les formalités administratives liées à l'exportation, notamment les certificats Kimberley, étaient réalisées à Genève.

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.

- 3.3** 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 serait 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 requérante à fournir le texte des dispositions légales applicables, il eût certainement été de secours au juge de l'entraide de pouvoir les connaître, notamment afin de déterminer la réalisation de la condition de la double punissabilité. 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 examinée. Il y a ici une lacune importante dans la demande d'entraide.
 - 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 important 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 contribution*. Or la demande n'en fait nullement état. Plus que cela, rien ne permet 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 I. 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 valeur lors d'une réunion organisée en 2003. Cet office semble n'y avoir donné 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 diamants bruts [RS 946.231.11]). De même, l'objectif du processus de Kimberley 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 valeur 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 subséquentement au regard de la jurisprudence suisse rendue au sujet de la «tromperie astucieuse» d'une escroquerie fiscale.
- 3.4** 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 demande doit être tenue pour insuffisamment étayée et non conforme aux art. 14 CEEJ et 28 EIMP. Pour cette raison, le recours des sociétés A. et B. doit être admis, l'ordonnance de clôture du 13 février 2009 annulée et l'entraide refusée. Les pièces mentionnées par l'ordonnance querellée ne pourront être transmises à la Belgique.
- 3.5** 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.

4. Compte tenu de l'issue du recours, nul n'est besoin d'examiner l'autre moyen développé par les recourantes, soit la proportionnalité de la mesure. Par ailleurs, la conclusion en restitution à la banque G. des documents saisis est irrecevable, en tant que les recourantes ne détaillent pas l'intérêt qu'elles y auraient. Elles n'indiquent en effet pas que ces documents seraient des originaux.

5. Le présent arrêt est rendu sans frais (art. 63 al. 1 et 2 PA). L'avance de frais de CHF 6'000.-- est restituée aux sociétés A. et B. par la caisse du Tribunal pénal fédéral.

Aucun frais n'est mis à la charge des autorités inférieures (art. 63 al. 2 PA).

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 2'000.-- (TVA incluse) est allouée aux sociétés A. et B., à charge du Juge d'instruction.

Par ces motifs, la IIe Cour des plaintes prononce:

1. Le recours des sociétés A. et B. est admis.
2. L'ordonnance de clôture du Juge d'instruction du canton de Genève du 13 février 2009 est annulée.
3. L'entraide est refusée.
4. L'arrêt est rendu sans frais. L'avance de frais par CHF 6'000.-- est restituée aux sociétés A. et B. par la caisse du Tribunal pénal fédéral.
5. Une indemnité de dépens de CHF 2'000.-- (TVA incluse) est allouée aux sociétés A. et B. à charge du Juge d'instruction du canton de Genève.

Bellinzone, le 15 juillet 2010

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

La présidente:

Le greffier:

Distribution

- Me Marc Bonnant, avocat
- Juge d'instruction du canton de Genève
- Office fédéral de la justice, Unité Entraide judiciaire

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).