

Bundesstrafgericht
Tribunal pénal fédéral
Tribunale penale federale
Tribunal penal federal



Numéro de dossier: RR.2011.232-234

Arrêt du 12 octobre 2011

Ile Cour des plaintes

Composition

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

Parties

La société A.,

La société B.,

La société C.,

représentées par Me Alexander Troller, avocat,

recourantes

contre

MINISTÈRE PUBLIC DU CANTON DE GENÈVE,

partie adverse

Objet

Entraide judiciaire internationale en matière pénale
au Portugal

Transmission de moyens de preuve (art. 74 EIMP)

Faits:

- A.** Le 9 mars 2010, le Procureur de la République du Département central d'enquête et de poursuite pénale de Lisbonne (Portugal) a adressé aux autorités suisses une demande d'entraide internationale, dans le cadre d'une enquête pénale ouverte notamment contre D. La demande tendait notamment à l'obtention de la documentation relative aux comptes ouverts au nom des sociétés A., B. et C. auprès de la banque E. à Z. et dont les numéros IBAN sont fournis (act. 2, pièce 2).

Le 14 mai 2010, l'Office fédéral de la justice (ci-après: OFJ) a délégué l'exécution de la demande d'entraide portugaise au Juge d'instruction du canton de Genève (à partir du 1^{er} janvier 2011, Ministère public du canton de Genève, ci-après: l'autorité d'exécution ou MP-GE). Dans ce cadre, ce magistrat a notamment ordonné, en date du 18 juin 2010, la perquisition et la saisie de la documentation relative aux comptes ouverts au nom des sociétés A., B. et C. dans les livres de la banque E. (act. 2, pièce 4). Par ordonnance de clôture du 12 octobre 2011, l'autorité d'exécution a décidé de transmettre cette documentation à l'autorité requérante. Les sociétés A., B. et C. ont recouru contre cette ordonnance en date du 15 novembre 2010, motif pris qu'elles n'avaient pas pu participer à dite procédure (act. 2, pièce 12).

- B.** Par arrêt du 28 mars 2011 rendu sur recours d'une autre personne concernée par la demande d'entraide, le Tribunal pénal fédéral a annulé une ordonnance de clôture prise par l'autorité d'exécution dans cette même procédure et enjoint l'OFJ à communiquer le contenu dudit arrêt à l'autorité requérante ainsi qu'à inviter cette dernière à compléter sa demande dans un délai de quatre mois à compter de l'entrée en force dudit arrêt. La Cour de céans avait alors considéré que la demande n'était pas suffisamment étayée pour permettre d'apprécier la condition de la double incrimination (arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2010.259 du 28 mars 2011).

- C.** Par arrêt du 15 juin 2011, la Cour de céans a admis le recours formé le 15 novembre 2010 par les sociétés A., B. et C. et annulé l'ordonnance de clôture du 12 octobre 2010 en raison d'un vice relatif à la notification de la décision (arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2010.264-266 du 15 juin 2011). Après avoir repris l'instruction de la cause, l'autorité d'exécution a interpellé les parties qui se sont déterminées et opposées à la requête d'entraide par courrier du 25 juillet 2011 (act. 2, pièce 17).

- D.** Par ordonnance de clôture du 27 juillet 2011, l'autorité d'exécution a décidé de transmettre à l'autorité requérante divers documents bancaires relatifs aux comptes ouverts par les sociétés A., B. et C. dans les livres de la banque E., ordonnance notifiée à leur conseil commun Me Alexander TROLLER (act. 2, pièce 18). Ces sociétés ont recouru par mémoire du 29 août 2011 par lequel elles demandent l'annulation de l'ordonnance querellée (act. 1). L'autorité d'exécution a fourni son dossier et conclu au rejet du recours le 28 septembre 2011 (act. 7). Le 6 octobre, l'OFJ a conclu à l'admission du recours, au vu de l'arrêt de la Cour de céans RR.2010.259 du 28 mars 2011 (act. 8).
- E.** Par fax du 10 octobre 2011, l'OFJ a transmis au MP-GE un complément de requête d'entraide formé le 2 août 2011 par l'autorité requérante et en a transmis copie pour information à la Cour (act. 9).

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. 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) et par le Deuxième Protocole additionnel à la CEEJ (RS 0.351.12). 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). 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. Pour le surplus, 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 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 et art. 39 CBI). L'applica-

tion de la norme la plus favorable (principe dit «de faveur») doit avoir lieu dans le respect des droits fondamentaux (ATF 135 IV 212 consid. 2.3).

- 1.1** En vertu de l'art. 37 al. 2 let. a de la loi fédérale 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 EIMP et 19 al. 2 du règlement 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.
- 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 une mesure d'entraide et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (v. ATF 137 IV 134 consid. 5 et renvois). 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 aux sociétés A., B. et C. (ci-après: les recourantes), en tant que titulaires des comptes touchés 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).
- 2.** A titre liminaire, il y a lieu de relever que le complément de requête d'entraide du 2 août 2011 adressé par l'autorité requérante et transmis à la Cour par l'OFJ en date du 10 octobre 2011 (act. 9) doit encore faire l'objet d'une décision de clôture de l'autorité d'exécution (art. 80d EIMP). Elle ne saurait dès lors être appréciée dans le cadre du présent recours.
- 3.** Les recourantes estiment 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 D.
- 3.1** 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).

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).

- 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 (ci-après: CP-Po), d'infidélité (art. 224 CP-Po) et de blanchiment (art. 368-A CP-Po). 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 D. «Par l'emploi de plusieurs moyens astucieux», la banque F. aurait été menée à financer des achats d'actifs par D. ou des sociétés contrôlées par lui (act. 2, pièce 2, p. 3). Ces actifs étaient ensuite vendus, pour une valeur supérieure, à d'autres entités, tou-

jours grâce au financement de la banque F. (act. 2, pièce 2, 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. 2, pièce 2, p. 3). La «chaîne d'affaires» ainsi décrite aurait engendré un préjudice pour la banque F., à hauteur de plusieurs millions d'euros (act. 2, pièce 2, p. 4). Les sommes dégagées de ces transactions auraient ensuite été reversées notamment sur les comptes détenus par les recourantes dans les livres de la banque E. (act. 2, pièce 2, p. 5). Dans l'ordonnance de clôture querellée, l'autorité d'exécution a estimé que les faits décrits dans la demande d'entraide pouvaient, *prima facie*, être constitutifs d'escroquerie et de blanchiment d'argent (act. 2, pièce 18, p. 3).

- 3.2.1** 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 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 créances correspondantes. Rien n'indique non plus que la banque F. aurait 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 D. 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, si les éléments constitutifs du dommage, d'une part, et de l'astuce, d'autre part, sont réalisés. L'autorité d'exécution ne pouvait, partant, considérer la condition de la double incrimination comme satisfaite au regard de l'art. 146 CP.

3.2.2 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).

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 D. 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 D. se serait enrichi au détriment de cet établissement bancaire. La demande d'entraide 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.

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

- 4.** 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 mêmes 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).

Le dossier est retourné à l'autorité d'exécution pour nouvelle décision notamment sur la base de la requête d'entraide complémentaire formée le 2 août 2011 par l'autorité requérante.

- 5.** 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 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).

En application de ces principes, le présent arrêt doit être rendu sans frais. La caisse du Tribunal pénal fédéral restituera aux recourantes l'avance de frais versée par CHF 4'000.--.

6. 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, le conseil des recourantes n'a pas produit de liste des opérations effectuées. Le mémoire de recours comporte 10 pages, y compris la page de garde et la reprise du dispositif de l'ordonnance querellée. Les recourantes ont produit 18 pièces dont un certain nombre déjà connues de la Cour dans le cadre de l'arrêt RR.2010.264-266. Vu l'ampleur et la difficulté relatives de la cause, et dans les limites admises par le règlement du Tribunal pénal fédéral 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 la partie adverse.

Par ces motifs, la Ite Cour des plaintes prononce:

1. Le recours est admis. L'ordonnance de clôture querellée est annulée.
2. Le dossier est retourné à l'autorité d'exécution pour nouvelle décision.
3. Le présent arrêt est rendu sans frais. La caisse du Tribunal pénal fédéral restituera aux recourantes l'avance de frais effectuée par CHF 4'000.--.
4. Une indemnité de CHF 2'000.-- (TVA comprise) est allouée aux recourantes, à la charge de la partie adverse.

Bellinzone, le 12 octobre 2011

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

La présidente:

Le greffier:

Distribution

- Me Alexander Troller, avocat
- Ministère public 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).