

Bundesstraengericht

Tribunal p6nal f6d6ral

Tribunale penale federale

Tribunal penal federal



Num6ro de dossier: RR.2011.238

Arr6t du 29 novembre 2011 Ile Cour des plaintes

Composition

Les juges p6naux f6d6raux Cornelia Cova, pr6sidente, Roy Garr6 et Jean-Luc Bacher,
le greffier Philippe V. Boss

Parties

A., repr6sent6 par Me Mauro Poggia, avocat,
recourant

contre

MINIST6RE PUBLIC DU CANTON DE GEN6VE,
partie adverse

Objet

Entraide judiciaire internationale en mati6re p6nale 6
la R6publique fran7aise

Remise de moyens de preuve (art. 74 EIMP)

Faits:

- A.** Par commissions rogatoires internationales des 1^{er} décembre 2010 et 28 janvier 2011, le Juge d'instruction près le Tribunal de Grande Instance de Bourg-en-Bresse (France) (ci-après: l'autorité requérante) a requis les autorités suisses de lui adresser la documentation bancaire du compte détenu par A. dans les livres de la banque B. à Genève (act. 1.2 et 1.3). L'autorité requérante mène une enquête à l'encontre de A. du chef de blanchiment d'argent. Le 15 mars 2011, le Ministère public du canton de Genève (ci-après: MP-GE) a décidé d'entrer en matière sur dites requêtes et a ordonné les mesures requises, complétées le 7 avril 2011 (dossier du MP-GE, rubriques «Admissibilité» et «Exécution»). Par courrier du 23 mars 2011, la banque B. a adressé la documentation bancaire des comptes 1 et 2 (dossier du MP-GE, rubrique «Exécution»). A. a été entendu par le MP-GE le 1^{er} juillet 2011 (act. 6.1). Suite à un tri effectué le 6 juillet 2011 en présence des représentants de l'autorité requérante (dossier du MP-GE, rubrique «Exécution») et après avoir reçu les déterminations de A. (act. 1.7), le MP-GE a, par ordonnance de clôture du 10 août 2011, décidé de transmettre la documentation d'ouverture, les relevés et les avis du compte 2 détenu par A. dans les livres de la banque B. (act. 1.8).
- B.** Par mémoire du 12 septembre 2011, A. recourt contre cette décision dont il demande l'annulation (act. 1). Par écrits des 3 et 14 octobre 2011, le MP-GE et l'Office fédéral de la justice (ci-après: OFJ) concluent au rejet du recours (act. 6 et 7).

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

La Cour considère en droit:

- 1.** L'entraide judiciaire entre la République française et la Confédération suisse est prioritairement régie par la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (CEEJ; RS 0.351.1), ainsi que par l'Accord bilatéral complétant cette convention (RS 0.351.934.92; ci-après: l'Accord bilatéral).
- 1.1** 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 sep-

tembre 2000, p. 19 à 62) s'appliquent également à l'entraide pénale entre la Suisse et la France (v. arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2008.98 du 18 décembre 2008, consid. 1.3). Peut également s'appliquer en l'occurrence la Convention européenne relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (CBI; RS 0.311.53).

Dans les relations d'entraide avec la République française, les dispositions pertinentes de l'Accord de coopération entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, pour lutter contre la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte à leurs intérêts financiers (ci-après: l'Accord anti-fraude; RS 0.351.926.81; v. également FF 2004 5807 à 5827 et 6127 ss) sont également applicables. En effet, bien qu'il ne soit pas encore en vigueur, en vertu de son art. 44 al. 3, l'Accord anti-fraude est applicable entre ces deux Etats à compter du 8 avril 2009.

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 principe du 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; art. 39 CBI). 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).

- 1.2** 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.
- 1.3** Aux termes de l'art. 80h let. b EIMP, a qualité pour recourir en matière d'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. Précisant cette disposition, l'art. 9a let. a OEIMP reconnaît au titulaire d'un compte bancaire la qualité pour recourir contre la remise à l'Etat requérant d'informations relatives à ce compte (v. aussi ATF 137 IV 134 consid. 5.2.1 et les références citées). Revêtant cette qualité s'agissant

du compte 2 visé par la décision querellée, A. (ci-après: le recourant) a qualité pour s'opposer à la transmission des documents concernés.

1.4 Formé dans les 30 jours à compter de la notification de la décision de clôture, le recours est interjeté en temps utile (art. 80k EIMP).

2. Le recourant considère que la requête d'entraide poursuit un but fiscal. La requête française n'établirait aucun état de fait susceptible de constituer une infraction de droit commun. Ainsi, sans l'indiquer clairement, le recourant estime que la condition de la double incrimination n'est pas réalisée.

2.1 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 saisie et la transmission de documents bancaires constituent des mesures de contrainte au sens de l'art. 63 al. 2 let. c et d EIMP, qui ne peuvent être ordonnées, selon l'art. 64 al. 1 EIMP, que si l'état de fait exposé dans la demande correspond 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; 117 Ib 64 consid. 5c; 116 Ib 89 consid. 3c/bb; 112 Ib 576 consid. 11 b/bb). 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 pour lesquels l'entraide est octroyée (ATF 124 II 184 consid. 4b/cc; 117 Ib 337 consid. 4a; 112 Ib 225 consid. 3c et les arrêts cités).

Lorsque l'autorité étrangère adresse une requête d'entraide aux fins d'appuyer une enquête menée du chef de blanchiment d'argent, elle ne doit pas nécessairement apporter la preuve de la commission des actes de blanchiment ou de l'infraction préalable; de simples éléments concrets de soupçon sont suffisants sous l'angle de la double punissabilité (arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2008.8 du 23 juillet 2008, consid. 2.2.2 et les références citées; v. ég. ROBERT ZIMMERMANN, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 3^{ème} éd., Berne 2009, p. 554, n. 601). 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 ou d'utilisation de nombreuses sociétés réparties dans plusieurs pays (arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2008.69-72 du 14 août 2008, consid. 3.3 et les références citées). L'importance des sommes mises en cause lors des transactions suspectes constitue également un motif de soupçon de blanchiment. Cette interprétation correspond à la notion d'entraide «la plus large possible» dont il est question aux art. 1 CEEJ, 7 ch. 1 et 8 CBI (v. ATF 129 II 97 consid. 3.2).

- 2.2** En l'espèce, l'enquête menée par l'autorité requérante peut être résumée ainsi: A. exploite, par les sociétés C. et D., un dancing et un centre de détente en France. Entre janvier et juin 2009, des montants de EUR 527'226 en espèce (souvent en coupures de EUR 500.--) et EUR 3'601 en chèques ont été versés sur différents comptes français de ces deux sociétés. L'origine de ces espèces n'a pas pu être déterminée. La société C. est en redressement judiciaire depuis le 17 septembre 2010 et en cessation de paiement depuis le 10 septembre 2010. La décision de clôture querellée retient que les éléments en question constituent *prima facie*, en droit suisse, de nets indices de blanchiment d'argent (art. 305^{bis} CP).
- 2.3** Une telle présentation des faits est insuffisante au regard des règles rappelées ci-dessus. En effet, aux termes de l'art. 305^{bis} CP retenu par le MP-GE dans son examen de la double incrimination, *celui qui aura commis un acte*

propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales dont il savait ou devait présumer qu'elles provenaient d'un crime sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire (v. ég. art. 6 al. 1 CBI). Il convient de rappeler que sont des crimes les infractions passibles d'une peine privative de liberté de plus de trois ans (art. 10 al. 2 CP).

2.3.1 En l'espèce, l'autorité requérante ne fait mention d'aucune disposition légale, ni ne décrit un état de fait permettant de soupçonner la commission d'un crime en amont des potentiels actes de blanchiment décrits. Le simple fait que «l'origine des espèces déposées sur ces comptes bancaires n'a pas pu être déterminée» ne saurait nécessairement emporter le soupçon qu'une infraction pénale passible d'une peine privative de liberté de plus de trois ans a été commise. Ainsi, même en présence de transactions inexpliquées et même si la preuve d'un crime en amont n'est pas exigée, une activité préalable criminelle doit être rendue vraisemblable. Or, l'autorité requérante n'explique pas pour quelles activités criminelles autres que le blanchiment en soi (qui, selon l'art. 324-1 du Code pénal français, est applicable également au produit d'un délit et non seulement d'un crime, donc sans limitation de la gravité de l'infraction préalable) elle s'intéresse pénalement au recourant.

2.3.2 Certes une note rédigée le 6 juillet 2011 par le MP-GE à la suite de la venue à Genève de deux inspecteurs de police français fait état de soupçons de proxénétisme, voire de fraude à l'assurance dans le cadre de l'incendie ayant ravagé le centre de détention (v. dossier du MP-GE, rubrique «Exécution»), qui constitueraient, cas échéant, des crimes dont le produit aurait ensuite été blanchi. Cependant, même à conférer à cette note la qualité d'une demande d'entraide complémentaire, sa teneur n'a pas été reprise dans la décision de clôture querellée de sorte qu'il n'y a pas lieu de la prendre en compte dans l'examen de la double incrimination.

Par ailleurs, en droit suisse, le virement transfrontalier de sommes supérieures à EUR 10'000.-- n'est constitutif d'aucune infraction à ce stade. D'une part, l'Accord anti-fraude a trait à l'entraide octroyée lorsque les infractions en cause portent atteintes aux intérêts financiers respectifs des *parties contractantes* (art. 2 de l'Accord anti-fraude). Or en l'espèce, il ne ressort aucunement de l'état de fait que l'Etat français aurait été la victime directe de quelque agissement du recourant. D'autre part, la réglementation douanière traite du contrôle du trafic transfrontalier de l'argent *liquide* (v. art. 1 de l'ordonnance sur le contrôle du trafic transfrontière de l'argent liquide du 11 février 2009, RS 631.052), ce dont il n'est nullement question en l'espèce. En tous les cas, il s'agirait ici d'une contravention au sens des

art. 127 de la loi sur les douanes (RS 631.0) et 3 al. 1 let. b et 5 de l'ordonnance du 11 février 2009, qui ne permettrait certainement pas de constituer un crime en amont requis par l'art. 305^{bis} CP.

2.3.3 En l'absence de toute autre information ayant trait, par exemple, à l'origine, l'objet, le champ ou aux sujets de la procédure pénale ouverte en France, les éléments présentés ne permettent pas de discerner de manière minimale les faits reprochés à la personne poursuivie. Dès lors que l'état de fait décrit par l'autorité requérante ne permet pas de procéder à l'examen ne serait-ce que sommaire de la condition de la double incrimination, la demande apparaît insuffisamment motivée (v. arrêts du Tribunal fédéral 1A.125/2003 du 15 juillet 2003, consid. 2.2; Tribunal pénal fédéral RR.2011.90 du 17 mai 2011, consid. 2.3).

3. Au vu de ce qui précède, la décision doit être annulée.

3.1 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 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).

3.2 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'apport d'informations complémentaires (v. art. 24 al. 2 du Deuxième Protocole additionnel à la CEEJ et 28 CBI; v. ég. ROBERT ZIMMERMANN, *op. cit.*, 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 trois mois à compter 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) exi-

gent le maintien des mesures 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. arrêts du Tribunal pénal fédéral RR.2010.177 du 21 octobre 2010; RR.2010.259 du 28 mars 2011 consid. 4.2).

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 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).

En application de ces principes, le présent arrêt doit être rendu sans frais. La caisse du Tribunal pénal fédéral restituera au recourant l'avance de frais versée par CHF 5'000.--.

5. 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 du recourant 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. Le recourant a produit 7 pièces utiles à la cause, sans 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, et indemnités de la procédure pénale fédérale (RFPPF; RS 173.713.162), l'indemnité est fixée *ex aequo et bono* à CHF 1'600.-- (TVA comprise), à la charge du MP-GE.

Par ces motifs, la IIe Cour des plaintes prononce:

1. Le recours est admis. L'ordonnance de clôture querellée est annulée.
2. L'Office fédéral de la justice communiquera le contenu du présent arrêt à l'autorité requérante et l'invitera à compléter sa demande dans un délai de trois mois à compter de l'entrée en force du présent arrêt.
3. Le présent arrêt est rendu sans frais. La caisse du Tribunal pénal fédéral restituera au recourant l'avance de frais effectuée par CHF 5'000.--.
4. Une indemnité de CHF 1'600.-- (TVA comprise) est allouée au recourant, à la charge du Ministère public du Canton de Genève.

Bellinzona, le 30 novembre 2011

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

La présidente:

Le greffier:

Distribution

- Me Mauro Poggia, 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).