{T 0/2}
1A.164/2001/col

Arrêt du 7 décembre 2001
Ire Cour de droit public

Les Juges fédéraux Aemisegger, président de la Cour et vice-président du Tribunal fédéral,
Féraud, Pont Veuthey, juge suppléante,
greffier Zimmermann.

X._____,
Y._____, recourants,
tous deux représentés par Me François Roger Micheli, avocat,
9, rue Massot, 1206 Genève,

contre

Direction générale des douanes, Monbijoustrasse 40,
3003 Berne.

Entraide judiciaire internationale en matière pénale avec la Bulgarie - escroquerie fiscale

(recours de droit administratif contre la décision de la Direction générale des douanes du 21 août 2001)

Faits:
A.
Le 14 août 1998, le Procureur général de la République de Bulgarie a adressé à l'Office fédéral de la police (ci-après: l'Office fédéral) une demande d'entraide judiciaire fondée sur la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, conclue à Strasbourg le 20 avril 1959, entrée en vigueur pour la Suisse le 20 décembre 1966 et pour la Bulgarie le 14 septembre 1994 (CEEJ; RS 0.351.1). Cette demande était présentée pour les besoins de la procédure pénale ouverte par le Ministère public de la région de Sofia contre le ressortissant bulgare M._____. Celui-ci est soupçonné d'avoir importé illégalement des biens en Bulgarie pendant la période allant d'octobre 1991 à mai 1992, pour un montant total de plus de 38 millions de leva (BUL). Selon l'exposé des faits joint à la demande, M._____ était l'un des dirigeants du syndicat "P:_____" (ci-après: le Syndicat), lequel n'a pas de but lucratif. M._____ aurait, en 1991, engagé des pourparlers avec les représentants de trois sociétés suisses, soit G._____, U._____ et C._____. M._____ se serait entendu avec les dirigeants de ces sociétés pour que celles-ci fassent livrer en Bulgarie des biens présentés comme des dons à l'intention du Syndicat, avec la
conséquence de les soustraire au paiement des redevances douanières usuelles (impôts et droits de douane). De fait, ces biens auraient été ensuite écoulés sur le marché bulgare. M._____ aurait conservé par devers lui une partie du produit de ces ventes et fait virer une autre partie sur des comptes ouverts auprès du Crédit suisse à Genève. L'enquête avait permis d'établir qu'en 1991 et 1992, M._____ avait reçu de G._____, pour le compte du Syndicat, des montants totaux de 627'783 USD et 59'290 BUL, dont 529'962 USD et 49'862 BUL avaient été reversés à ces sociétés. Etablis, ces faits pouvaient tomber sous le coup de l'art. 242 du Code pénal bulgare. La demande tendait à l'audition en Suisse de témoins, soit notamment des dénommés S._____, président de G._____ en 1991, et K._____, président de U._____, ainsi que de toutes autres personnes impliquées dans l'affaire, en particulier les dirigeants de C._____. A la demande étaient annexés une copie des dispositions du Code de procédure pénale bulgare régissant l'audition des témoins, une liste de questions à poser à ceux-ci, des copies de factures et des relevés bancaires. La demande tendait en outre à la remise de copies certifiées des documents de nature à
attester la livraison de biens au Syndicat.

Le 1er octobre 1998, l'Office fédéral a délégué à la Direction générale des douanes (ci-après: la Direction

générale) l'exécution de la demande.

Les 9 et 10 février 1999, la Direction générale a rendu des décisions d'entrée en matière.

Le 19 mai 2000, le Service juridique de la Poste a indiqué à la Direction générale que les dénommés X._____, Y._____ et Z._____ étaient autorisés à prendre livraison des envois déposés dans les cases postales ouvertes au nom de G._____, U._____ et C._____.
Les 2 février et 2 mars 2001, la Direction générale a entendu X._____ et Y._____ au sujet de la demande bulgare. Ces témoins n'ont pas répondu aux questions posées ou ont invoqué leur droit de ne pas y répondre.

X._____ et Y._____ ayant refusé que le procès-verbal de leur audition soit remis sans formalité selon l'art. 80c de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale, du 20 mars 1981 (EIMP; RS 351.1), la Direction générale les a invités à présenter leurs observations. Dans leur prise de position du 28 mai 2001, X._____ et Y._____ se sont opposés à la transmission des procès-verbaux des 2 février et 2 mars 2001, en faisant valoir que la procédure ouverte en Bulgarie était de nature douanière; que les faits reprochés à M._____ ne pouvaient constituer une escroquerie fiscale; que les faits étaient prescrits et que la procédure dans l'Etat requérant ne répondait pas aux exigences des art. 2 let. a et d EIMP.

Le 21 août 2001, la Direction générale a rendu une décision de clôture ordonnant la transmission à l'Etat requérant des procès-verbaux des 2 février et 2 mars 2001 (ch. 2 du dispositif).
B.
Agissant par la voie du recours de droit administratif, X._____ et Y._____ demandent principalement au Tribunal fédéral d'annuler le ch. 2 de la décision du 21 août 2001. A titre subsidiaire, ils requièrent le Tribunal fédéral de subordonner l'entraide à une condition à imposer à l'Etat requérant selon l'art. 80p EIMP, tendant au respect de l'art. 6 CEDH. Ils invoquent les art. 2 let. a et d, 3 al. 3 et 5 EIMP.

La Direction générale propose le rejet du recours. L'Office fédéral de la justice, qui a repris les tâches dévolues à l'Office fédéral de la police en matière d'entraide, en fait de même.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
1.1 La Confédération suisse et la République de Bulgarie sont toutes deux parties à la CEEJ. Les dispositions de ce traité l'emportent sur le droit autonome qui régit la matière, soit l'EIMP et son ordonnance d'exécution (OEIMP), qui sont applicables aux questions non réglées, explicitement ou implicitement, par le droit conventionnel et lorsque cette loi est plus favorable à l'entraide que la Convention (ATF 123 II 134 consid. 1a p. 136; 122 II 140 consid. 2 p. 142; 120 Ib 120 consid. 1a p. 122/123, 189 consid. 2a p. 191/192, et les arrêts cités), sous réserve du respect des droits fondamentaux (ATF 123 II 595 consid. 7c p. 617).
1.2 La voie du recours de droit administratif est ouverte contre la transmission de procès-verbaux relatant l'audition de témoins.
1.3 Les conclusions qui vont au-delà de l'annulation de la décision sont recevables (art. 25 al. 6 EIMP; art. 114 OJ; ATF 122 II 373 consid. 1c p. 375; 118 Ib 269 consid. 2e p. 275; 117 Ib 51 consid. 1b p. 56, et les arrêts cités). Le Tribunal fédéral examine librement si les conditions pour accorder l'entraide sont remplies et dans quelle mesure la collaboration internationale doit être prêtée (ATF 123 II 134 consid. 1d p. 136/137; 118 Ib 269 consid. 2e p. 275). Il statue avec une cognition pleine sur les griefs soulevés sans être toutefois tenu, comme le serait une autorité de surveillance, de vérifier d'office la conformité de la décision attaquée à l'ensemble des dispositions applicables en la matière (ATF 123 II 134 consid. 1d p. 136/137; 119 Ib 56 consid. 1d p. 59). L'autorité suisse saisie d'une requête d'entraide en matière pénale n'a pas à se prononcer sur la réalité des faits invoqués et ne peut que déterminer s'ils constituent une infraction, tels qu'ils sont présentés dans la demande. 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 p. 501; 118 Ib 111 consid. 5b p. 121/122, 117 Ib 64
consid. 5c p. 88 et les arrêts cités).
1.4 Le témoin n'a qualité pour agir, au sens de l'art. 80h let. b EIMP, que dans une mesure limitée. Il peut

s'opposer à la transmission du procès-verbal de son audition, mais uniquement dans la mesure où les renseignements communiqués le concernent personnellement ou lorsqu'il se prévaut de son droit de refuser de témoigner (ATF 126 II 258 consid. 2d/bb p. 261). En l'occurrence, interrogé sur les dirigeants des sociétés impliquées, le contenu des factures et le règlement des montants y relatifs, X._____ a invoqué son droit de refuser de témoigner. Pour le surplus, il a indiqué ne pas connaître K._____ et ne pas avoir participé aux négociations avec le Syndicat. Quant à Y._____, sans se prévaloir du droit de refuser de témoigner, il s'est borné à indiquer ne pas pouvoir répondre aux mêmes questions que celles posées à X._____, faute d'information suffisante. Ses déclarations laconiques ne sont pas de nature à révéler aux autorités de l'Etat requérant une quelconque information justifiant de reconnaître à Y._____ un intérêt protégé à l'annulation de la décision attaquée, au sens de l'art. 103 let. a OJ, disposition à la lumière de laquelle doit être appliqué l'art. 80h let. b EIMP (ATF 126 II 258 consid. 2d p. 259).
Le recours est ainsi irrecevable, faute de qualité pour agir, en tant qu'il émane de Y._____ (ATF 126 II 258 consid. 2d/bb p. 261). En tant qu'il est formé par X._____, le recours est recevable. Ce recourant n'est cependant pas habilité à se prévaloir de l'art. 2 EIMP, disposition protégeant l'inculpé dans la procédure étrangère, à l'exclusion du témoin (ATF 126 II 258 consid. 2d/bb p. 261).

Sous ces réserves, il y a lieu d'entrer en matière.
2.
Les recourants, invoquant la condition de la double incrimination, allèguent que les faits décrits dans la demande ne constitueraient pas une escroquerie fiscale au sens de l'art. 14 al. 2 DPA.
2.1 La Suisse n'accorde pas l'entraide pour les délits fiscaux (art. 2 let. a CEEJ et 3 al. 3, première phrase EIMP), sous la seule réserve de l'escroquerie fiscale (art. 3 al. 3, deuxième phrase, EIMP; cf. ATF 125 II 250 consid. 2 p. 251/252). Le délit douanier peut prendre la forme du délit fiscal, lorsque la réduction des taxes et contributions dues à l'Etat requérant se fait, comme en l'espèce, lors de l'importation dans cet Etat de biens déterminés. En pareil cas, le délit douanier ne donne lieu à l'entraide que s'il équivaut à une escroquerie fiscale au sens de l'art. 3 al. 3 EIMP. Le délit fiscal est défini par le droit de l'Etat requis. Il est indifférent à cet égard que le droit de l'Etat requérant qualifie les faits décrits comme un délit pénal, douanier ou fiscal ordinaire (ATF 125 II 250 consid. 3b p. 252/253; 115 Ib 68 consid. 3c p. 81ss; art. 24 al. 2 OEIMP.). Sous l'angle de la double incrimination, il convient d'examiner uniquement si les faits décrits dans la demande seraient réprimés en Suisse comme une escroquerie fiscale, au sens du droit suisse, s'ils avaient été commis en Suisse dans des circonstances analogues.
2.2 La notion d'escroquerie fiscale s'examine au regard des art. 14 al. 2 DPA, auquel renvoie l'art. 24 al. 1 OEIMP, et 146 CP (ATF 115 Ib 68 consid. 3 p. 71-76; 111 Ib 242 consid. 4b p. 247/248). Par escroquerie fiscale, on entend tout comportement astucieux par lequel l'auteur garde par devers lui une contribution (ou une part de celle-ci) - de quelque nature que ce soit - due à l'Etat, ainsi que tout comportement astucieux par lequel l'auteur porte atteinte au patrimoine fiscal de l'Etat (ATF 125 II 250 consid. 3a p. 252). Cette définition est plus large que celle de l'art. 186 LIFD, qui présuppose l'usage de faux (ATF 125 II 250 consid. 3a p. 252; 115 Ib 68 consid. 3a p. 71-77). Il n'est dès lors pas nécessaire que l'escroquerie ait été commise par le moyen de faux documents; il suffit que l'on se trouve en présence d'une machination astucieuse, de manoeuvres frauduleuses, d'un tissu de mensonges, voire de silences fautifs. La mise en scène de manoeuvres frauduleuses est astucieuse lorsqu'elle dépasse la simple accumulation de mensonges, mais se présente comme un ensemble de moyens utilisés de manière systématique, intensive et planifiée, sans être nécessairement complexe (ATF 126 IV 165 consid. 2a p. 171). La condition de
l'astuce n'est pas réalisée lorsque la situation dépeinte par l'auteur, que ce soit dans son ensemble ou en considérant isolément chaque allégation fallacieuse, devait être vérifiée par la dupe et que le dévoilement d'un seul mensonge aurait fait découvrir la tromperie toute entière (ATF 126 IV 165 consid. 2a p. 171; 122 IV 197 consid. 3d p. 205). L'astuce peut aussi résulter de simples indications fausses, lorsque celles-ci sont invérifiables, lorsque que la dupe n'était pas en mesure de les vérifier en y prêtant l'attention que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elle (ATF 125 II 250 consid. 3b p. 252, consid. 5a p. 257; 115 Ib 68 consid. 3a/bb p. 74ss.; cf. aussi, s'agissant de l'art. 146 CP, ATF 126 IV 165 consid. 2a p. 171; 125 IV 124 consid. 3a p. 127/128; 120 IV 186 consid. 1a p. 187). Pour déterminer s'il y a astuce, il convient aussi de tenir compte de la situation concrète de la dupe, notamment lorsque l'auteur a dissuadé celle-ci de procéder à des vérifications de routine, en profitant notamment de ce qu'elle se trouvait dans un rapport de subordination ou de confiance spécial (ATF 126 IV 165

consid. 2a p. 171/172; 125 IV 124 consid. 3a p. 127/128, et la jurisprudence citée).
2.3 En l'espèce, à chaque livraison de biens (il s'agissait de produits divers, tels que de la mousse pour le bain, des shampooings, des parfums, du chocolat, des biscuits, des bonbons, du café, des boissons, des montres, des pendulettes, toujours en grandes quantités), G._____, U._____ et C._____ ont joint des documents désignés tantôt comme des bulletins de commande ou des factures "pro forma". Ces documents, rédigés le plus souvent en anglais, indiquaient, outre la nature des biens, leur quantité et leur valeur (souvent très élevée), en précisant qu'il s'agissait de dons destinés au Syndicat, que les produits en question n'avaient dès lors aucune valeur commerciale et devaient, partant, être dispensés de toute taxe. Selon la demande, les sociétés suisses impliquées auraient ainsi éludé les taxes douanières. M._____ aurait ensuite écoulé ces biens sur le marché intérieur. Du substantiel bénéfice réalisé, il aurait reversé une part aux sociétés expéditrices.

Les documents accompagnant les différentes livraisons ne constituent pas des faux, mais tout au plus des pièces mensongères. En effet, si l'hypothèse à la base des accusations portées contre M._____ est vraie, les dirigeants de G._____, de U._____ et de C._____ ont établi des documents présentant faussement les biens exportés vers la Bulgarie comme des dons, alors qu'ils savaient que M._____ vendrait ces produits et leur verserait une commission. Ce mode opératoire est assez grossier. Il n'équivaut pas à une machination, à un ensemble raffiné de mesures frauduleuses, voire un écheveau de mensonges. Il se résume à la simple utilisation de fausses déclarations en douane. Pour admettre que la condition de l'astuce serait réalisée en l'espèce, la Direction générale s'est fondée sur le fait que les employés de la douane bulgare n'auraient pas été en mesure de déceler la fraude, en raison du très haut degré de crédibilité des attestations produites par les sociétés suisses expéditrices. En d'autres termes, dans leur situation concrète, les agents de la douane se seraient trouvés empêchés de procéder aux vérifications qui auraient permis d'éventer le piège tendu.

Cette appréciation ne peut être partagée. Sur le vu des documents qui leur étaient présentés, les douaniers devaient être intrigués par la nature, la quantité et la valeur des biens désignés comme de simples dons. Ils devaient aussi s'étonner que des sociétés commerciales - ou du moins dénuées de prime abord de toute vocation philanthropique - puissent vouloir offrir de tels biens à une organisation syndicale ne présentant aucun lien apparent avec elles. A moins d'être particulièrement naïf ou complaisant, un douanier averti aurait dû suspecter une fraude et agir en conséquence. En ne le faisant pas, il n'a pas prêté aux circonstances insolites du cas l'attention et la rigueur que l'on pouvait attendre de lui. Faute d'astuce, les conditions de l'escroquerie au sens de l'art. 146 CP ne sont pas réunies en l'espèce. Pour le surplus, la demande ne mentionne aucun élément de fait pouvant laisser à penser que les sociétés expéditrices auraient usé d'autres moyens pour dissuader les douaniers de procéder aux vérifications nécessaires pour dévoiler la fraude. Il ne saurait davantage être question, selon l'état de fait, d'un quelconque rapport de confiance ou de subordination liant les agents de la douane à M._____ ou à des tiers.

Pour ce seul motif, les faits décrits dans la demande, transposés de la manière requise pour apprécier la condition de la double incrimination, ne peuvent constituer une escroquerie fiscale donnant lieu à l'entraide.
3.
Le recours doit être admis dans la mesure où il est recevable et la décision attaquée annulée en tant qu'elle concerne X._____, sans qu'il soit nécessaire d'examiner les autres griefs soulevés par les recourants. Une partie des frais sont mis à la charge de Y._____, qui succombe (art. 156 OJ). La Direction générale versera à X._____ une indemnité à titre de dépens (art. 159 OJ).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
1.
Le recours est irrecevable en tant qu'il émane de Y._____.
2.
Le recours est admis en tant qu'il émane de X._____ et la décision attaquée est annulée en tant qu'elle le concerne.
3.
Un émolument judiciaire de 2000 fr. est mis à la charge de Y._____. Il n'est pas perçu de frais pour le surplus.

4.
La Direction générale des douanes versera une indemnité de 2000 fr. à X._____, à titre de dépens. Il n'est pas alloué de dépens pour le surplus.
5.
Le présent arrêt est communiqué en copie au mandataire des recourants, à la Direction générale des douanes et à l'Office fédéral de la justice (B 112020).
Lausanne, le 7 décembre 2001
Au nom de la Ire Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse

Le Président: Le Greffier: