

BStGer RR.2019.165 vom 16. Oktober 2020

Bundesstrafgericht, 2020-10-16, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bstger_RR.2019.165

FR: TPF RR.2019.165 du 16 octobre 2020

IT: TPF RR.2019.165 del 16 ottobre 2020

Regeste

Entraide judiciaire internationale en matière pénale aux Etats-Unis d'Amérique. Remise en vue de confiscation (art. 74a EIMP). Suspension de la procédure (art. 75a al. 5 EIMP).

Erwägungen

E. 1.1

L'entraide judiciaire pénale entre les Etats-Unis d'Amérique et la Confédération Suisse est régie par le Traité sur l'entraide judiciaire en matière pénale liant ces deux Etats (TEJUS; RS 0.351.933.6) et la loi fédérale d'application de celui-ci (LTEJUS; RS 351.93).

E. 1.2

La loi du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP; RS 351.1) et son ordonnance d'exécution (OEIMP; RS 351.11) s'appliquent toutefois aux questions non réglées, explicitement ou implicitement, par le traité et lorsqu'elles sont plus favorables à l'entraide (ATF 142 IV 250 consid. 3; 140 IV 123 consid. 2; 137 IV 33 consid. 2.2). 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).

E. 1.3

En vertu de l'art. 17 al. 1 LTEJUS, peuvent faire l'objet d'un recours devant la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral, la décision de l'Office USA relative à la clôture de la procédure d'entraide et, conjointement, les décisions incidentes antérieures de l'autorité d'exécution.

E. 1.4

Interjeté dans le délai de 30 jours dès la notification de la décision attaquée (art. 17c LTEJUS), le recours a été déposé en temps utile.

E. 1.5.1

Aux termes de l'art. 17a LTEJUS, a qualité pour recourir 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.

E. 1.5.2

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. ATF 137 IV 134 consid. 5 et 118 Ib 547 consid. 1d). S'agissant d'un établissement bancaire, la jurisprudence a eu l'occasion de préciser que ce dernier n'a pas qualité pour recourir lorsque, sans être touché dans la conduite de ses propres affaires, il doit simplement remettre des documents concernant les comptes de ses clients et, par

l'intermédiaire de ses employés, fournir des explications complémentaires au sujet de ces documents (ATF 128 II 211 consid. 2.3). Lorsqu'en revanche, la banque se voit touchée dans ses propres intérêts par la mesure d'entraide litigieuse, la qualité pour recourir doit lui être reconnue. Il en va notamment ainsi lorsque la banque est elle-même titulaire des comptes visés, ou que les renseignements requis concernent l'activité interne propre de la banque (ATF 128 II 211 consid. 2.4 et 2.5). S'agissant plus particulièrement d'une

- 7 -

remise de valeurs bancaires aux termes de l'art. 74a EIMP, comme c'est le cas en l'espèce, la jurisprudence a précisé que les tiers au bénéfice d'un droit réel ou d'un droit réel limité sont habilités à élever leurs prétentions sur les objets ou valeurs dont la remise à l'Etat requérant est envisagée (TPF 2014 113 consid. 3.2.2; décision du Tribunal pénal fédéral RR.2019.132 du 29 janvier 2020 consid. 1.4).

E. 1.6

En l'occurrence, en tant qu'elle se prévaut d'un droit sur les valeurs litigieuses au sens de l'art. 74a EIMP, la recourante revêt la qualité de partie. Le recours étant recevable, il convient d'entrer en matière.

E. 2.1

La recourante a requis que la présente cause soit jointe avec les requêtes concernant les avoirs de banque G. Ltd, H. Ltd et C. (act. 1, p. 30), soit les causes enregistrées RR.2019.349, RR.2019.350 et RR.2019.351 par la Cour de céans.

E. 2.2

L'économie de procédure peut commander à l'autorité saisie de plusieurs requêtes individuelles de les joindre ou, inversement, à l'autorité saisie d'une requête commune par plusieurs administrés (consorts) ou, saisie de prétentions étrangères entre elles par un même administré, de les diviser; c'est le droit de procédure qui régit les conditions d'admission de la jonction et de la disjonction des causes (BOVAY, Procédure administrative, 2e éd. 2015, p. 218 s.). Bien qu'elle ne soit pas prévue par la PA, applicable à la présente cause par renvoi des art. 12 al. 1 EIMP et 39 al. 2 let. c LOAP, l'institution de la jonction des causes est néanmoins admise en pratique (v. arrêts du Tribunal pénal fédéral RR.2008.190 du 26 février 2009 con- sid. 1; RR.2008.216+RR.2008.225-230 du 20 novembre 2008 consid. 1.2; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungs- gericht, 2e éd. 2013, § 3.17, p. 144 s.).

E. 2.3

En l'espèce, si les causes sont basées sur un état de fait similaire et soulèvent des griefs semblables, il ne se justifie pas de joindre la présente cause aux trois autres dès lors que la banque B. Ltd est également partie à cette procédure, alors qu'elle ne l'est pas dans les autres procédures.

E. 3

Dans un grief qu'il convient de traiter en premier lieu compte tenu de sa nature formelle, la recourante invoque une violation du droit d'être entendue. L'Office USA aurait conservé par devers lui pendant plus de quatre mois les déterminations de banque B. Ltd du 20 mars 2019, lesquelles ne lui auraient été communiquées que postérieurement à la décision entreprise. Elle estime

ainsi n'avoir pas eu un accès complet au dossier (act. 1, p. 31).

E. 3.1

L'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.; RS 101) consacre le droit d'être entendu, lequel découle également du droit à un procès équitable (art. 6 par. 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en vigueur pour la Suisse depuis le 28 novembre 1974 [CEDH; RS 0.101]). Le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour la partie intéressée de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision touchant sa situation juridique ne soit prise (ATF 137 II 266 consid. 3.2 p. 270). Ce droit porte avant tout sur les questions de fait. Les parties doivent éventuellement aussi être entendues sur les questions de droit lorsque l'autorité concernée entend se fonder sur des normes légales dont la prise en compte ne pouvait pas être raisonnablement prévue par les parties (ATF 129 II 492 consid. 2.2 p. 505 et les références citées).

E. 3.2

Parmi les concrétisations du droit d'être entendu, il y a donc le droit des parties à s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision touchant leur situation juridique ne soit prise (ATF 135 II 286 consid. 5.1 et références citées; 129 II 497 consid. 2.2; 129 I 85 consid. 4.1). Le droit de consulter le dossier est ainsi l'un des aspects du droit d'être entendu (ATF 126 I 7 consid. 2b et les arrêts cités). En matière d'entraide judiciaire, ce droit est mis en œuvre, entre autres, par l'art. 80b EIMP et par les art. 26 et 27 PA (applicables par renvoi de l'art. 12 al. 1 EIMP et de l'art. 39 al. 2 let. b LOAP). Ces dispositions permettent à l'ayant droit de consulter le dossier de la procédure, à moins que certains intérêts s'y opposent (art. 80b al. 2 EIMP). Aux termes de l'art. 80b al. 1 EIMP, les ayants droit peuvent participer à la procédure et consulter le dossier si la sauvegarde de leurs intérêts l'exige. Le droit de consulter le dossier s'étend uniquement aux pièces décisives pour le sort de la cause, soit toutes celles que l'autorité prend en considération pour fonder sa décision; dès lors il lui est interdit de se référer à des pièces dont les parties n'ont eu aucune connaissance (art. 26 al. 1 let. a, b et c PA; ATF 132 II 485 consid. 3.2; 121 I 225 consid. 2a; 119 Ia 139 consid. 2d ; 118 Ib 438 consid. 3; arrêts du Tribunal fédéral 1A.149/2006 et 1A.175/2006 du 27 novembre 2006 consid. 2.1; 1A.247/2000 du 27 novembre 2000 consid. 3a; ZIMMERMANN, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5e éd. 2019, n° 477, p. 515). Il s'agit en premier lieu de la demande elle-même et des pièces annexées, puisque c'est sur la base de ces documents que se détermine son admissibilité. Dès lors que le droit de consulter le dossier ne s'étend qu'aux pièces décisives ayant conduit à la décision attaquée, la consultation des pièces non pertinentes peut, a contrario, être refusée.

En l'occurrence, force est de constater que l'Office USA ne s'est pas basé sur les déterminations de la banque B. Ltd – lesquelles n'apportaient aucun élément nouveau – pour rendre la décision attaquée et que cette pièce n'était nullement décisive pour le sort de la cause. Le grief tiré de la violation du droit d'être entendu doit par conséquent être rejeté. Il convient par ailleurs de préciser que, les déterminations dont il est question ayant finalement été remises à la recourante, cette dernière avait la possibilité de formuler des observations y relatives dans le cadre de la procédure de recours, vu le pouvoir de cognition de la Cour de céans. Ainsi, une éventuelle violation du droit d'être entendu – qui est à

exclure en l'espèce – aurait pu être réparée dans le cadre de la présente procédure de recours, la Cour de céans disposant d'un libre pouvoir d'appréciation (v. art. 49 PA et TPF 2008 172 consid. 2.3). Le grief doit partant être écarté.

E. 4

Dans la décision attaquée, l'Office USA ordonne la remise aux autorités américaines des avoirs déposés sur les comptes n° 1 et n° 2 détenus au nom de la banque B. Ltd, en liquidation, auprès de la banque A. SA, en vertu de l'art. 74a EIMP. La recourante estime que les conditions de l'art. 74a EIMP ne sont pas réalisées.

E. 4.1

Aux termes de l'art. 74a EIMP, sur demande de l'autorité étrangère compétente, les objets ou valeurs saisis à titre conservatoire peuvent, au terme de la procédure d'entraide (art. 80d EIMP), lui être remis en vue de confiscation ou de la restitution à l'ayant droit (al. 1). L'art. 74a al. 1 EIMP laisse à l'autorité un large pouvoir d'appréciation pour décider si et à quelles conditions la remise peut avoir lieu. Si ce pouvoir ne lui permet pas de remettre en cause – sous réserve d'une violation de l'ordre public – le contenu de la décision étrangère, l'autorité d'exécution est tenue d'examiner si la collaboration requise reste dans le cadre autorisé par l'art. 74a EIMP (ATF 129 II 453 consid. 3.2; ZIMMERMANN, op. cit., n° 338 et les références citées). Les objets ou valeurs en question comprennent les instruments ayant servi à commettre l'infraction, le produit ou le résultat de l'infraction, la valeur de remplacement et l'avantage illicite, ainsi que les dons et autres avantages ayant servi ou qui devaient servir à décider ou à récompenser l'auteur de l'infraction (y compris la valeur de remplacement, al. 2). S'agissant du moment de la remise, le législateur a expressément prévu qu'elle peut intervenir « à tous les stades de la procédure étrangère, en règle générale sur décision définitive et exécutoire de l'Etat requérant » (al. 2). Le législateur helvétique a employé l'expression « en règle générale » pour permettre une procédure rapide et peu formaliste dans les cas où la restitution s'impose à l'évidence, par exemple lorsqu'il n'existe aucun doute sur l'identification des valeurs saisies ainsi que sur leur provenance illicite

- 10 -

(ATF 123 II 595 consid. 4f et références citées; 123 II 68 consid. 4a; 123 II 134 consid. 5c; arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2015.138 du 18 août 2015 consid. 4.1.1). Par ailleurs, est assimilé à une décision définitive le séquestre conservatoire ordonné dans l'Etat requérant lorsque le droit étranger prévoit qu'il vaut titre d'exécution définitif, après que le jugement de condamnation est entré en force. La décision exécutoire et définitive dans l'Etat requérant doit émaner d'une autorité judiciaire, pénale, civile ou administrative (ZIMMERMANN, op. cit., n° 338; ATF 123 II 595 consid. 5e p. 611). La Suisse, en tant qu'Etat requis, n'a en principe pas à juger du bien-fondé de cette décision. La procédure instituée à l'art. 74a EIMP n'est pas une procédure d'exequatur, et les exceptions prévues notamment aux art. 95 à 96 EIMP ne sont pas opposables. Cependant, l'autorité requise peut s'assurer que les valeurs dont la restitution est demandée correspondent bien aux objets décrits à l'art. 74a al. 2 let. a à c EIMP, c'est-à-dire qu'il s'agit bien de l'instrument ou du produit de l'infraction, voire de la récompense attribuée à l'auteur de l'infraction. La procédure étrangère doit en outre satisfaire aux garanties générales découlant de la CEDH ou du Pacte ONU II. Enfin, les prétentions du lésé, d'une autorité ou des tiers acquéreurs de bonne foi, ainsi que les nécessités d'une procédure pénale en Suisse doivent être prises en

compte en vertu de l'art. 74a al. 4 EIMP (ATF 129 II 453 consid. 3.2).

E. 4.2.1

La recourante soutient dans un premier temps que la condition de l'art. 74a al. 2 let. a EIMP n'est pas réalisée: il n'y aurait pas de lien entre les comptes détenant les avoirs litigieux et la fraude commise par C. Les fonds se trouvant sur les comptes en question ne seraient pas constitués dans leur intégralité du produit du crime. L'ordonnance de confiscation américaine serait en réalité une créance compensatrice. Par ailleurs, le principe de la confiance auquel s'est référé l'Office USA dans la décision querellée ne pourrait être appliqué ici, en présence d'un jugement définitif aux Etats-Unis. Ainsi, face à un tel jugement, l'autorité requérante aurait dû prouver l'ensemble des faits allégués. Or, le verdict du jury du 8 mars 2012 ne contiendrait aucune motivation quant au lien entre les fonds et les actes commis par C., et les réponses à un questionnaire ne constituent dans tous les cas pas une motivation suffisante au sens de la jurisprudence (act. 1, p. 31-36).

E. 4.2.2

L'Office USA quant à lui expose que le dispositif de l'ordonnance finale de confiscation se réfère expressément aux deux comptes bancaires dont la remise des avoirs est demandée, et que le complément du 25 septembre 2017 fourni par le DOJ précise que les avoirs déposés sur les comptes représentaient le produit frauduleux des actes reprochés à C. Il en conclut ainsi, sur la base du jugement définitif et exécutoire, corroboré par les explications du DOJ et en vertu du principe de la confiance, que l'autorité

- 11 -

requérante a bien remis un jugement de confiscation du produit de l'infraction et non un jugement prononçant une créance compensatrice (act. 9.1, p. 8-9).

E. 4.2.3

D'emblée, il sied de relever que la demande de remise des fonds séquestrés sur les comptes n° 1 et n° 2 se fonde sur une décision de confiscation américaine du 25 janvier 2017 (cf. act. 8.1). Ladite décision, définitive et exécutoire, émane d'une autorité judiciaire pénale américaine, à savoir la « United States District Court, Southern District of Texas, Houston division ». Le DOJ a par ailleurs confirmé dans ses compléments à la commission rogatoire en dates des 24 mars, 25 septembre 2017 et 3 mai 2018 (cf. act. 8.4, 8.5 et 8.23), le caractère définitif et exécutoire de la décision de confiscation. Il convient de noter que cette dernière repose sur le « Verdict du jury spécial », daté du 8 mars 2012, lequel précise expressément que l'intégralité des fonds présents sur les comptes n° 1 et n° 2 représente le produit frauduleux des faits reprochés à C. (cf. act. 8.3). En vertu des principes de la confiance et de la bonne foi internationale qui régissent les relations entre Etats, il est généralement admis que l'Etat requis se fie aux explications fournies par l'Etat requérant (v. arrêt du Tribunal fédéral 1C_491/2015 du 2 novembre 2015 consid. 1.3.2; LUDWICZAK GLASSEY, *Entraide judiciaire internationale en matière pénale*, 2018, n. 56). Une remise en question de ces explications ne peut donc avoir lieu que lorsque les déclarations de l'Etat étranger sont manifestement contradictoires ou contraires à la vérité (v. ATF 121 I 181 consid. 2c/aa). Un examen de la documentation fournie par l'Etat requérant peut exceptionnellement avoir lieu dans les cas où la violation flagrante du droit procédural étranger fait apparaître la demande d'extradition comme un abus de droit; ce qui permettrait, de surcroît, de douter de la conformité de la procédure étrangère aux droits fondamentaux de la défense (arrêt du

Tribunal fédéral 1A.15/2002 du 5 mars 2002 consid. 3.2). Ainsi, contrairement à ce que soutient la requérante, le principe de la confiance trouve application dans le cas d'espèce dans la mesure où l'autorité suisse n'a pas de raison de douter, eu égard aux faits et aux conclusions juridiques auxquels sont parvenues les autorités étrangères, que les valeurs confisquées sont en lien avec les faits pour lesquels C. a été condamné. Par ailleurs, l'Office USA n'a pas à se prononcer sur le bien-fondé de la décision américaine mais doit simplement s'assurer que la procédure étrangère a satisfait aux garanties générales découlant de la CEDH ou du Pacte ONU II. En l'espèce, rien ne permet de douter du bon déroulement de la procédure aux Etats-Unis, de sorte que la condition de l'art. 74a al. 2 let. a EIMP est remplie.

E. 4.3

Dans un second temps, la recourante estime que les conditions de l'art. 74a al. 4 let. c EIMP sont réalisées.

- 12 -

E. 4.3.1

L'art. 74a al. 4 let. c EIMP dispose que les objets ou valeurs saisis à titre conservatoire peuvent être retenus en Suisse si une personne étrangère à l'infraction et dont les prétentions ne sont pas garanties par l'Etat requérant rend vraisemblable qu'elle a acquis de bonne foi en Suisse des droits sur ces objets ou valeurs ou si, résidant habituellement en Suisse, elle rend vraisemblable qu'elle a acquis de bonne foi des droits sur eux à l'étranger.

E. 4.3.2

En exposant, pour l'essentiel, les mêmes griefs déjà soulevés devant l'autorité d'exécution (act. 8.17), la recourante soutient, outre qu'elle est étrangère à l'infraction, qu'elle n'a pas été interpellée par le juge américain au sujet de la possibilité de s'opposer à la confiscation. De ce fait, elle n'a pas pu faire valoir ses droits en tant que tierce saisie et ses prétentions n'ont, dès lors, pas été garanties par l'état requérant. Ensuite, la recourante soulève qu'elle serait créancière de la banque B. Ltd et que, sur la base d'un acte de nantissement signé en 2004, cette créance serait dès lors garantie par gage. Finalement, elle allègue que ces droits ont été acquis de bonne foi. En effet, le simple fait que la banque A. SA aurait été négligente et n'aurait pas respecté certaines dispositions réglementaires relatives à son devoir de surveillance ne suffit pas pour retenir l'absence de bonne foi. La recourante affirme qu'elle ne pouvait connaître ou ne pouvait envisager la provenance délictueuse des fonds (act. 1, p. 36-50).

E. 4.3.3

A titre préalable et comme le relèvent tant l'Office USA que la banque A. SA, cette dernière n'a jamais été soupçonnée d'avoir pris part, à quel titre que ce soit, au montage illégal mis en place par C. Elle doit donc effectivement être considérée comme étrangère à l'infraction ayant donné lieu à la demande d'entraide.

Il convient donc d'examiner si la banque A. SA a été en mesure d'exercer ses droits et faire valoir ses prétentions par devant les autorités américaines.

E. 4.3.4

En l'occurrence, il ressort du dossier que l'ordonnance de confiscation américaine a été publiée par voie édictale le 6 juin 2012. Cette publication contenait des directives

spécifiques sur l'endroit et la manière de déposer une pétition et, dès lors, de faire valoir ses droits, dans un délai de 60 jours dès la date de publication (act. 8.34, p. 80). Il appert que la banque A. SA n'a pas fait usage de cette faculté alléguant, d'une part, que l'existence même d'une possibilité d'intervenir dans la procédure pénale étrangère ne constituerait pas une garantie suffisante et ne serait donc pas un obstacle à la remise des avoirs au créancier gagiste. D'autre part, la recourante fait valoir que les tiers touchés par une mesure de confiscation, comme c'est le cas en l'espèce, devraient être interpellés directement par le juge, sans quoi les démarches du créancier gagiste, pour se tenir informé des procédures

- 13 -

de confiscation étrangère le concernant, deviendraient trop coûteuses et disproportionnées. Cette explication ne peut être suivie. Il ne ressort en effet pas de la jurisprudence relative à l'art. 74a al. 4 let. c EIMP que la voie édictale ne serait pas un moyen tout à fait adéquat pour informer les tiers, touchés par une confiscation, de faire valoir leurs droits. En outre, comme le relève l'Office USA à juste titre, une banque telle que A. SA avait la faculté et les ressources pour assurer le suivi du procès de C., ce d'autant plus qu'il s'agissait d'un client important de la banque, celui-ci étant titulaire de plusieurs comptes auprès de la recourante. La recourante est d'ailleurs également représentée aux Etats-Unis par un cabinet d'avocat. De plus, l'arrestation du précité en 2009, sa condamnation à 110 ans d'emprisonnement en 2012 ainsi que la faillite des banques de son groupe à partir de fin 1994 n'ont certainement pas pu passer inaperçues à la recourante. Il convient également de relever que, suite à la demande d'entraide du DOJ du 13 mai 2009, les employés de A. SA s'étant occupé des relations avec C. ont été entendus par le MPC concernant cette affaire début 2012. Ils ont également dû produire de la documentation concernant les relations détenues par C. ■ toujours dans le cadre de cette demande d'entraide ■, de sorte que la recourante a, en 2012 déjà, été activement amenée à collaborer à la procédure menée par l'autorité requérante (cf. arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2012.81 du 12 décembre 2012). Elle était partant consciente de la procédure diligentée sur le territoire américain. Il était ainsi de son ressort de faire valoir ses prétentions par devant les autorités américaines ■ et elle en avait la possibilité ■, faculté, cependant, dont elle n'a pas voulu faire usage.

Au vu de ce qui précède, les prétentions de la banque A. SA étaient garanties par l'Etat requérant. Ainsi, cette constatation permet à elle seule d'exclure l'application de l'art. 74a al. 4 let. c EIMP. Cela dit et par souci d'exhaustivité, la Cour de céans examinera également les autres conditions de ladite disposition.

E. 4.3.5

Il y a lieu, dans ce sens, d'examiner si la banque A. SA a acquis des droits réels sur les valeurs litigieuses, à savoir un droit de gage, dès lors qu'une simple créance n'est pas suffisante pour se prévaloir de l'art. 74a al. 4 let. c EIMP. En effet, selon la jurisprudence et la doctrine constantes à ce sujet, seuls peuvent élever leurs prétentions les tiers au bénéfice d'un droit réel ou d'un droit réel limité sur les objets ou valeurs confisqués (arrêts du Tribunal fédéral 5A_832/2015 du 19 février 2016 consid. 4.3.1; 1C_166/2009 du 3 juillet 2009 consid. 2.3.4; HARARI, Remise internationale d'objets et valeurs, réflexions à l'occasion de la modification de l'EIMP, in: Etudes en l'honneur de Dominique Poncet, 1997, p. 188).

- 14 -

E. 4.3.5.1

A. SA avance qu'elle est titulaire d'une créance envers la banque B. Ltd fondée sur l'art. 402 al. 2 CO. Elle fait valoir, qu'en sa qualité de banquière de C., une action en paiement est actuellement pendante à son encontre, action pour laquelle les demandeurs à la class action prétendent avoir une créance pour un montant de plusieurs milliards de dollars. De telles prétentions de tiers constitueraient un dommage au sens de la disposition précitée. En outre, pour satisfaire à la condition de droits acquis, elle affirme que ladite créance serait garantie par gage en vertu de l'acte de nantissement conclu entre les banques A. SA et B. Ltd le 12 juin 2004 (act. 1, p. 38-41).

E. 4.3.5.2

Il appert que la créance invoquée par la recourante en vertu de l'art. 402 al. 2 CO correspond à la réparation d'un dommage qu'elle a prétendument subi, et qu'elle tente de faire reconnaître par le biais de la class action. Il ne s'agit ainsi pas d'une créance actuelle ou déterminée, mais au contraire, d'une créance future et indéterminée, dès lors qu'elle dépend du sort de la procédure américaine. A ce propos, la jurisprudence du Tribunal fédéral rappelle que les créances garanties par gage doivent être déterminables ou suffisamment déterminables au moment de la conclusion du contrat constitutif de gage (cf. arrêt du Tribunal fédéral 4A_81/2016 du 3 octobre 2016 consid. 2.2.2). Elle précise que les créances futures éventuelles, en particulier des banques à l'égard de leurs clients, sont suffisamment déterminables au moment de la conclusion dudit contrat lorsque les parties devaient raisonnablement compter avec leur survenance. La banque A. SA soutient que, dans la mesure où la banque B. Ltd lui a caché sa situation financière lors de la conclusion de l'acte de nantissement en 2004, B. Ltd pouvait assurément prévoir que des prétentions futures pourraient être élevées contre elle de ce fait. Ce raisonnement est pour le moins contradictoire dans la mesure où la recourante elle-même affirme vigoureusement, tout au long de son recours, que tant banque B. Ltd que banque A. SA n'étaient pas au courant de la fraude de C. Quoiqu'il en soit, cette argumentation ne peut être suivie. En effet, contrairement à ce qu'avance la recourante, le caractère déterminable ou même suffisamment déterminable est loin d'être donné. Il semble très peu probable qu'au moment de la conclusion de l'acte de nantissement en 2004, les parties, et surtout la banque A. SA, pouvaient raisonnablement compter avec la survenance de cette action en paiement aux Etats-Unis, qui est la conséquence des virements frauduleux ordonnés par C. A cet égard, il convient de préciser que le contrat de prêt d'un montant de USD 95'000'000.- - octroyée par la banque à C. lui-même le 10 novembre 2004, et qui constituait la contreprestation à l'acte de nantissement du 12 juin 2004, a rapidement été intégralement remboursé, de sorte que l'éventuelle créance déterminée sur laquelle aurait pu se baser la recourante a cessé d'exister il

- 15 -

y a bien longtemps. Au vu de ce qui précède, la recourante échoue ainsi à démontrer la vraisemblance de sa créance, de sorte que, conformément au principe d'accessorité selon lequel le droit de gage ne peut exister indépendamment de la créance garantie (arrêt du Tribunal fédéral 4A_81/2016 consid. 2.2.1), le droit de gage fait également défaut. La condition de l'art. 74a al. 4 let. c EIMP relative aux droits réels acquis par la banque A. SA n'est ainsi pas réalisée.

E. 4.3.6

Reste à déterminer ■ toujours par soucis d'exhaustivité (cf. supra consid. 4.3.4) ■ si l'intéressée a rendu vraisemblable qu'elle a acquis des droits de bonne foi.

E. 4.3.6.1

La notion de bonne foi au sens de l'art. 74a al. 4 EIMP est la même que celle de l'art. 70 al. 2 CP. Ce dernier dispose (en reprenant le texte de l'art. 59 ch. 1 al. 2 aCP) que ["l]a confiscation n'est pas prononcée lorsqu'un tiers a acquis les valeurs dans l'ignorance des faits qui l'auraient justifiée [...]" (AEPLI, Basler Kommentar, 2015, n° 61 ad art. 74a EIMP; HARARI, op. cit., p. 192 s.). Dès que le tiers sait ou ne peut pas ignorer que les valeurs sont le résultat de l'infraction, il n'est pas protégé (DUPUIS et al., Petit Commentaire du Code pénal, 2ème éd. 2017, n° 21 ad art. 70 CP); tel est notamment le cas lorsque, bien que n'étant pas receleur, il aura agi alors qu'il savait que les valeurs patrimoniales acquises étaient le résultat ou la rétribution d'une infraction ou qu'il aurait, au vu des circonstances, dû le présumer (Message du Conseil fédéral concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire du 30 juin 1993 [introduisant notamment l'art. 59 aCP cité plus haut], FF 1993 III 269, 301). L'ensemble des circonstances doit être pris en considération, notamment la possibilité qu'avait le tiers d'obtenir des renseignements (cf. BAUMANN, Basler Kommentar, 4ème éd. 2019, n° 58 ad art. 70/71 CP). La connaissance des organes – de fait et de droit – d'une société est imputée à cette dernière (arrêt du Tribunal pénal fédéral BB.2010.71-75 du 18 février 2011 consid. 5.2 et 5.3; BAUMANN, ibidem).

E. 4.3.6.2

Il convient donc de se demander si A. SA aurait pu présumer, au vu des circonstances, qu'au moment de la conclusion de l'acte de nantissement le 12 juin 2004, l'origine des fonds était illicite.

D'entrée de cause, la recourante rappelle, une fois de plus, que le principe de la confiance ne peut être appliqué à une demande de remise, alors que la procédure pénale étrangère est achevée, dans la mesure où l'Etat requérant n'en est plus au début de son investigation et qu'il devrait, dès lors, exposer clairement et en toute transparence les résultats de la procédure (act. 1, p. 45). Ce premier argument n'est pas pertinent ainsi qu'il l'a été

- 16 -

démonstré plus haut (v. consid. 4.2.3); le principe de la confiance régit les relations entre Etats en matière d'entraide et il est admis que l'Etat requis se fie aux explications fournies par l'Etat requérant.

La banque A. SA persiste à soutenir son ignorance ainsi que celle du gestionnaire des comptes bancaires du groupe H. Ltd et directeur de la banque A. SA, J., du schéma frauduleux mis en place par C., au moment de la conclusion de l'acte du 12 juin 2004 et du prêt accordé par la banque A. SA de USD 95'000'000.-- le 10 novembre 2004.

Des faits exposés dans le complément du 3 mai 2018 à la demande d'entraide, il ressort que J. était le vice-président exécutif, le gestionnaire de la branche et le gestionnaire de la section des actifs de la banque A. SA en Suisse. Il était le point de contact de la banque A. SA en Suisse pour C. et toutes les entités du groupe H. Ltd (act. 8.24, p. 1). Au fil de la lecture de ce complément, le DOJ explicite qu'au vu de la position de J. au sein de la banque, il ne pouvait ignorer que C. était très probablement impliqué dans un mécanisme frauduleux de blanchiment d'argent au moment de la signature de l'acte de nantissement du

12 juin 2004 et du prêt accordé par A. SA de USD 95'000'000.-- le 10 novembre 2004. L'Office USA fait également référence à un rapport de due diligence, établi le 5 septembre 2000, soit avant la signature des actes susmentionnés et sur demande de la banque A. SA, par la société K., qui mentionnait expressément la réputation très douteuse de C. et le fait que la banque B. Ltd avait été utilisée pour blanchir de l'argent issu de trafic de stupéfiants au Mexique (act. 1.94). A cet égard et conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, le dol éventuel du tiers au regard des faits justifiant la confiscation est suffisant. Ainsi, il faut que le tiers considère à tout le moins l'existence des faits qui auraient justifié la confiscation comme sérieusement possible, soit qu'il connaisse les infractions d'où provenaient les valeurs ou, du moins qu'il ait eu des indices sérieux que les valeurs provenaient d'une infraction (arrêt du Tribunal fédéral 6S.298/2005 du 24 février 2006 consid. 4.2). Dans ces circonstances, l'on ne saurait cautionner la confiance accordée par J. à la banque B. Ltd et le fait qu'il n'ait pas demandé plus de précisions sur la source de l'argent et la capacité de C. à utiliser les actifs de la banque B. Ltd pour décrocher le prêt de USD 95'000'000.-- et conclure ledit acte de nantissement. Il est vrai, comme le soulève la recourante, qu'une ordonnance de classement a été rendue à l'encontre de J. le 18 mars 2016 retenant une absence de conscience et volonté de participer à la fraude. On notera toutefois que la présente procédure administrative ne concerne pas une personne physique mais une société soit la banque A. SA, le comportement de J. devant lui être imputé au vu de son rôle et de ses fonctions (cf. arrêt du Tribunal pénal fédéral BB.2010.71-75 du 18 février 2011 consid. 5.2 et 5.3). En tout état de

- 17 -

cause, il apparaît évident que la banque A. SA n'a pas démontré avoir fait à temps toutes les démarches nécessaires pour s'assurer de l'origine de l'argent et de la régularité de ces fonds. La FINMA, dans sa décision du 30 août 2013, et le TAF, dans sa décision du 4 octobre 2016, ont par ailleurs confirmé que A. SA a gravement violé le droit de la surveillance (act. 1.50).

Les dépositions de plusieurs témoins dans la procédure civile pendante aux Etats-Unis, produites par la recourante le 24 avril 2020 et qui confirmeraient que J., tout comme plusieurs cadres de haut-rang du groupe H. Ltd, n'étaient absolument pas au courant de la fraude orchestrée par C. (act. 28), ne sont pas de nature à renverser les conclusions qui précèdent et la question de la recevabilité de ces nouveaux moyens ■ question soulevée par la banque B. Ltd (v. act. 34, p. 1) ■ peut rester ouverte pour les motifs qui suivent. L'ignorance alléguée de la fraude par les cadres du groupe H. Ltd, tout comme leurs affirmations selon lesquelles J. n'était pas davantage qu'eux conscient de cette fraude, ne saurait être de nature à démontrer la bonne foi de la recourante. En effet, même si la recourante affirme que « Madame E. [Chief Officer de H. Ltd depuis 2005], qui a passé un accord avec le DOJ l'obligeant à coopérer pleinement, a affirmé sous serment tout ignorer de la fraude avant le mois de février 2009 », l'on ne saurait oublier que E. était également prévenue dans le cadre de l'enquête dirigée contre C., de sorte que ses affirmations doivent être examinées avec prudence. De plus, cela ne décharge nullement la recourante, qui est soumise à ses propres devoirs et incombances et devant, par conséquent, répondre de ses actes ou omissions.

E. 4.4

Compte tenu de l'ensemble des circonstances, l'Office USA pouvait admettre que la recourante n'a pas apporté la preuve requise par l'art. 74a al. 4 let. c EIMP. La banque A. SA devait présumer que les fonds étaient délictueux et aurait dû, au moins, redoubler de prudence compte tenu des indices de blanchiment d'argent avérés, ce qu'elle n'a pas fait. Il s'ensuit que la recourante n'a pas rendu vraisemblable qu'elle a acquis des droits de bonne foi au sens de l'art. 74a al. 4 EIMP. Le grief tiré d'une violation de cette disposition est donc mal fondé.

E. 5

Au vu de ce qui précède, la décision attaquée doit être confirmée et le recours doit être rejeté.

E. 6

A titre subsidiaire, la recourante requiert la suspension de la procédure fondée sur l'art. 74a al. 5 EIMP jusqu'à droit jugé dans l'action en contestation de l'état de collocation, pendante devant les tribunaux genevois.

- 18 -

Elle estime qu'il n'appartient pas à l'Office fédéral de se livrer à un examen détaillé des problèmes de droit civil, cette tâche incombant au juge civil, de sorte que lorsque des doutes subsistent quant à la validité du gage, la problématique doit être soumise au juge compétent (act. 1, p. 50-52).

E. 6.1

Selon l'art. 74a al. 5 EIMP, les prétentions élevées par un ayant droit sur des objets ou valeurs au sens de l'al. 4 entraînent la suspension de leur remise à l'Etat requérant jusqu'à droit connu. Les objets ou valeurs litigieux ne sont délivrés à l'ayant droit que si l'Etat requérant y consent (let. a), si, dans le cas de l'al. 4, let. b, l'autorité y consent (let. b), ou si le bien-fondé de la prétention est reconnu par une autorité judiciaire suisse (let. c).

E. 6.2

En l'espèce, tant l'Office USA que la Cour de céans ont suffisamment démontré que les prétentions de la recourante n'était pas fondées de sorte que, conformément au principe de célérité, il ne se justifie pas d'attendre l'issue de la procédure genevoise, mais au contraire de poursuivre la procédure d'entraide afin de pouvoir procéder à la remise des fonds aux autorités américaines.

E. 7

En règle générale, les frais de procédure comprenant l'émolument d'arrêté, les émoluments de chancellerie et les débours sont mis à la charge des parties qui succombent (art. 63 al. 1 PA, applicable par renvoi à 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). La recourante supportera ainsi les frais du présent arrêt, lesquels sont fixés à CHF 30'000.-- (v. art. 8 al. 3 let. b du règlement du Tribunal pénal fédéral sur les frais, émoluments, dépens, et indemnités de la procédure pénale fédérale du 31 août 2010 [RFPPF; RS 173.713.162] et art. 63 al. 4bis let. b PA), couverts par l'avance de frais.

E. 8

L'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement obtenu gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (art. 64 al. 1 PA). En l'espèce, la banque B. Ltd obtient gain de cause et a ainsi droit à une indemnité pour les dépenses occasionnées par cette procédure. Les conseils de B. Ltd n'ayant pas produit de liste des opérations effectuées, la Cour statue dans les limites admises par le RFPPF. Vu l'ampleur et la difficulté de la cause, l'indemnité est fixée ex aequo et bono à CHF 2'000.--, à la charge de la recourante.

- 19 -

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.