

Bundesstrafgericht
Tribunal pénal fédéral
Tribunale penale federale
Tribunal penal federal



Numéro de dossier: RR.2007.26

Arrêt du 9 juillet 2007 **Ile Cour des plaintes**

Composition

Les juges pénaux fédéraux Bernard Bertossa, président, Andreas J. Keller et Giorgio Bomio,
le greffier David Glassey

Parties

Banque A. SA EN LIQUIDATION, au Paraguay, représentée par Me Frédéric Marti,
recourante
contre

Banque B. SA, représentée par Me Daniel Tunik,
partie adverse

Instance précédente

JUGE D'INSTRUCTION DU CANTON DE GENEVE,

Objet

Entraide internationale en matière pénale à la République du Paraguay
Ordonnance de restitution (art. 74a al. 4 let. c et al. 5 let. c EIMP)

Faits:

- A.** Par commission rogatoire du 28 juin 2002, le Ministère public de Z. (Paraguay) a sollicité des autorités suisses, par l'intermédiaire de l'Office fédéral de la justice (ci-après: OFJ), la saisie conservatoire d'un montant de USD 4'170'000.-- déposé sur le compte bancaire n° 1. dont la banque paraguayenne A. SA était titulaire auprès de la banque B. SA à Genève (act. 1.3). En bref, les autorités paraguayennes soupçonnaient les frères C. M. et D. M., respectivement président et directeur de la banque A. SA, d'avoir, dans le courant de l'année 2001, frauduleusement donné en gage à la banque B. SA un montant de USD 4'170'000.-- appartenant à la banque A. SA, afin d'obtenir des financements en faveur de la société E., membre du groupe F. dont la famille M. était propriétaire. Selon les termes du contrat de gage, si, au moment de l'échéance du crédit contracté par la société E., l'obligation de remboursement devait ne pas être honorée, les fonds seraient automatiquement compensés avec les avoirs mis en gage et la banque A. SA perdrait la propriété desdits fonds. L'enquête paraguayenne a par ailleurs permis de démontrer que le crédit octroyé à la société E. a été transféré à G. M. Par courrier du 27 juin 2002, la banque B. SA a prévenu la banque A. SA que les actifs nantis seraient réalisés le 3 juillet 2002 afin de couvrir le montant total dû par la société E.. Les agissements des frères C. M. et D. M. seraient constitutifs, en droit paraguayen, de «lésion de confiance et conduite indue en situations de crises au préjudice de la banque A. SA, de ses dépositaires et créanciers» (art. 179 et 192 du Code pénal paraguayen; cf. act. 1.3). Par commission rogatoire complémentaire du 26 juillet 2002, les autorités paraguayennes ont requis les autorités suisses de procéder à l'audition des employés concernés de la banque B. SA, ainsi que la remise d'informations bancaires.
- B.** Par ordonnance d'admissibilité et d'exécution du 14 octobre 2002, le juge d'instruction du canton de Genève (ci-après: le juge d'instruction) a ordonné la saisie conservatoire du compte n° 1. précité, ainsi que la perquisition et la saisie de la documentation bancaire y relative auprès de la banque B. SA. Par ordonnance d'admissibilité et de clôture du 11 juin 2003, le juge d'instruction a décidé de transmettre à l'autorité requérante l'intégralité des pièces remises par la banque B. SA, ainsi que les déclarations de J., directeur des crédits auprès de la banque B. SA au moment des faits litigieux, auditionné en qualité de témoin le 8 avril 2003.

- C.** En parallèle, sur requête de la banque A. SA, le Ministère public du canton de Genève a ouvert une information pénale et ordonné, le 4 juillet 2002, la saisie conservatoire du compte n° 1.. Statuant le 31 octobre 2002 sur recours de la banque B. SA, la Chambre d'accusation genevoise a ordonné la levée de la saisie, compte tenu de l'incompétence territoriale de la Suisse (act. 1.5).
- D.** Le 27 mai 2004, le Tribunal de première instance du canton de Genève a rejeté la demande formée le 8 mai 2003 par la banque A. SA tendant à faire constater l'inexistence d'un droit de gage de la banque B. SA sur le compte n° 1. (act. 1.8). Compte tenu de cet arrêt et à la requête de la banque B. SA, le juge d'instruction a ordonné la levée de la saisie conservatoire des avoirs du compte n° 1. par ordonnance du 15 décembre 2004. Le 17 janvier 2005, la banque A. SA a déposé un recours contre cette décision auprès de la Chambre d'accusation du canton de Genève. Par commission rogatoire internationale complémentaire du 7 janvier 2005, transmise par l'OFJ à l'autorité d'exécution le 11 avril 2005, le Juge pénal de la circonscription judiciaire de Z. a sollicité des autorités suisses le maintien de la saisie préventive frappant les fonds déposés sur le compte n° 1. (act. 1.21). Le juge paraguayen faisait état d'une procédure complémentaire visant à déterminer la responsabilité des employés de la banque B. SA, l'enquête ayant permis d'établir que ces derniers n'ignoraient pas le caractère illicite de l'opération de crédit litigieuse. En exécution de la commission rogatoire du 7 janvier 2005, le juge d'instruction a rendu, le 15 avril 2005, une ordonnance prononçant la saisie des avoirs portés sur le compte n° 1.. Le 25 avril 2005, la banque A. SA a retiré le recours qu'elle avait formé le 17 janvier 2005 auprès de la Chambre d'accusation, celui-ci perdant son objet suite au prononcé de la nouvelle ordonnance de saisie (act. 21.1).
- E.** Le 25 octobre 2005, l'OFJ a invité les autorités paraguayennes compétentes à lui faire savoir si elles avaient ouvert ou entendaient ouvrir une procédure de confiscation des avoirs déposés sur le compte n° 1..
- F.** Par décision motivée du 28 avril 2006, transmise par les voies officielles aux autorités suisses, la Cour d'appel du pouvoir judiciaire de la République du Paraguay a prononcé la confiscation préventive du compte n° 1. et délivré une commission rogatoire à l'autorité compétente à Genève en vue d'exécuter sa décision (act. 1.23).

- G.** Par ordonnance du 15 juin 2006, le juge d'instruction a confirmé l'admissibilité de la demande d'entraide et la saisie des avoirs relatifs au compte n° 1. et ordonné la transmission à l'autorité requérante des fonds saisis à hauteur de USD 4'170'000.--, plus intérêts générés directement ou par la gestion depuis la date des opérations de dépôt (act. 1.25). Statuant le 15 novembre 2006 sur recours de la banque B. SA, la Chambre d'accusation genevoise a annulé l'ordonnance précitée et renvoyé le dossier à l'autorité de première instance afin que soit ordonnée la levée de la saisie portant sur les avoirs déposés sur le compte n° 1., en application de l'art. 74a al. 4 let. c et al. 5 let. c de la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (loi sur l'entraide pénale internationale [EIMP]; RS 351.1). La Chambre d'accusation genevoise n'a pas avisé la banque A. SA du dépôt du recours émanant de la banque B. SA, ni notifié son jugement du 15 novembre 2006 à cet établissement.
- H.** Par ordonnance de restitution du 26 janvier 2007, le juge d'instruction a ordonné la levée de la saisie conservatoire des avoirs déposés sur le compte n° 1.. La banque A. SA recourt contre cette ordonnance par acte du 27 février 2007, concluant principalement à son annulation (act. 1). La banque B. SA et l'OFJ concluent au rejet du recours (act. 11 et 14). Le juge d'instruction se réfère aux observations qu'il avait formulées le 28 juillet 2006 auprès de la Chambre d'accusation genevoise, par lesquelles il concluait au rejet du recours formé par la banque B. SA contre son ordonnance du 15 juin 2006, au motif notamment de la primauté du droit pénal sur le droit civil (act. 16 et 16.4). La banque A. SA a répliqué (act. 21).

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

La Cour considère en droit:

- 1.1** En vertu de l'art. 28 al. 1 let. e ch. 1 LTPF (nouvelle teneur selon le ch. 14 de l'annexe à la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2007; RS 173.32), mis en relation avec l'art. 80e al. 1 EIMP, la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral est compétente pour connaître des recours dirigés contre la décision de clôture rendue par l'autorité cantonale d'exécution.

- 1.2** Le 30 juin 1906, la République du Paraguay et la Confédération Suisse ont conclu une convention d'extradition (RS 0.353.963.2; ci-après: la Convention), entrée en vigueur le 26 octobre 1907, laquelle s'applique partiellement aux « autres actes d'entraide » au sens de la troisième partie de l'EIMP (v. not. l'art. 16 de la Convention; ATF 117 Ib 64 consid. 2a). L'EIMP et son ordonnance d'exécution (OEIMP; RS 351.11) règlent les questions qui ne sont pas traitées, explicitement ou implicitement, par la Convention (ATF 130 II 337 consid. 1 p. 339; 128 II 355 consid. 1 p. 357 et la jurisprudence citée). Le droit interne s'applique en outre lorsqu'il est plus favorable à l'octroi de l'entraide que le droit international (ATF 122 II 140 consid. 2 et les arrêts cités). Le respect des droits fondamentaux est réservé (ATF 123 II 595 consid. 7c p. 617).
- 1.3** Par analogie avec la pratique du Tribunal fédéral, le Tribunal pénal fédéral examine librement si les conditions auxquelles l'entraide peut être accordée sont remplies et dans quelle mesure la coopération internationale doit être prêtée (ATF 123 II 134 consid. 1d; 118 Ib 269 consid. 2e p. 275). Il n'est pas lié par les conclusions des parties (art. 25 al. 6 EIMP) et statue avec une cognition libre sur les griefs soulevés, sans toutefois être 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 130 II 337 consid. 1.4 p. 341 et les arrêts cités).
- 2.** La partie adverse conteste que la banque A. SA ait qualité pour recourir contre l'ordonnance de restitution du 26 janvier 2007.
- 2.1** Selon l'art. 80h let. b EIMP, a qualité pour agir quiconque est touché personnellement et directement par une mesure d'entraide et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. L'intérêt fondant la qualité pour agir peut être juridique ou de fait; il faut que le recourant soit touché plus que quiconque ou la généralité des administrés dans un intérêt important, résultant de sa situation par rapport à l'objet litigieux; un intérêt digne de protection existe lorsque la situation de fait ou de droit du recourant peut être influencée par le sort de la cause; il faut que l'admission du recours procure au recourant un avantage de nature économique, matérielle ou idéale; le recours formé dans le seul intérêt de la loi ou d'un tiers est en revanche irrecevable (ATF 130 II 162 consid. 1.1; 128 II 211 consid. 2.3; 126 II 258 consid. 2d; 125 II 358 consid. 3b/aa; 124 II 409 consid. 1e/bb et consid. 3b; 123 II 115 consid. 2a; MOREILLON [Edit.],

Commentaire romand, Entraide internationale en matière pénale, Bâle 2004, n° 14 ad. art. 80h EIMP). Est notamment réputé personnellement et directement touché, en cas d'information sur un compte ou de saisie d'un compte bancaire, le titulaire de ce compte (art. 9a OEIMP; ATF 130 II 162 consid. 1.1 p. 164; 127 II 198 consid. 2d p. 205; 126 II 258 consid. 2d/aa p. 260, et les arrêts cités).

- 2.2** En l'espèce, l'ordonnance querellée prononce la levée de la saisie conservatoire des avoirs du compte dont est titulaire la société recourante auprès de la banque B. SA, en application de l'art. 74a al. 4 let. c et al. 5 let. c EIMP. Comme le relève l'OFJ, la banque A. SA a un intérêt digne de protection à son annulation puisque, à défaut, la banque B. SA sera à même d'exercer son droit de gage sur les fonds saisis, privant ainsi la recourante de son droit de propriété (cf. supra A; act. 14, ch. 2a; act. 1.4, traduit in dossier du juge d'instruction). Dans ce contexte, en tant qu'entité titulaire du compte n° 1. sur lequel les fonds litigieux sont déposés, il est manifeste que la banque A. SA – qui conteste la qualité de tiers de bonne foi de la banque B. SA au sens de l'art. 74a al. 4 let. c et al. 5 let. c EIMP – a qualité pour recourir contre l'acte ordonnant la délivrance à un tiers des avoirs déposés sur ce compte.
- 3.** Tant l'OFJ que la banque B. SA estiment que le recours serait irrecevable en tant qu'il est dirigé contre un acte qui se borne à exécuter l'ordonnance rendue le 15 novembre 2006 par la Chambre d'accusation genevoise.
- 3.1** Par acte du 2 mai 2007, la banque A. SA a également formé, par précaution, un recours de droit administratif auprès du Tribunal fédéral contre l'ordonnance de la Chambre d'accusation du 15 novembre 2006. Par arrêt du 8 mai 2007 (1A.46/2007; act. 28), la Haute Cour fédérale a jugé que ladite ordonnance, en tant qu'elle annule une décision de clôture, ne met pas elle-même un terme à la procédure d'entraide, de sorte qu'elle a le caractère d'une décision incidente. Dans la mesure où l'ordonnance de la Chambre d'accusation n'ordonne pas directement la libération des fonds, le Tribunal fédéral a jugé qu'elle ne causait aucun dommage irréparable à la recourante au sens de l'art. 80e let. b EIMP et a, par conséquent, déclaré le recours irrecevable. Dans ces conditions, la banque A. SA doit être admis à faire valoir ses griefs contre l'ordonnance de restitution du 26 janvier 2007 par-devant la Cour de céans.
- 3.2** La même conclusion s'impose au regard du droit d'être entendu de la recourante. Garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., ce droit comprend de manière

générale celui de prendre connaissance du dossier, d'obtenir l'administration des preuves pertinentes et valablement offertes, de participer à l'administration des preuves essentielles et de se déterminer sur son résultat lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 124 I 49 consid. 3a, 241 consid. 2; 122 I 109 consid. 2a; 114 la 97 consid. 2a et les références citées). Ce droit implique aussi pour l'autorité l'obligation de prendre position sur les arguments pertinents qui lui sont valablement soumis, et de motiver sa décision de manière à permettre à l'administré de comprendre les raisons ayant conduit au prononcé (ATF 126 I 97 consid. 2b p. 102/103 et les arrêts cités). Le principe du droit d'être entendu implique celui de recevoir la décision qui concerne les parties afin qu'elles puissent exercer leur droit de recours (ATF 124 II 124 consid. f). En matière d'entraide pénale internationale, l'autorité d'exécution et l'autorité de recours notifient leurs décisions à l'ayant droit domicilié en Suisse ou ayant élu domicile en Suisse (art. 80*m* al. 1 EIMP); le droit à une notification vise à assurer aux personnes habilitées à recourir (cf. consid. 2 supra) une connaissance effective des décisions prises durant la procédure d'entraide (ATF 124 II 124 consid. 2d/dd; MOREILLON [Edit.], op. cit., n° 2 ad art. 80*m* EIMP). Les actes de l'autorité administrative cantonale sont, comme en droit fédéral, soumis à réception; ils ne déploient en principe d'effets juridiques que s'ils sont régulièrement communiqués aux parties; non communiqués, ils sont donc juridiquement inexistantes (BENOIT BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 277 et références citées; BLAISE KNAPP, Précis de droit administratif, 4^{ème} éd., p. 263, n° 1220).

- 3.3** En l'espèce, la banque A. SA a été tenue à l'écart de la procédure conduite par la Chambre d'accusation genevoise relativement au recours formé par la banque B. SA contre l'ordonnance du juge d'instruction du 15 juin 2006 (cf. G supra). Au vu des principes développés plus haut, c'est en violation du droit d'être entendu de la banque A. SA et de l'art. 80*m* EIMP que la Chambre d'accusation s'est abstenue d'une part d'aviser cette entité du dépôt du recours et d'autre part de lui notifier son ordonnance du 15 novembre 2006, par laquelle elle renvoie le dossier au juge d'instruction afin qu'il ordonne la délivrance à la banque B. SA des avoirs déposés sur le compte n° 1. ouvert au nom de la banque A. SA. Afin de pallier cette violation, l'art. 29 al. 2 Cst. impose à la Cour de céans d'entrer en matière sur le recours formé contre l'ordonnance du juge d'instruction exécutant la décision de la Chambre d'accusation. En effet, si un recours dirigé contre une décision administrative d'exécution ne permet en principe pas de remettre en cause la décision au fond sur laquelle elle repose (arrêts du Tribunal fédéral 1A.224/2005 et 1P.526/2005 du 4 janvier 2006, consid. 3.1), il est toutefois fait exception à ce principe si, comme en l'espèce, la

décision de base a été prise en violation d'un droit fondamental inaliénable et imprescriptible du recourant, ou lorsqu'elle est nulle de plein droit (ATF 115 la 1 consid. 3 et les arrêts cités). Déposé dans les 30 jours suivant la notification de l'ordonnance attaquée, le recours est donc recevable (art. 80k EIMP).

4.

4.1 La saisie comprend à la fois la mainmise sur des objets ou valeurs utiles à la manifestation de la vérité et la privation pour l'ayant droit de la possession de valeurs et objets susceptibles d'être confisqués afin d'en assurer la représentation lors du jugement au fond. (ATF 120 IV 365 consid. 1c; 121 IV 41 consid. 4b bb). En droit international comme en droit interne, la saisie est une mesure préalable qui entraîne nécessairement une décision subséquente (ATF 120 IV 164 consid. 1c; 117 la 424 consid. 20a). La remise d'objets au terme de la procédure d'entraide est en général précédée de leur saisie conservatoire (cf. le libellé de l'art. 74a al. 1 EIMP); cette mesure provisoire a pour but de maintenir une situation existante, de protéger des intérêts juridiques menacés ou de préserver des moyens de preuve, soit, de manière générale, d'assurer l'exécution des actes d'entraide requis (art. 18 EIMP; ATF 123 II 268 consid. 4b/dd p. 276/277). La requête de saisie n'équivaut pas, en elle-même, à une demande de remise (MAURICE HARARI, op. cit., p. 171). Dans le même sens, l'art. 33a OEIMP précise que les objets et valeurs, dont la remise est subordonnée à une décision définitive et exécutoire de l'Etat requérant, demeurent saisis jusqu'à réception de ladite décision ou jusqu'à ce que l'Etat requérant ait fait savoir qu'une telle décision n'est plus possible.

4.2 En l'espèce, les autorités pénales paraguayennes n'ont jamais demandé d'autre forme de concours que la mise en œuvre du blocage du compte n° 1. dont la banque A. SA est titulaire auprès de la banque B. SA. La commission rogatoire du 28 juin 2002 vise à obtenir une «mesure conservatoire de saisie» urgente des fonds déposés sur le compte précité. Celle du 26 juillet 2002 en sollicite le blocage et, par celle du 7 janvier 2005, le Juge pénal de la circonscription judiciaire de Z. conclut à ce «que se maintienne la mesure d'indisponibilité des fonds qui frappe le compte n° 1. de la banque A. SA auprès de la banque B. SA» (act. 1.21, traduction, p. 8). Il n'en va pas différemment de la commission rogatoire du 28 avril 2006 (act. 1.23). En effet, la Cour d'Appel paraguayenne en matière criminelle n'a manifestement pas rendu une décision de confiscation définitive au sens de l'art. 74a al. 3 EIMP. Pour l'heure, elle requiert des autorités suisses une saisie conservatoire («confiscation spéciale préventive», act. 1.23,

traduction, p. 2 et p. 9) destinée, entre autres, à «éviter un préjudice patrimonial définitif aux sinistrés», puisque les fonds concernés constituent le bénéfice d'une infraction présumée (act. 1.23, traduction, p. 8). L'usage du terme «préventif» ne laisse en effet aucune place à l'ambiguïté s'agissant du sens à donner à la demande formulée par l'Etat requérant le 28 avril 2006.

5. La question à résoudre à ce stade de la procédure est celle de savoir s'il y a lieu à maintenir la saisie où s'il apparaît d'emblée impossible que les valeurs séquestrées puissent être remises au terme de la procédure d'entraide. Si tel devait être le cas, la saisie provisoire devrait être levée (arrêt du Tribunal fédéral 1A.218/2000 du 6 novembre 2000, consid. 2c; MOREILLON [Edit.], op. cit., n° 13 *ad* art. 74a EIMP). La saisie d'objets ou de valeurs dans une procédure d'entraide n'a en effet de sens que lorsque ceux-ci peuvent être remis à l'Etat requérant, lequel peut, dans le cadre d'une procédure en cours devant ses propres autorités, prononcer soit la confiscation, soit la restitution des biens saisis (art. 74a al. 1 EIMP; FF 1995 III 26).

5.1 L'art. 74a EIMP dispose que les objets ou valeurs saisis à titre conservatoire sont remis à l'autorité étrangère compétente sur demande de sa part en vue de confiscation ou de restitution à l'ayant droit (al. 1). Selon l'alinéa 2 de cette disposition, les objets ou valeurs comprennent les instruments ayant servi à commettre l'infraction (let. a); le produit ou le résultat de l'infraction, la valeur de remplacement et l'avantage illicite (let. b); les dons ou autres avantages ayant servi (ou qui devaient servir) à décider ou à récompenser l'auteur de l'infraction, ainsi que la valeur de remplacement (let. c). Dans le présent cas, il n'est pas contesté que la banque A. SA est titulaire des fonds déposés sur le compte n° 1. et que ses directeurs C. M. et D. M. sont poursuivis des chefs de «lésion de confiance et conduite indue en situations de crises au préjudice de la banque A. SA, de ses dépositaires et créanciers» au sens des art. 179 et 192 du Code pénal paraguayen, pour avoir nanti les fonds de la banque A. SA en faveur de la banque B. SA afin d'obtenir l'octroi d'un crédit à H.. La connexité entre les valeurs séquestrées et l'infraction reprochée à C. M. et D. M. est donc à l'évidence donnée. Le litige porte en définitive sur la question de savoir si l'acquisition par la banque B. SA d'un droit de gage sur les fonds saisis fait obstacle à la remise desdits fonds à la République du Paraguay au terme de la procédure d'entraide.

- 5.2** A teneur de l'art. 74a al. 4 let. c EIMP, les objets ou valeurs saisis à titre conservatoire dont l'autorité étrangère demande la remise en vue de confiscation ou de restitution 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.
- 5.3** La notion de bonne foi au sens de l'art. 74a al. 4 let. c EIMP s'entend de la bonne foi «pénale», dont l'objet est différent de celui de la bonne foi «civile» de l'art. 3 CC (art. 933, 934 al. 1 et 973 CC) (ATF 129 II 453 consid. 4.1; MOREILLON [Edit.], op. cit., n° 5 ad art. 59 EIMP; MAURICE HARARI, Remise internationale d'objets et valeurs in Etude en l'honneur de Dominique Poncet, 1997, p. 192 ss et références citées). Alors que celle du droit civil porte sur l'ignorance non fautive de l'inexistence d'un droit de disposition de l'aliénateur, celle du droit pénal porte sur l'ignorance des faits qui justifieraient la confiscation, soit sur son caractère de récompense ou de produit d'une infraction; l'on peut ainsi être de bonne foi au sens du droit civil, mais non au sens du droit pénal – dans le cas par exemple où l'on ignore l'inexistence d'un droit de disposition, mais non une provenance délictueuse (DENIS PIOTET, Les effets civils de la confiscation pénale, Berne 1995, n° 189, p. 74). La notion pénale de bonne foi du tiers a été créée pour empêcher qu'un participant à l'infraction, ou un tiers ayant connaissance – fût-ce par dol éventuel – de celle-ci, puisse invoquer les règles des art. 930 ss CC pour solliciter la conservation du produit ou du résultat de l'infraction (MAURICE HARARI, op. cit., p. 188 et références citées). Dans un arrêt du 1^{er} avril 1997, le Tribunal fédéral a écarté le grief tiré de l'art. 74a al. 4 let. c EIMP au motif que l'acquéreur d'un tableau de maître n'avait pas rendu vraisemblable qu'il avait pris, avant la transaction, les précautions élémentaires dont doit s'entourer la personne prudente qui acquiert une œuvre d'art de grande valeur; en particulier, le recourant n'avait pas démontré avoir fait à temps toutes les démarches nécessaires pour s'assurer de l'origine du tableau et de la régularité de son importation en Suisse; il n'avait pas fait examiner l'œuvre par un expert qui aurait pu en certifier la provenance, ni pris les mesures idoines pour vérifier que l'œuvre n'était pas volée; en outre, les conditions concrètes de la transaction, ainsi que le prix de vente – très inférieur à la valeur du tableau – n'accréditaient pas la thèse du recourant (ATF 123 II 134 consid. 6d p. 142; GIORGIO BOMIO, Le rôle de l'entraide pénale internationale dans le domaine des biens culturels, in Etudes en droit de l'art 2006, vol. 17, p. 108).

5.4

5.4.1 En l'espèce, les avoirs déposés sur le compte n° 1. dont est titulaire la société recourante auprès de la banque B. SA sont saisis au titre de produit de l'infraction d'abus de confiance poursuivie par l'Etat requérant, voire de blanchiment d'argent (traduction de l'act. 1.4, p. 19/20 in dossier du juge d'instruction). Deux directeurs de la banque A. SA impliqués dans cette affaire, K. et L., ont été condamnés au Paraguay en qualité de coauteurs d'abus de confiance. Les frères M. sont en fuite et n'ont par conséquent pas pu être jugés en l'état (act. 1.21, traduction, p. 3/4).

Se fondant entre autres sur des échanges d'e-mails entre les employés de la banque B. SA et ceux de la banque K., la Cour d'appel du pouvoir judiciaire de la République du Paraguay relève que les fonctionnaires de la banque B. SA avaient été informés par leurs collègues de la banque K. du fait que le destinataire final du crédit obtenu par la société E. était G. M. (act. 1.23, traduction, p. 5). L'usage fait par ce dernier des fonds perçus est méconnu des autorités paraguayennes, la banque B. SA ayant négligé de se renseigner sur ce point. Selon les autorités paraguayennes, la banque B. SA, en pleine connaissance du caractère illicite de la démarche des frères M., a expressément accepté de jouer le rôle de banque écran («fronting bank») dans cette affaire, à la demande de la banque K. (loc. cit.). Les représentants de la banque B. SA n'avaient pas de contact ni de relation commerciale directe avec C. M. et G. M. (loc. cit.). L'Etat requérant allègue par ailleurs que les représentants de la banque B. SA ont, à la demande de D. M., dissimulé l'engagement des fonds déposés sur le compte n° 1. à l'occasion d'une vérification sollicitée par des auditeurs externes de la banque A. SA (loc. cit.). La banque B. SA aurait également connu le lourd endettement du groupe F. et compris dès le départ que le prêt ne serait manifestement jamais remboursé (loc. cit.).

5.4.2 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 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).

5.4.3. En l'espèce, les pièces bancaires produites ainsi que les procès-verbaux d'audition de L. (act. 1.10) et J. (act. 1.9), respectivement gérant de fortune et directeur des crédits auprès de la banque B. SA au moment de la stipulation du contrat de gage litigieux, confirment l'exposé des faits fourni par les autorités de l'Etat requérant.

Interrogé par le juge d'instruction le 8 avril 2003, L. a expliqué que trois comptes avaient été ouverts dans le but de permettre l'octroi d'un crédit à la société E., garanti par les comptes de la banque A. SA, précisant que ce type d'opérations n'était pas une activité courante de la banque B. SA, mais répondait à une demande des banquiers de la banque K.. Il confirme que la banque B. SA avait été requise de transférer les fonds au crédit de G. M.. Les employés de la banque B. SA en ont conclu que l'opération était irrégulière dans la mesure où une personne physique en bénéficiait. L. ignore l'utilisation qui a été faite de cet argent par G. M. car, contrairement aux autres cas qu'il traitait, il n'avait aucune relation directe avec le bénéficiaire final du crédit. Sur question du juge d'instruction lui demandant d'une part s'il n'est pas étonnant que des lignes de crédit soient garanties par des sociétés d'un groupe qui, justement, demande des liquidités et d'autre part pourquoi ne pas avoir demandé à ces sociétés constituées de diverses banques d'avancer elles-mêmes l'argent, L. n'a pas fourni de réponse. Il précise toutefois qu'il n'aurait pas octroyé la ligne de crédit si cette affaire ne lui avait pas été proposée par la banque K.. A la question «comment la banque B. SA s'est-elle assurée la solvabilité de la société E. ?», L. se borne à répondre que la capacité de la société E. à rembourser était secondaire, puisque les garanties données par la banque A. SA suffisaient à garantir le remboursement, les responsables de la banque B. SA étant au surplus persuadés que les banquiers de la banque K. avaient effectué les vérifications d'usage. L. a consenti à la transmission simplifiée de son procès-verbal d'audition à l'autorité requérante. J. précise quant à lui s'être posé de nombreuses questions à l'occasion de cette affaire. Bien que ses collègues de la banque K. n'aient pas été en mesure de répondre de manière satisfaisante à ses interrogations, J. ne s'est pas opposé à la conclusion du contrat de gage litigieux.

Des faits exposés dans la demande d'entraide du 28 juin 2002 et dans ses compléments, faits confirmés par les actes d'enquête effectués en exécution de la commission rogatoire paraguayenne, il découle que le contexte dans lequel la transaction litigieuse a été sollicitée par la banque K. a éveillé les soupçons des employés de la banque B. SA. Ceux-ci étaient conscients du fait que l'ouverture du compte n° 1. et son nantissement en faveur d'un prêt octroyé au groupe F. – en réalité versé à l'un des actionnaires de ce groupe, G. M. (cf. act. 1.14; act. 1.15 ch. 5) – visait notamment à maintenir confidentielle l'identité du bénéficiaire final du crédit afin d'éluder les normes bancaires paraguayennes destinées à éviter un engagement trop important auprès d'un même débiteur, respectivement à limiter l'usage des disponibilités d'un établissement bancaire par ses actionnaires ou directeurs (cf. act. 1.15, ch. 12; act. 1.16). La banque B. SA

se retranche derrière le fait que la conclusion du contrat litigieux était requise par la banque K. et que celle-ci avait sans doute effectué les vérifications d'usage. Il est par ailleurs établi que la banque B. SA n'entretenait pas de contacts directs avec le bénéficiaire final du crédit, G. M., alors même que la démarche requise sortait du cadre des activités usuelles de la banque B. SA (act. 1.10). Dans ces circonstances, l'on ne saurait cautionner la confiance accordée par la banque B. SA à la banque K., d'autant moins que la deuxième n' a pas été en mesure de fournir quelque réponse satisfaisante que ce soit aux interrogations légitimes de la première. L'enquête a par ailleurs démontré que l'élément décisif ayant conduit la banque B. SA à accorder le crédit litigieux ne résidait pas dans la confiance que cet établissement accordait à la banque K., mais bien dans le fait que les sûretés réelles fournies par la banque A. SA suffisaient à garantir le remboursement du crédit accordé (act. 1.10 et 1.15). Compte tenu de l'absence de risque commercial, la banque B. SA a conclu l'affaire proposée par la banque K. et fonctionné comme banque écran («fronting bank», act. 1.15, ch. 12), malgré ses doutes quant à la licéité du crédit accordé en définitive à G. M.. La banque B. SA avait en outre compris que la capacité de la société E. à rembourser le prêt dépendait en réalité des possibilités financières de G. M. (act 1.16). Priée le 14 août 2001 de faire savoir aux auditeurs externes de la banque A. SA si le compte litigieux était engagé de quelque manière que ce soit (act. 1.18), la banque B. SA a répondu par la négative le 13 septembre 2001, alors qu'il ressort du dossier que la banque A. SA a ouvert le compte n° 1. et signé les actes de nantissement et déclaration de cession en faveur de la banque B. SA le 27 mars 2001 (act. 1.20; act. 13, annexes 7, 8 et 14). Dans ces circonstances, l'on ne saurait admettre que la banque B. SA a acquis son droit de gage sur les avoirs déposés sur le compte litigieux «de bonne foi» au sens de l'art. 74a al. 4 let. c EIMP.

5.5

5.5.1 La banque B. SA se prévaut du jugement du Tribunal genevois de première instance du 27 mai 2004 rejetant l'action en constatation de droit négative déposée par la banque A. SA (act. 1.8). Le juge civil a certes admis que la banque B. SA avait valablement acquis un droit de gage sur le compte n° 1. appartenant à la banque A. SA compte tenu de la signature des actes de gage par les frères C. M. et G. M. en date du 27 mars 2001 (act. 1.8, p. 15). Ce point n'est du reste pas contesté par la société recourante. A teneur de l'art. 74a al. 4 let. c EIMP, il ne suffit toutefois pas que la personne étrangère à l'infraction ait acquis un droit de gage; il faut encore que ce droit ait été acquis de bonne foi. Or, le juge civil s'est expressément abstenu d'examiner la bonne foi de la banque B. SA, compte tenu de

l'absence de pertinence de cette question dans le cadre de l'affaire dont il était saisi (act. 1.8, p. 16). La banque B. SA ne saurait donc trouver quelque forme de secours que ce soit dans le jugement civil du 27 mai 2004.

- 5.5.2** La partie adverse se prévaut également en vain de l'ordonnance de la Chambre d'accusation genevoise du 31 octobre 2002 par laquelle cette autorité a ordonné la levée de la saisie conservatoire prononcée par le procureur genevois dans le cadre de la procédure nationale, au motif que «l'infraction alléguée ne présente aucun rattachement susceptible de fonder la compétence des autorités pénales genevoises» (voir C supra). La Chambre d'accusation a certes jugé à cette occasion que la bonne foi de la banque B. SA était manifeste, par application anticipée de l'art. 59 ch. 1 al. 2 aCP, au vu des pièces à sa disposition. Cette appréciation anticipée ne résiste toutefois pas à l'examen à la lumière des faits constatés le 28 avril 2006 par la Cour d'appel du pouvoir judiciaire de la République du Paraguay (décision motivée du 28 avril 2006, act. 1.23), basés sur les pièces obtenues en exécution des commissions rogatoires, notamment les procès-verbaux d'audition des employés de la banque B. SA responsables du dossier qui ont été interrogés le 8 avril 2003, soit à une date postérieure à celle du jugement genevois.
- 5.5.3** L'appréciation faite le 15 novembre 2006 par la Chambre d'accusation genevoise relativement à la bonne foi de la banque B. SA au sens de l'art. 74a al. 4 let. c EIMP, sur recours formé par la banque B. SA contre l'ordonnance du juge d'instruction du 15 juin 2006 prononçant la transmission des fonds saisis à l'autorité requérante, ne saurait par ailleurs en aucune manière lier la Cour de céans. Cette ordonnance de la chambre d'accusation, en tant qu'elle ne met pas elle-même un terme à la procédure d'entraide, revêt en effet le caractère d'une décision incidente (arrêt du Tribunal fédéral 1A.46/2007 du 8 mai 2007).
- 5.6** Pour l'ensemble de ces motifs, la banque B. SA n'a pas rendu vraisemblable qu'elle avait acquis de bonne foi un droit sur les valeurs litigieuses au sens de l'art. 74a al. 4 let. c EIMP. Par conséquent, l'art. 74a al.5 lit. c EIMP pouvant définitivement faire obstacle à la remise des valeurs ne peut pas non plus trouver application en l'espèce. Il n'apparaît donc pas d'emblée exclu que les valeurs séquestrées puissent être remises aux autorités de l'Etat requérant au terme de la procédure d'entraide.

- 6.** La banque B. SA fait valoir que l'Etat requérant n'offrirait pas à la partie adverse les garanties suffisantes de procédure pour faire constater les prétentions qu'elle invoque, devant les tribunaux paraguayens (act. 11 p. 25).
- 6.1** Selon les informations fournies par la Cour d'Appel paraguayenne en matière criminelle, une action tendant à la confiscation et à la restitution à la banque A. SA des avoirs déposés sur le compte n° 1. et saisis à titre conservatoire a été introduite par le Ministère public auprès des autorités judiciaires compétentes au Paraguay (act. 1.23, traduction, p. 4 et 8). Les autorités de l'Etat requérant certifient que, conformément aux dispositions de procédure pénale et civile paraguayennes, cette demande a été transmise aux représentants légaux de la banque B. SA, afin que celle-ci exerce ses droits correspondants. Les autorités de l'Etat requérant attestent en outre que la législation paraguayenne prévoit divers moyens de droit, de nature pénale et civile, par lesquels la banque B. SA pourra efficacement faire valoir ses droits par-devant les autorités judiciaires paraguayennes de recours (act. 1.24). Rien ne permet de mettre en doute la véracité de ces allégations ou l'effectivité des garanties offertes, de sorte que la remise des valeurs séquestrées à l'Etat requérant, au terme de la procédure d'entraide, ne saurait non plus être considérée comme d'emblée exclue pour des motifs liés à l'insuffisance des garanties procédurales offertes dans l'Etat requérant.
- 6.2** Au surplus, comme le relève le juge d'instruction, le grief de la partie adverse tiré d'un prétendu défaut d'information qui entacherait la procédure paraguayenne ne résiste pas à l'examen, compte tenu du nombre des interventions de la banque B. SA dans la procédure d'entraide, de sa parfaite connaissance des événements et des moyens dont elle dispose, en tant que filiale d'un groupe bancaire international actif dans le monde entier et disposant notamment d'un réseau bancaire en Amérique du Sud. La banque B. SA avait donc tout loisir d'intervenir dans la procédure paraguayenne si elle le souhaitait.
- 7.** Au vu de ce qui précède, l'ordonnance querellée doit être annulée et la saisie conservatoire du compte n° 1. ouvert au nom de la banque A. SA auprès de la banque B. SA doit être maintenue afin d'assurer, le cas échéant, l'exécution d'une demande d'entraide tendant à la remise des fonds saisis, notamment dans l'hypothèse où la procédure introduite par le Ministère public paraguayen devait aboutir à une décision exécutoire de confiscation (cf. art. 74a al. 3 EIMP). A cet effet, le dossier est renvoyé au juge

d'instruction afin qu'une nouvelle décision soit prise dans le sens des considérants du présent arrêt (art. 61 al. 1 PA, applicable par renvoi de l'art. 30 let. b LTPF).

8. Le compte bancaire litigieux fait l'objet d'une mesure de saisie conservatoire depuis le 14 octobre 2002 (cf. B. supra). Compte tenu entre autres de la complexité de l'affaire, cette durée n'est pas propre à porter atteinte à la garantie de la propriété (art. 26 Cst.) ou au principe de célérité ancré à l'art. 29 al. 1 Cst. (cf. ATF 126 II 462 consid. 5e p. 470/471 concernant une saisie datant de plus de quinze ans). L'OFJ se tient au surplus régulièrement informé de l'avancement de la procédure conduite au Paraguay.

9.

9.1 Les frais de procédure sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 PA, applicable par renvoi de l'art. 30 let. b LTPF). 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).

A teneur de l'art. 64 al. 1 PA, l'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause, une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés. Les dépens alloués sont en principe mis à la charge de la partie adverse déboutée, lorsque celle-ci avait pris des conclusions indépendantes, dans la mesure de ses moyens (art. 64 al. 2 et 3 PA).

La compétence du Tribunal pénal fédéral d'établir un tarif relatif à la détermination des émoluments judiciaires et des dépens, bien que n'étant pas explicitement réservée à l'art. 63 al. 5 PA, respectivement à l'art. 64 al. 5 PA, se fonde sur l'art. 15 al. 1 let. a LTPF. Dans son Message du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, le Conseil fédéral reconnaît en effet l'autonomie administrative de l'autorité judiciaire fédérale s'agissant du calcul des émoluments judiciaires, des dépens alloués aux parties ainsi que de la détermination de l'indemnité en cas d'assistance judiciaire (cf. FF 2001, p. 4208 sv.). Il ne résulte par ailleurs aucunement des débats parlementaires que le législateur ait voulu s'écarter du principe de l'autonomie de l'autorité judiciaire au moment d'attribuer la compétence pour statuer dans le domaine de l'EIMP au Tribunal pénal

fédéral plutôt qu'au Tribunal administratif fédéral comme initialement prévu par le Conseil fédéral (cf. BO 2004 CN p. 1570 ss; 2005 CE p. 117 ss; CN p. 643 ss). Il s'ensuit que les réserves figurant à l'art. 63 al. 5 PA, respectivement à l'art. 64 al. 5 PA, doivent être interprétées par analogie comme valant également en faveur de l'art. 15 al. 1 let. a LTPF.

- 9.2** En l'espèce, les frais de procédure sont mis à la charge de la partie adverse qui succombe. L'émolument judiciaire, calculé conformément à l'art. 3 du Règlement du 11 février 2004 fixant les émoluments judiciaires perçus par le Tribunal pénal fédéral (RS 173.711.32), est fixé à Fr. 6'000.--. L'avance de frais effectuée par la recourante en application de l'art. 63 al. 4 PA lui sera intégralement restituée.

La recourante conclut au versement d'une indemnité équitable à titre de couverture de ses honoraires d'avocat. Son défenseur ne produit pas de liste des opérations effectuées en lien avec la présente cause. Compte tenu du fait que les arguments invoqués dans l'acte de recours ont, pour l'essentiel, déjà été formulés par-devant des autorités administratives, pénales ou civiles dans le cadre de cette affaire, vu l'ampleur et la difficulté de la cause, et dans les limites admises par le règlement du 26 septembre 2006 sur les dépens et indemnités alloués devant le Tribunal pénal fédéral (RS 173.711.31), l'indemnité est fixée *ex aequo et bono* à Fr 2'000.-- (TVA comprise). L'ordonnance querellée a été prononcée en exécution de la décision du 15 novembre 2006 rendue par la Chambre d'accusation genevoise sur recours de la banque B. SA contre l'acte du juge d'instruction du 15 juin 2006 ordonnant la transmission des fonds saisis à l'autorité requérante. A cette occasion, l'OFJ s'en est remis à dire de justice, sans adhérer aux conclusions de la banque B. SA et en relevant notamment que le jugement civil du 27 mai 2004 ne se prononçait pas sur la question déterminante dans la procédure d'entraide, à savoir l'existence de la bonne foi de la banque B. SA (cf. observations de l'OFJ à la Chambre d'accusation du 17 août 2006). Dans le cadre du présent recours, l'OFJ fait certes valoir à tort que l'ordonnance querellée ne peut être annulée, au motif que cet acte exécute la décision de la Chambre d'accusation du 15 novembre 2006, mais cette méprise ne saurait justifier la condamnation de l'OFJ au remboursement d'une partie des frais utiles de la recourante au sens de l'art. 64 al. 2 et 3 PA, de sorte que l'indemnité allouée à titre de dépens doit être mise à la charge exclusive de la banque B. SA.

Par ces motifs, la Cour prononce:

1. Le recours est admis dans le sens des considérants.
2. L'ordonnance entreprise est annulée et le dossier est renvoyé au Juge d'instruction du canton de Genève pour nouvelle décision dans le sens des considérants.
3. Un émolument judiciaire de Fr. 6'000.-- est mis à la charge de la banque B. SA. La caisse du Tribunal pénal fédéral restituera dans son intégralité l'avance effectuée par la banque A. SA EN LIQUIDATION.
4. Une indemnité de Fr. 2'000.-- (TVA comprise) est allouée à la recourante, à la charge de la banque B. SA.

Bellinzona, le 9 juillet 2007

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

Le président:

Le greffier:

Distribution

- Me Frédéric Marti, avocat,
- Juge d'instruction du canton de Genève,
- Office fédéral de la justice, Section Assistance judiciaire internationale,
- Me Daniel Tunik, avocat.

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. 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. 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 LTF).