

Bundesstrafgericht
Tribunal pénal fédéral
Tribunale penale federale
Tribunal penal federal



Numéro de dossier: RR.2012.81

Arrêt du 12 décembre 2012

Cour des plaintes

Composition

Les juges pénaux fédéraux Stephan Blättler, président, Giorgio Bomio et Cornelia Cova,
le greffier Aurélien Stettler

Parties

La banque A., représentée par Me Olivier Wehrli,
avocat,

recourante

contre

OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, OFFICE CENTRAL USA,

partie adverse

Objet

Entraide judiciaire internationale en matière pénale
aux Etats-Unis d'Amérique

Remise de moyens de preuve (art. 74 EIMP)

Faits:

- A.** En date du 13 mai 2009, le *Department of Justice* des Etats-Unis d'Amérique (ci-après: DOJ) a demandé l'entraide des autorités suisses dans le cadre d'une enquête dirigée contre les dénommés B., D. et E. pour des faits ayant notamment trait à des délits boursiers.
- B.** L'Office fédéral de la justice (ci-après: OFJ) est entré en matière sur la demande américaine par décision du 14 mai 2009, confiant l'exécution de cette dernière au Ministère public de la Confédération (ci-après: MPC).

Dans le cadre de l'exécution de cette demande, la banque A. a été amenée à fournir la documentation bancaire portant sur divers comptes dont B., respectivement l'une ou l'autre de ses sociétés étaient titulaires ou ayants droit économiques en ses livres.

Par plusieurs décisions de clôture rendues le 31 juillet 2009, l'OFJ a notamment ordonné la transmission aux autorités américaines de l'intégralité de la documentation bancaire relative aux comptes suivants ouverts en les livres de la banque A.:

- n° 1 (du 01.01.2000 au 27.02.2009), n° 2 (de l'ouverture au 20.02.2009) et n° 3 (de l'ouverture à la fermeture) ouverts par la banque B. Ltd;
- n° 4 (de l'ouverture au 20.02.2009) ouvert par la banque B. SA;
- n° 5 (du 01.01.2000 au 20.02.2009) ouvert par la banque C.;
- n° 6 (de l'ouverture au 20.02.2009) et n° 7 ouverts par B.;
- n° 8 (du 01.01.2000 au 20.02.2009) ouvert par le Groupe B. Ltd.

Les décisions de clôture en question, notifiées à la banque A., n'ont pas fait l'objet de recours. La documentation bancaire susmentionnée a été transmise au DOJ par envoi du 9 octobre 2009 (annexes OFJ [classeur gris], pièce 1).

- C.** Le 8 février 2010, le DOJ a adressé aux autorités suisses une demande d'entraide complémentaire, visant cette fois l'audition d'employés de la banque A. et la documentation relative à des prêts consentis à B.

L'OFJ est entré en matière sur dite demande par décision du 2 mars 2010, laquelle a été notifiée à la banque A. (act. 1.17).

Dans le cadre de l'exécution de cette demande complémentaire, le MPC a procédé aux auditions sollicitées d'employés de la banque A. s'étant occupés des relations avec B., respectivement l'une ou l'autre des sociétés de son groupe. Il a par ailleurs requis de la banque A. la production des documents suivants (version anglaise):

- *"Memos from Credit committee to A. Head office;*
- *Local Legal Opinion (...) Loan include request: Z. Opinion and Suisse Opinion;*
- *List of assistants authorized to speak about bank accounts: Maintained by F.;*
- *Itemized analysis of Portfolio in support of Loan both 1996-2004;*
- *Annual Reports from (...), Bank C., (...) request, received in support of Loans and Bank accounts;*
- *All wire requests stamped as approved by (...);*
- *All E-mails from Bank related to any B. related activity or matter;*
- *All schedules, calendars, or datebooks from A.; employees: G., F., H., I., J., K. for any meeting with or related to any B. employees or related entities;*
- *All memos generated as a result or summarizing these meetings;*
- *Internal policies – procedures from A. related to the handling of client transactions – anti-money laundering Training;*
- *Memos from Credit Department documenting missing support documents related to B. Loans;*
- *Travel – meeting schedules as well as notes – itineraries for as A. employees;*
- *Certificates or shares given or offered by B. in support of increase in USD (...) Loan in December;*
- *Copies of all swifts for all B. related accounts." (act. 1.18, annexe, p. 2).*

En réponse à la demande du MPC, la banque A. a, par envoi du 19 mai 2010, adressé à cette autorité vingt classeurs fédéraux de pièces (act.1.19).

Par courrier du 7 juillet 2010, le conseil de la banque A. a communiqué ce qui suit au MPC:

"(...) je fais suite à votre correspondance du 23 avril 2010 à laquelle était jointe la transcription d'un document rédigé en anglais par les représentants de

l'Etat requérant et incorporant une liste de documents dont la production était requise.

Ma mandante s'est exécutée et a produit le 19 mai dernier les documents sollicités.

Dans le cadre de l'examen de ce dossier et à la demande de ses conseils, ma mandante a continué ses recherches, notamment sous forme électronique, et a identifié un certain nombre de documents tels des évaluations de portefeuilles, des listings de débits et crédits ainsi que divers prospectus financiers.

Ma mandante ignore si ces documents sont susceptibles de tomber dans le descriptif, pour le moins générique et vague, établi par l'autorité requérante.

Ceci étant, elle vous fera prochainement tenir cet inventaire. (...)." (act. 1.20).

Par courrier du 13 septembre 2010, le conseil de la banque A. a communiqué ce qui suit au MPC:

"Je reviens à vous sur ce dossier et vous confirme que dans le cadre de l'examen de ce dossier ma mandante – continuant ses recherches – a réuni un certain nombre de documents qui sont éventuellement susceptibles de répondre au descriptif générique des autorités américaines. Il s'agit des documents suivants:

- A. Listing des entrées et sorties de fonds pour tous les comptes/swifts;*
- B. Emails/documents électroniques d'employés en lien avec le dossier B.;*
- C. Archives compliance/surveillance des transactions;*
- D. Recherches informatiques;*
- E. Extraits de PV du (...) en lien avec le dossier B.;*
- F. Ordres permanents;*
- G. Recherches d'audit;*
- H. Documentation relative à la conservation des documents;*
- I. Compte 8 entrées sorties/estimations mensuelles;*
- J. Compte 1 estimations mensuelles, dossier crédit;*
- K. Compte 5 estimations mensuelles, dossier crédit;*
- L. Compte 2 estimations mensuelles;*
- M. Compte 4 estimations mensuelles;*
- N. Compte 6 estimations mensuelles;*
- O. Divers (communications avec la banque B. Suisse, correspondance avec E.; D.; L.; M.; liste des visites et des frais, récapitulatif des contacts, projet de règlement B. A portfolio, lettres de références, autres correspondances diverses).*

Cette documentation représente environ trente classeurs. (...)" (act. 1.21).

Le MPC n'a pas donné suite aux deux courriers susmentionnés.

Par quatre décisions de clôture, l'OFJ a, en date du 3 janvier 2011, statué sur la demande d'entraide complémentaire du 8 février 2010 (act. 1.22). Dites décisions portent sur "*[/]es documents d'exécution remis par l'autorité d'exécution à l'Office central USA les 22 avril et 8 juin 2010"* (act. 1.22, p. 2), à savoir les procès-verbaux d'audition d'employés de la banque A., d'une part, et les vingt classeurs fédéraux remis par la banque A. au MPC en date du 19 mai 2010, d'autre part (v. *supra* p. 3 in fine). Les décisions en question – notifiées à la banque A. – n'ont pas fait l'objet de recours. La documentation visée par ces dernières a été transmise aux autorités américaines par envoi du 31 janvier 2011, avec la mention suivante: "***We would like to draw your attention to the fact that any information contained in these documents shall only be used as provided for by art. 5 of the Treaty. In particular, they should not be transmitted or used in the frame of the civil class action against A. without the previous agreement of the Federal Office of Justice***" (act. 1.23).

- D. L'OFJ s'est, en date du 20 juillet 2011, adressé en ces termes au conseil de la banque A.:

"Dans le cadre de l'affaire citée sous rubrique, nous souhaitons revenir à l'entretien téléphonique que vous avez eu avec la soussignée en date du 14 juillet 2011, ainsi qu'à votre courrier du 13 septembre 2010 adressé au Procureur fédéral N. (...).

La production de la documentation mentionnée dans ce courrier du 13 septembre 2010 avait, en son temps, été laissée en suspens.

Les autorités américaines manifestent à présent leur intérêt à recevoir ce matériel, étant précisé que la production desdits documents s'inscrit dans le cadre de la procédure d'entraide citée sous objet, soit notamment dans celui de la requête du 8 février 2010, dont la mise en œuvre a été ordonnée par décision d'entrée en matière de cet Office du 2 mars 2010.

Dès lors, nous vous invitons à transmettre à notre Office les documents mentionnés dans ce courrier du 13 septembre 2010. A cet égard, nous vous saurions gré de nous indiquer dans quel délai cette transmission sera exécutée.

Nous vous remercions également de nous indiquer, lors de la remise des documents susmentionnés, si vous consentez, en tout ou partie, à leur transmission aux autorités américaines; le consentement est définitif et irrévocable (art. 12a LTEJUS)." (act. 1.24).

Le 16 août 2011, le conseil de la banque A. a communiqué à l'OFJ ce qui suit:

"Je fais suite à votre correspondance du 20 juillet 2011 et nos divers entretiens téléphoniques et vous prie de bien vouloir trouver avec ces lignes 29 classeurs numérotés de 21 à 49, ainsi qu'un classeur portant la référence SV.09.0028.

Il s'agit là des classeurs contenant les documents indiqués dans ma lettre à M. le Procureur fédéral N. du 13 septembre 2010, étant toutefois précisé que les documents relatifs aux politiques internes ont d'ores et déjà été remis.

Comme votre Office pourra le constater, une bonne partie de ces documents concerne des estimations mensuelles des comptes et des justificatifs de transferts, swifts, etc. qui se recoupent, probablement très largement, avec les documents d'ores et déjà transmis aux autorités américaines.

S'agissant du Due Diligence Report on Bank C., ce document figure dans le classeur n° 48.

Les autorités américaines se sont, à de nombreuses reprises, étonnées – à tort – du fait que ma mandante ne disposait pas d'état de finances concernant ses différents clients. Or, de tels documents figurent dans les classeurs qui vous ont été transmis, ainsi que dans un classeur de pièces remis à M. le Procureur O. dans le cadre de la procédure interne, et qui auraient dû être transmis aux Etats-Unis d'Amérique en juin 2009.

G. avait par ailleurs dans son bureau de très nombreux documents de type publicitaire à propos des sociétés B. dont nous avons renoncé à faire une copie intégrale, l'essentiel figurant dans le classeur n° 48. L'inventaire complet est joint en annexe au cas où.

Raison pour laquelle je joins à la présente une copie de ce classeur portant la référence SV.09.0028, annexe 7.0323.

S'agissant de documents soumis au secret bancaire, ma mandante ne peut consentir à une transmission simplifiée.

En outre, ma mandante sollicite que la transmission éventuelle aux autorités américaines soit accompagnée des mêmes restrictions que celles figurant dans les correspondances de votre Office des 31 janvier et 2 mai 2011. (...)." (act. 1.26).

- E.** Par décision incidente du 13 décembre 2011, l'OFJ est, d'une part, entré en matière sur la demande d'entraide complémentaire par laquelle les autorités américaines manifestent leur intérêt à recevoir les documents produits par la banque A. en date du 16 août 2010, et a, d'autre part, autorisé la présence des fonctionnaires américains à une séance de tri des pièces

susmentionnées (annexes OFJ, pièce 7). La décision précise sous chiffre III que *"dans le cas présent, la diversité des documents produits par la banque A. et remise à l'Office central USA par son mandataire Me Olivier Wehrli en annexe de son courrier du 16 août 2011 ne permet pas, pour le moment, d'identifier clairement les personnes qui seraient concernées"* et que *"dans ces conditions, il y a lieu de ne pas notifier, pour le moment, la présente décision"* (ididem).

Le 29 février 2012, le conseil de la banque A. s'est adressé en ces termes à l'OFJ:

"Je fais suite à notre entretien du 27 février dernier et vous remercie d'avoir pris le temps de me recevoir.

J'ai appris des conseils américains de la banque A. qu'une rencontre s'était tenue dans vos locaux au mois de janvier 2012 avec les responsables du DOJ, afin de permettre à ces derniers d'indiquer parmi les classeurs qui vous ont été remis le 16 août 2011 – dûment classés et inventoriés – ceux qui leur paraissaient pertinents.

Une telle rencontre constitue une séance de tri de pièces à laquelle ma mandante, en sa qualité de détentrice devait avoir la faculté de participer, sous peine de porter atteinte à son droit d'être entendu.

Cela dit et dans la mesure où votre Office entendrait transmettre tout ou partie des documents à l'Etat requérant, ma mandante vous invite à rendre une décision de clôture en bonne et due forme, aucune des précédentes décisions de clôture, qui se réfèrent à des documents précis, ne pouvant permettre une transmission "simplifiée" d'autres documents à laquelle la banque A. n'a pas consenti. (...)" (act. 1.28).

F. En date du 12 mars 2012, l'OFJ a adressé le courrier suivant au DOJ:

"Reference is made to the above mentioned request and its supplements. Please find enclosed the additional documents provided by A., as follow:

Binder:

n° 21 Listing débits et crédits dès 2005: 8 et 5; 1 et 2; 6

Avis/Swifts 8 et 5; 1 et 2; 6

Emails + avis d'entrée

Emails P.

n° 24 Archives Compliance: Contrôles spécifiques des 8 et 5 (oct. 2002); Divers contrôles (opérations 2003/2004)

Demandes d'informations LBA

- n° 25 Compte no 8 (Entrées et sorties de fonds)*
- n° 26 Compte no 8 Estimations mensuelles 2000-2004*
- n° 27 Compte no 8 Estimations mensuelles 2005-2006*
- n° 28 I Compte no 8 Estimations mensuelles 2007-31.01.2009*
- n° 29 Compte no 1 (BANQUE B. LTD) Estimations mensuelles 2000-2003*
- n° 30 Compte no 1 (BANQUE B. LTD) Estimations mensuelles 2004-2005*
- n° 31 Compte no 1 (BANQUE B. LTD) Estimations mensuelles 2006-2007*
- n° 32 I Compte no 1 (BANQUE B. LTD) Estimations mensuelles 2008-31.01.2009*
- n° 35 Compte no 2 Estimations mensuelles 31.12.2002 au 31.12.2004*
- n° 36 Compte no 2 Estimations mensuelles 31.01.2005 au 31.12.2006*
- n° 37 Compte no 2 Estimations mensuelles 31.01.2007 au 30.04.2008*
- n° 38 I Compte no 2 Estimations mensuelles 31.05.2008 au 31.01.2009*
- n° 34 Dossier Département des crédits*
- n° 39 Justificatifs des transferts (250'000)*
- n° 40 I Compte no 4 (BANQUE B. SA) Estimations mensuelles du 31.07.2008 au 31.01.2009*
- n° 41 Compte no 5 (BANQUE C.) Estimations mensuelles du 31.01.2000 au 31.12.2003*
- n° 42 Compte no 5 (BANQUE C.) Estimations mensuelles du 31.01.2004 au 31.12.2005*
- n° 43 Compte no 5 (BANQUE C.) Estimations mensuelles du 31.01.2006 au 31.12.2007*
- n° 44 I Compte no 5 (BANQUE C.) Estimations mensuelles du 31.01.2008 au 31.01.2009*
- n° 46 Compte no 6 (B.) Estimations mensuelles du 31.12.2004 au 31.12.2007*
- n° 47 I Compte no 6 (B.) Estimations mensuelles du 31.01.2008 au 31.01.2009*

We would like to draw your attention to the fact that any information contained in these documents shall only be used as provided for by art. 5 of the Treaty." (act. 14.1).

Par courrier du 15 mars 2012, l'OFJ a communiqué ce qui suit au conseil de la banque A.:

"En réponse à votre courrier du 29 février 2012, nous vous informons qu'il ne ressort pas de nos actes que votre mandante soit titulaire de l'un des comptes

concernés. Partant, votre mandante n'a pas la qualité de partie à la procédure d'entraide judiciaire citée sous rubrique.

Votre mandante ne serait légitimée à intervenir dans la procédure susmentionnée que dans la mesure où la transmission de documents relatifs à un compte détenu par l'un de ses clients contiendraient des informations se rapportant à la gestion de ses propres affaires (...). Or, tel ne semble pas être le cas en l'espèce.

A cet égard, nous relevons que votre courrier du 16 août 2011, lequel accompagnait les documents produits par votre cliente suite au courrier de cet office du 20 juillet 2011, vous indiquez uniquement que votre mandante ne peut consentir à une transmission simplifiée dans la mesure où il s'agit de documents soumis au secret bancaire. En revanche vous n'y faites aucune mention de documents internes de votre mandante.

Le fait est que, depuis ce courrier du 16 août 2011, aucune liste de pièces qui se rapporteraient à la gestion interne de votre mandante ne nous a été communiquée et ce, bien que vous ayez parfaitement connaissance des documents produits par votre mandante; les classeurs remis à cet Office le 16 août 2011 étant, selon votre courrier du 29 février 2011, "dûment classés et inventoriés" (annexes OFJ, pièce 11).

Par courrier du 11 avril 2012, le directeur de l'OFJ a indiqué ce qui suit au conseil de la banque A.:

"Référence est faite à votre courrier du 3 avril 2012, ainsi qu'à notre courrier du 4 avril 2012.

Nous vous confirmons que des documents ont été transmis depuis août 2011. Ces documents concernent des clients de votre mandante. Votre mandante n'est, elle-même, pas touchée par la transmission précitée.

A cet égard, nous vous rappelons que, s'agissant de la transmission de documents bancaires, l'établissement bancaire n'a pas qualité pour recourir contre la transmission de documents relatifs à un compte détenu par un client et n'est donc pas partie à la procédure y relative, dans la mesure où ces documents ne contiennent rien sur la gestion des propres affaires de la banque (...).

L'Office fédéral de la justice estime avoir ainsi répondu aux questions formulées dans votre courrier du 3 avril 2012." (act. 1.1).

G. Par mémoire posté le 23 avril 2012, la banque A. a saisi le Tribunal pénal fédéral et pris les conclusions suivantes:

"A la forme

1. Recevoir le présent recours.

Préalablement

2. Ordonner à l'Office fédéral de la justice de produire une liste détaillée des documents et moyens de preuve transmis aux autorités américaines depuis le 16 août 2011.

Ceci fait et au fond

3. Constaté que toute transmission de documents par l'Office fédéral de la justice intervenue depuis le 16 août 2011 aux autorités américaines est intervenue de façon irrégulière.

4. Ordonner à l'Office fédéral de la justice de rendre des ordonnances de clôture en bonne et due forme, assorties du principe de spécialité renforcé excluant en particulier toute utilisation des documents transmis hors de la procédure pénale et en particulier dans le cadre de la class action Q. et al. v. banque R. et al. intentée aux Etats-Unis contre la recourante.

5. Condamner tout opposant en tous les frais et dépens de la procédure qui comprendront une équitable participation aux honoraires d'avocat de la recourante." (act. 1.1, p. 3).

Invité à répondre au recours, l'OFJ a, par écrit du 25 mai 2012, conclu principalement à son irrecevabilité, subsidiairement à son rejet, le tout sous suite de frais (act. 7).

La recourante a répliqué en date du 15 juin 2012, modifiant la conclusion préalable prise dans son recours en ce sens que la Cour "[o]rdonne à l'Office fédéral de la justice de produire en mains du Tribunal pénal fédéral l'original de sa lettre du 12 mars 2012 au Département de la justice" (act. 12, p. 3). L'OFJ a, par envoi du 27 juin 2012, produit la "copie originale" dudit courrier, précisant que l'original avait été transmis aux autorités américaines. Il a pour le surplus indiqué qu'il renonçait à dupliquer.

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

La Cour considère en droit:

1. L'entraide judiciaire 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).

1.1 L'EIMP 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 137 IV 33 consid. 2.2.2; 136 IV 82 consid. 3.1; 124 II 180 consid. 1.3; 129 II 462 consid. 1.1; arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2010.9 du 15 avril 2010, consid. 1.3). L'application de la norme la plus favorable doit avoir lieu dans le respect des droits fondamentaux (ATF 135 IV 212 consid. 2.3; 123 II 595 consid. 7c).

1.2

1.2.1 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'OFJ relative à la clôture de la procédure d'entraide et, conjointement, les décisions incidentes antérieures de l'autorité d'exécution. L'alinéa 1bis de cette disposition prévoit encore que les décisions incidentes antérieures à la décision de clôture qui sont prises sur la base de l'art. 11 LTEJUS peuvent faire l'objet d'un recours séparé.

1.2.2 En l'espèce, il n'existe pas à proprement parler de décision entreprise, dans la mesure où la recourante se plaint du fait que l'OFJ aurait transmis aux Etats-Unis, sans rendre de décision de clôture en bonne et due forme, des documents bancaires contenant notamment des informations relatives à la gestion de ses propres affaires. L'OFJ ayant indiqué, dans le cadre de l'échange d'écritures intervenu en lien avec la présente procédure, qu'une partie des documents produits par la recourante ont bel et bien été transmis aux Etats-Unis à compter du mois d'août 2011, il y a lieu d'assimiler la démarche de la recourante à un recours contre une décision finale.

1.3 Déposé à un bureau de poste suisse dans le délai de l'art. 17c LTEJUS, soit dans les 30 jours à compter du moment où la recourante a reçu la confirmation de l'OFJ que certaines des pièces produites par ses soins avaient été transmises aux Etats-Unis sans faire l'objet d'une décision de clôture, le recours est intervenu en temps utile.

1.4

1.4.1 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.

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 susmentionné consid. 2.4 et 2.5).

1.4.2 La recourante allègue que si la majorité des documents transmis aux Etats-Unis par l'OFJ depuis août 2011, et en particulier le 12 mars 2012, portaient sur des comptes clients n'étant pas susceptibles de fonder sa qualité pour recourir, une partie tout de même de la documentation en question concernait strictement la marche de ses affaires internes. S'agissant de l'envoi du 12 mars 2012, elle mentionne à cet égard quatre classeurs sur le total de vingt-trois qui ont été envoyés aux Etats-Unis à cette date (act. 12, p. 6 s.). Dans la mesure où il ressort du dossier que la documentation remise par la recourante à l'OFJ le 13 septembre 2011, sous la forme de trente classeurs, est effectivement susceptible de contenir de la documentation portant sur la marche des affaires internes de la recourante (v. *supra* let. C et D), et même si l'OFJ indique avoir pris la peine d'effectuer un tri desdites pièces avant de procéder à l'envoi aux Etats-Unis de 23 classeurs le 12 mars 2012, il y a lieu de reconnaître à la recourante la qualité pour recourir au vu de la possibilité que des documents relatifs à ses affaires internes figurent tout de même au nombre de ceux envoyés aux Etats-Unis.

2. La recourante reproche en substance à l'OFJ d'avoir doublement violé son droit d'être entendue, soit, d'une part, sous l'angle du droit de se voir notifier la décision incidente du 13 décembre 2011, et, d'autre part, sous celui du droit de participer au tri des pièces en compagnie des agents de l'Etat étranger.

2.1 La recourante se plaint d'abord du fait que l'OFJ ne lui a pas notifié sa décision incidente du 13 décembre 2011 aux termes de laquelle ce dernier est, d'une part, entré en matière sur la demande d'entraide complémentaire américaine portant sur les documents produits par la recourante en date du 16 août 2010, et a, d'autre part, autorisé la présence des fonctionnaires

américains à une séance de tri des pièces susmentionnées (v. *supra* let. E).

2.1.1 Le droit d'être entendu garantit aux parties le droit de recevoir les décisions qui les concernent, afin notamment de pouvoir exercer le droit de recours que leur accorde la loi (v. ATF 107 Ib 170 consid. 3). A teneur de l'art. 80m al. 1 EIMP, l'autorité d'exécution notifie ses décisions à l'ayant droit domicilié en Suisse (let. a) et à l'ayant droit résidant à l'étranger qui a élu domicile en Suisse (let. b). L'art. 9 OEIMP précise à ce sujet que la partie qui habite à l'étranger ou son mandataire doit désigner un domicile de notification en Suisse; à défaut, la notification peut être omise. Le droit à la notification s'éteint lorsque la décision de clôture de la procédure d'entraide est exécutoire (art. 80m al. 2 EIMP). Quant à l'art. 80n EIMP, il prévoit que le détenteur de documents a le droit d'informer son mandant de l'existence de la demande et de tous les faits en rapport avec elle, à moins que l'autorité compétente ne l'ait expressément interdit, à titre exceptionnel, sous la menace des sanctions prévues par l'art. 292 CP (al. 1); l'ayant droit qui intervient en cours de procédure ne peut plus attaquer la décision de clôture entrée en force (al. 2).

2.1.2 En l'espèce, il apparaît que la décision incidente du 13 décembre 2011 s'inscrit expressément dans le prolongement de la demande d'entraide américaine du 13 mai 2009 et de son complément du 8 février 2010, à l'occasion desquels les décisions d'entrée en matière et de clôture avaient été notifiées à la recourante (act. 1.17; annexes OFJ, pièce 1). L'OFJ avait d'ailleurs relevé dans ce cadre que les documents visés "*concern[ai]ent tant l'activité propre de la banque que les relations bancaires détenues par B., non couvertes par une précédente décision de clôture*" et que dans ces conditions, la décision devait "*être notifiée tant à la Banque qu'aux titulaires des comptes affectés*" (act. 1.22, p. 4 ch. III).

Dans la mesure où il ressort du dossier que les documents visés par la décision incidente du 13 décembre 2011 ont été réunis par la recourante en 2010 déjà, et ce précisément dans le cadre de l'exécution de la requête complémentaire du 8 février 2010 ayant fait l'objet de la décision de clôture du 3 janvier 2011 susmentionnée, il n'est pas compréhensible que l'OFJ ait renoncé à notifier sa décision d'entrée en matière à la recourante. Dès lors qu'il a estimé nécessaire de rendre une décision d'entrée en matière complémentaire s'inscrivant dans la droite ligne des décisions rendues jusqu'ici en exécution de la demande américaine, et que toutes les décisions antérieures avaient été notifiées à la recourante, l'OFJ ne pouvait ignorer que cette dernière pourrait être touchée par dite décision. Il devait partant la lui

notifier immédiatement. En omettant de ce faire, l'OFJ n'a pas respecté le droit d'être entendue de la recourante. Au demeurant, c'est le lieu de rappeler que la jurisprudence impose à l'autorité d'exécution de notifier à la banque sa décision d'entrée en matière, indépendamment de la question de savoir si celle-là est directement touchée ou non par les mesures requises, dès lors qu'est ordonnée l'édition de documents bancaires relatifs à ses clients (ATF 130 II 505 consid. 2.3).

2.2 La recourante reproche en second lieu à l'autorité d'exécution d'avoir violé son droit d'être entendue en ce sens qu'elle aurait été empêchée de participer à la procédure de tri des pièces en présence des fonctionnaires de l'Etat étranger.

2.2.1 La participation du détenteur au tri des pièces à remettre à l'Etat requérant découle, au premier chef, de son droit d'être entendu (ATF 116 Ib 190 consid. 5). Cette participation doit aussi être conçue comme un corollaire de la règle de la bonne foi régissant les rapports mutuels entre l'Etat et les particuliers (art. 5 al. 3 Cst.), en ce sens que ceux-ci sont tenus de collaborer à l'application correcte du droit par l'autorité. En matière d'entraide judiciaire, cela implique pour la personne soumise à des mesures de contrainte d'aider l'autorité d'exécution, notamment pour éviter que celle-ci n'ordonne des mesures disproportionnées, partant inconstitutionnelles. Ainsi, la personne touchée par la perquisition et la saisie de documents lui appartenant est tenue, à peine de forclusion, d'indiquer à l'autorité d'exécution quels documents ne devraient pas, selon elle, être transmis et pour quels motifs. Ce devoir de collaboration découle du fait que le détenteur des documents en connaît mieux le contenu que l'autorité; il facilite et simplifie la tâche de celle-ci et concourt ainsi au respect du principe de la célérité de la procédure ancré à l'art. 17a al. 1 EIMP. Cette obligation est applicable non seulement dans la procédure de recours, mais aussi au stade de l'exécution de la demande. Sous l'angle de la bonne foi, il ne serait en effet pas admissible que le détenteur de documents saisis laisse l'autorité d'exécution procéder seule au tri des pièces, sans lui prêter aucun concours, pour lui reprocher après coup, dans le cadre d'un recours, d'avoir méconnu le principe de la proportionnalité. Dans ce sens, le tri des pièces n'est pas l'affaire exclusive de l'autorité d'exécution. Lorsque l'autorité d'exécution autorise des fonctionnaires étrangers à participer au tri des pièces, la Cour de céans a eu l'occasion de préciser que la présence du détenteur de ces dernières, ou de son représentant, lors des opérations de tri n'est pas indispensable (v. arrêts du Tribunal pénal fédéral RR.2010.262 du 11 juin 2012, consid. 6.3 p. 27; RR.2009.37-38 du 2 septembre 2009, consid. 4.3). En effet, selon la jurisprudence, ce qui importe c'est que le détenteur ait eu

l'occasion, concrète et effective, de se déterminer au sujet des informations à transmettre, afin de lui permettre d'exercer son droit d'être entendu et de satisfaire à son obligation de coopérer à l'exécution de la demande (ATF 126 II 258 consid. 9 b).

2.2.2 En l'espèce, il appert que la recourante, en tant que détenteur des documents ne s'est pas vue aménager la possibilité concrète et effective de participer au tri des pièces qu'elle a elle-même produites. Certes découle-t-il des principes exposés au considérant précédent que la recourante ne disposait pas du droit à être forcément présente "physiquement" au moment du tri des pièces effectué en présence des représentants de l'Etat étranger. Il n'en demeure pas moins qu'elle aurait dû être informée des modalités de tri mises en œuvre par l'OFJ (v. ZIMMERMANN, n° 724 avant la note de bas de page n° 1235 et la référence à l'arrêt du Tribunal fédéral 1A.107/2006 du 10 août 2006), et ceci fait, aurait dû se voir aménager la possibilité *concrète et effective* de se déterminer sur la question du tri des pièces. L'OFJ ne saurait être suivi lorsqu'il estime que la recourante aurait manqué à son obligation de collaboration du fait qu'elle n'a pas, au moment de son envoi du 16 août 2011 (v. *supra* let. D) déjà, indiqué précisément les pièces qui ne devaient pas, selon elle, faire l'objet d'une remise aux autorités américaines. Il s'agissait là de la *première* étape de l'exécution de l'entraide, soit celle de la saisie des documents que l'autorité d'exécution juge utiles pour l'exécution de la demande (v. ATF 130 II 14 consid. 4.4 p. 17; ZIMMERMANN, op. cit., n° 724). Le tri des pièces proprement dit constitue une étape ultérieure de la procédure, à laquelle le détenteur doit se voir octroyer la possibilité concrète et effective de participer (v. *supra*, consid. 2.2.1). La recourante était partant en droit d'attendre de l'OFJ que ce dernier l'informe de la suite de la procédure et lui permette de se déterminer sur la question du tri des pièces. A la lumière de ces principes, il apparaît que le droit d'être entendue de la recourante n'a pas non plus été respecté sous l'angle de son droit à participer au tri des pièces.

2.3 C'est partant à juste titre que la recourante invoque la violation de son droit d'être entendue dans le cadre de la procédure B 212'572 diligentée devant l'OFJ.

3.

3.1 Lorsqu'une violation du droit d'être entendu est commise par l'autorité d'exécution, la procédure de recours devant la Cour des plaintes en permet en principe la réparation (art. 49 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative [PA; RS 172.021]), applicable par renvoi de

l'art. 39 al. 2 let. b de la loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération [LOAP; RS 173.71]; TPF 2008 172 consid. 2.3; 2007 57 consid. 3.2; ZIMMERMANN, op. cit., n° 486 et les arrêts cités). A teneur de l'art. 61 al. 1 PA, l'autorité de recours peut exceptionnellement renvoyer l'affaire à l'autorité inférieure, avec des instructions impératives. Un tel renvoi se justifie notamment lorsque l'autorité inférieure viole le droit d'être entendu d'une partie en rapport avec la question litigieuse (TPF 2009 49 consid. 4.3; CAMPRUBI *in* Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zurich/Saint-Gall 2008, n° 11 ad art. 61). Tel a bien été le cas en l'espèce puisque la question litigieuse portait précisément sur le déroulement de la procédure de tri des pièces opérée par l'OFJ et sur le principe même de la participation de la recourante à cette procédure.

- 3.2** La Cour de céans ne peut que constater que la remise, aux autorités américaines, des documents tirés des trente classeurs produits par la recourante le 16 août 2011 dans le cadre de la procédure référencée B 212'572, n'a pas respecté les principes applicables en la matière. L'OFJ est par conséquent invité, dans une première phase, à donner l'occasion concrète et effective à la recourante de se déterminer sur la question du tri des pièces contenues dans les classeurs susmentionnés, et, dans une seconde phase, à rendre une ordonnance de clôture dûment motivée sur le sort des pièces en question. L'OFJ se prononcera également dans ce cadre sur la requête de la recourante tendant à ce que l'éventuelle transmission de pièces soit assortie d'une réserve de la spécialité "renforcée" (v. *supra* let. G).
- 3.3** En cas de transmission irrégulière ou prématurée de renseignements, comme en l'espèce, il y a lieu de rappeler qu'une telle situation ne peut porter préjudice à l'Etat requérant qui n'en est pas responsable (arrêt du Tribunal fédéral 1A.94/2001 du 25 juin 2001, consid 3c). Dès lors, seule une demande de non-utilisation de la documentation jusqu'à conclusion de la procédure pourrait être envisagée. Il appartiendra à l'OFJ d'intervenir auprès des autorités américaines afin d'obtenir, le cas échéant, la suspension de l'utilisation des informations transmises prématurément.
- 4.** Il découle de ce qui précède que le recours doit être admis, l'OFJ étant invité à procéder dans le sens des considérants.
- 5.**

 - 5.1** En règle générale, les frais de procédure comprenant l'émolument d'arrêt, les émoluments de chancellerie et les débours sont mis à la charge de la

partie qui succombe (art. 63 al. 1 PA, applicable par renvoi de l'art. 39 al. 2 let. b LOAP). Aucun frais de procédure n'est mis à la charge des autorités inférieures, ni des autorités fédérales recourantes et déboutées; si l'autorité recourante qui succombe n'est pas une autorité fédérale, les frais de procédure sont mis à sa charge dans la mesure où le litige porte sur des intérêts pécuniaires de collectivités ou d'établissements autonomes (art. 63 al. 2 PA). Des frais de procédure ne peuvent être mis à la charge de la partie qui a gain de cause que si elle les a occasionnés en violant des règles de procédure (art. 63 al. 3 PA). En application de ces principes, le présent arrêt doit être rendu sans frais. La caisse du Tribunal pénal fédéral restituera à la recourante l'avance de frais versée par CHF 5'000.--.

- 5.2** En cas de violation du droit d'être entendu commise par l'autorité d'exécution dans le cadre d'une procédure d'entraide, le droit à une indemnité au sens de l'art. 64 al. 1 PA est notamment donné lorsque la violation ne peut être corrigée par la juridiction de recours; en pareille hypothèse, le recours doit être admis et le dossier renvoyé à l'autorité inférieure en application de l'art. 61 al. 1 PA (TPF 2008 172 consid. 7.2). En l'espèce, le conseil du recourant n'a pas produit de liste des opérations effectuées. Vu l'ampleur et la difficulté de la cause, et dans les limites 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), l'indemnité est fixée *ex aequo et bono* à CHF 2'000.-- (TVA comprise), à la charge de la partie adverse.

Par ces motifs, la Cour des plaintes prononce:

1. Le recours est admis dans le sens des considérants.
2. L'arrêt est rendu sans frais. La caisse du Tribunal pénal fédéral restituera à la recourante l'avance de frais effectuée par CHF 5'000.--.
3. Une indemnité de CHF 2'000.-- (TVA comprise) est allouée à la recourante, à charge de la partie adverse.

Bellinzone, le 13 décembre 2012

Au nom de la Cour des plaintes
du Tribunal pénal fédéral

Le président:

Le greffier:

Distribution

- Me Olivier Wehrli, avocat
- Office fédéral de la justice, Office central USA

Indication des voies de recours

Le recours contre une décision en matière d'entraide pénale internationale doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les 10 jours qui suivent la notification de l'expédition complète (art. 100 al. 1 et 2 let. b LTF).

Le recours n'est recevable contre une décision rendue en matière d'entraide pénale internationale que s'il a pour objet une extradition, une saisie, le transfert d'objets ou de valeurs ou la transmission de renseignements concernant le domaine secret et s'il concerne un cas particulièrement important (art. 84 al. 1 LTF). Un cas est particulièrement important notamment lorsqu'il y a des raisons de supposer que la procédure à l'étranger viole des principes fondamentaux ou comporte d'autres vices graves (art. 84 al. 2 LTF).