

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/1683/2016

ACPR/119/2019

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du lundi 11 février 2019

Entre

A _____ **S.A.**, ayant son siège au _____, Luxembourg, comparant par M^c Jean-Marc CARNICÉ, avocat, BianchiSchwald Sàrl, rue Jacques-Balmat 5, case postale 5839, 1211 Genève 11,

recourante,

contre la décision rendue le 4 mai 2018 par le Ministère public,

et

B _____, domiciliée _____, France, comparant par M^c Grégoire MANGEAT, avocat, Mangeat Avocats Sàrl, passage des Lions 6, case postale 5653, 1211 Genève 11,

LE MINISTÈRE PUBLIC de la République et canton de Genève, route de Chancy 6B, 1213 Petit-Lancy - case postale 3565, 1211 Genève 3,

intimés.

EN FAIT :

- A. a.** Par acte expédié au greffe de la Chambre de céans le 17 mai 2018, A_____ S.A. recourt contre la décision du 4 mai 2018, notifiée le 7 mai 2018, par laquelle le Ministère public a donné les motivations du séquestre ordonné le 27 janvier 2016 et portant sur les comptes 611.803 à -11, 612.143 à -5 et 613.194 au sein de la banque C_____ S.A. (ci-après: C_____), à Genève.

La recourante conclut, sous suite de frais et dépens, préalablement, à la levée du séquestre sur les (treize) comptes suivants, auprès de la C_____ :

- 1_____;
- 2_____;
- 3_____;
- 4_____;
- 5_____;
- 6_____;
- 7_____;
- 8_____;
- 9_____;
- 10_____;
- 11_____;
- 12_____;
- 13_____.

b. La recourante a versé les sûretés en CHF 2'500.- qui lui étaient réclamées par la Direction de la procédure.

- B.** Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. Le 27 janvier 2016, le Bureau de communication en matière de blanchiment (MROS) a fait parvenir au Ministère public une communication de soupçon de blanchiment d'argent, au sens de l'art. 305^{ter} al. 2 CP, qui lui était parvenue le 29 décembre 2015.

Le signalement avait notamment pour objet des valeurs patrimoniales déposées sur les comptes précités, ouverts au nom de la société de droit luxembourgeois A_____ S.A et dont l'ayant droit économique est D_____.

Après analyse de la documentation, il était apparu que la relation d'affaires devait servir à des fins de "titrisation", au Luxembourg. Quant à l'origine des valeurs patrimoniales, le nom de B_____, famille qui pesait plusieurs milliards d'euros, avait été mentionné dans un message électronique. Toutefois, aucun document ne mentionnait cette famille comme légitime propriétaire et ayant droit économique des valeurs patrimoniales.

De plus, différents sous-comptes avaient été crédités de montants en provenance d'un compte ouvert au nom de l'Étude de l'avocat C_____. Ainsi, le 10 avril 2015, des bonifications avaient été effectuées sur les sous-comptes pour un total de CHF 112'440'000.-.

C_____ avait utilisé un formulaire R pour recevoir préalablement les fonds, bien que la titrisation n'entrât pas dans le domaine des activités propres de l'avocat.

Les différents sous-comptes de A_____ S.A. présentaient un dépôt-titres et une activité de gestion de fortune qui ne semblait pas correspondre à une activité de titrisation, laquelle portait, en principe, sur l'émission de titres financiers sur le marché des capitaux. Une telle activité n'avait pas été constatée sur la base des documents envoyés par l'intermédiaire financier; l'activité réelle ressemblait plutôt à de la gestion de fortune.

Les fonds provenaient d'un autre intermédiaire financier. Le compte de l'avocat avait été alimenté en 2014 de titres que ce dernier avait vendus à partir de mars 2015 pour CHF 110'408'728.-, virés peu après, en avril 2015, sur les différents sous-comptes de A_____ S.A.

Il était difficile de comprendre pourquoi des titres d'une valeur de plus de CHF 100'000'000.- avaient été transférés sur un compte couvert par le formulaire R, puis vendus par l'avocat, et le solde transféré sur des sous-comptes pour être réinvestis dans différents titres.

Cette opération laissait planer le doute que le compte de l'avocat avait été utilisé pour liquider le portefeuille tout en garantissant l'interruption du "*paper trail*". Cette activité était propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales provenant d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié.

Il existait dès lors un soupçon de blanchiment d'argent (art. 305^{bis} CP), dont les crimes préalables pourraient être l'abus de confiance aggravé (art. 138 ch. 2 CP) et l'escroquerie (art. 146 CP).

b. Le 27 janvier 2016, le Ministère public a notifié une ordonnance de séquestre à la C_____, après avoir ouvert une procédure pour blanchiment d'argent (art. 305^{bis} CP).

c. Le 27 avril 2016, il a spontanément avisé (art. 67a EIMP) le Parquet national financier français, à Paris, que les fonds parvenus chez C_____ et dont D_____ se déclarait l'ayant droit économique devaient permettre l'émission d'obligations au porteur, dont B_____ ou ses héritiers deviendraient les souscripteurs et détenteurs; C_____ en était la *nominee*, sans désignation du représenté, ainsi que le souscripteur et l'obligataire apparents. De telles opérations "*résistaient*" aux plus récents instruments de coopération internationale en matière pénale et fiscale.

Selon un document produit par la recourante (pièce n° 35), la police française a, le 16 juin 2016, rendu compte de ces informations au Parquet national financier français et suggéré de demander une copie du dossier suisse par voie d'entraide pénale internationale. La suite réservée à cette suggestion n'est pas connue.

d. Le Ministère public a procédé à plusieurs auditions, notamment, le 9 septembre 2016, à celle de B_____, entendue à titre de renseignements.

B_____, qui ignorait tout de la signification d'une titrisation, a expliqué que sa fortune en Suisse provenait de son grand-père et qu'elle ni son mari n'avaient pensé utile de déclarer au fisc français, car ils souhaitaient s'en servir comme d'une "*compensation*" pour leurs enfants. Ceux-ci étant en désaccord entre eux, elle n'avait plus souhaité leur donner cet argent "*tout de suite*" et avait changé d'avis aussi sur sa régularisation, qu'elle avait envisagée dans un premier temps; elle essayait de gagner quelques années vis-à-vis du fisc français. La banque qui détenait l'argent n'avait plus voulu le conserver en raison des nouvelles règles fiscales appliquées en France et avait proposé de le transférer à la C_____ Il avait été question de "*cases*" à créer, à raison d'une par enfant ou petit-enfant, et ce, pour la durée de 10 ans. Elle avait en effet compris qu'à l'échéance de ce délai elle n'encourrait plus de pénalité fiscale et que ce mécanisme la laisserait propriétaire de sa fortune dans l'intervalle.

e. Le 12 mai 2017, la Chambre de céans a admis le recours formé par A_____ S.A. contre les séquestres et a renvoyé la cause au Ministère public pour que celui étaye les soupçons du crime préalable à un éventuel blanchiment d'argent, autrement dit expose en quoi les valeurs sous séquestre proviendraient d'un crime ou – après le 1^{er} janvier 2016 – d'un délit fiscal qualifié, au sens de l'art. 305^{bis} ch. 1^{bis} CP (ACPR/312/2017 consid. 6).

Le Ministère public a immédiatement transmis cette décision à B_____ (qui lui avait communiqué, dans l'intervalle, copie de la plainte qu'elle a déposée à Paris le 31 janvier 2017 pour abus de faiblesse, abus de confiance et escroquerie "*pour abus de*

qualité vraie" contre, notamment, D_____ et C_____), en l'invitant à se déterminer sur le séquestre, le bien-fondé de celui-ci et une éventuelle levée.

B_____ a répondu en demandant le maintien de la mesure, dans l'attente d'une analyse du dossier.

f. Le 21 septembre 2017, D_____ a été mis en prévention d'escroquerie, abus de confiance, gestion déloyale, faux dans les titres et blanchiment d'argent aggravé pour avoir élaboré un mécanisme financier, "*sophistiqué et incompréhensible, à tout le moins par B_____*" (sic), dans le but de la priver de tout contrôle sur ses avoirs.

B_____ s'est constituée partie plaignante, renvoyant à sa plainte pénale déposée en France.

Le Ministère public a expliqué que le séquestre était maintenu, au titre de produits des infractions au patrimoine et du blanchiment d'argent; les faux pouvant se rattacher, notamment, à l'identification de l'ayant droit économique.

g. Le 14 novembre 2017, le Ministère public a décerné une commission rogatoire internationale au Luxembourg. Reprenant ses constatations communiquées à l'autorité pénale française (let. **B.c. supra**), il ajoute que ni les investigateurs ni les témoins, dont des banquiers, n'avaient pu comprendre ou expliquer le mécanisme de titrisation mis en œuvre, qui n'en apparaissait que plus insolite.

h. B_____ a déclaré à l'audience du 11 décembre 2017 que la régularisation de sa situation fiscale en France suivait son cours. Le 30 janvier 2018, elle a demandé par écrit au Ministère public de lever partiellement le séquestre, afin de payer les rappels d'impôts et pénalités mis à sa charge par l'autorité compétente française pour les années antérieures à 2015. La question a été abordée lors de l'audience d'instruction du lendemain, sans que l'on parvienne à y déceler la position du Ministère public.

i. B_____ et D_____ ont été confrontés les 31 janvier et 1^{er} février 2018. B_____ a confirmé avoir voulu remettre l'argent à ses huit petits-enfants lorsque tout serait "*clean*", *i.e.* régularisé, mais elle en était "*toujours restée*" à "*onze ou douze*" [et non treize] "*compartiments*" pour ses avoirs à la C_____, parce que trois compartiments supplémentaires avaient été créés pour ses trois enfants.

j. Le 4 avril 2018, le Ministère public a communiqué à A_____ S.A. le texte de sa commission rogatoire au Luxembourg (cf. let. **B.g. supra**).

k. Par pli du 3 mai 2018, A_____ S.A. a demandé au Ministère public de lever les séquestres.

- C. À l'appui de la décision querellée, le Ministère public explique que les pièces saisies au Luxembourg seraient examinées de manière contradictoire. Les explications reçues de A_____ S.A. et de D_____ n'étaient pas de nature à dissiper les soupçons initiaux. Il était par conséquent trop tôt pour lever les séquestres, prononcés sur des avoirs suspectés de provenir d'infractions au détriment de B_____.
- D. a. À l'appui de son recours, A_____ S.A. relève que le Ministère public n'est toujours pas en mesure d'expliquer les soupçons à l'origine du séquestre, qui durait depuis plus de deux ans et demi. Cette carence était constitutive d'une violation du droit d'être entendu. Le Ministère public se retranchait maintenant derrière des éléments attendus du Luxembourg, alors que tous les mouvements de fonds avaient eu lieu en Suisse. Or, il était établi que B_____ avait acquis, par son *nominee*, "douze" émissions obligataires au porteur en avril 2015. La C_____ l'avait parfaitement et correctement identifiée comme la bénéficiaire économique de l'opération.
- b. Dans ses observations, le Ministère public expose que l'instruction avait connu des progrès et amené de nouveaux soupçons. Une ample documentation avait été saisie au Luxembourg, mais sa transmission en Suisse semblait se heurter à des recours. D_____ ne coopérait plus, ce qui compliquait la résolution des questions du propriétaire des fonds et de leur origine délictueuse. La complexité de la procédure ne faisait que se renforcer. Les seuls investissements mis au jour semblaient avoir profité au précité, à ses associés ou à une amie intime. Un procédé "*partiellement symétrique*" émergeait au détriment d'une autre cliente de la recourante. Le séquestre n'apparaissait pas disproportionné.
- c. Dans le délai, prolongé, qui lui a été imparti pour se déterminer sur le recours, B_____ s'estime trompée par, notamment, D_____. Le séquestre devait permettre de lui restituer ses fonds, car elle n'avait jamais voulu de titrisation ni qu'un *nominee* agît pour elle; elle n'avait d'ailleurs jamais rencontré C_____. En raison de son grand âge, elle était victime d'un abus de faiblesse, qui relevait de l'escroquerie par métier ou de l'usure. On lui avait tu qu'elle perdrait la propriété de ses actifs, et D_____ n'avait émis de certificats d'obligation à son nom [à elle] qu'à la suite de l'audience du 9 septembre 2016, après avoir beaucoup varié dans ses explications sur la création de titres au porteur, puis nominatifs, etc. Pour tenter de rétablir sa situation sur le plan pénal, D_____ lui avait finalement demandé, en 2018, la copie d'une pièce d'identité, au prétendu motif de compléter le dossier de *compliance*. Lui et d'autres s'étaient, en outre, servi des honoraires sans avoir aucun mandat.
- d. Quelques jours après le dépôt de ses observations, B_____, produisant un avis de droit, a soulevé un incident à teneur duquel la recourante n'avait pas la capacité d'ester en justice, pour n'avoir plus eu de conseil d'administration constitué en conformité avec la loi luxembourgeoise, lors de la demande de levée, ainsi que lors

du dépôt du recours. Un des administrateurs de la recourante avait en effet été radié en juin 2018, et les mandats des deux autres étaient expirés depuis 2015.

e. A_____ S.A. a répliqué, produisant un autre avis de droit à teneur duquel le mandat [expiré] d'un administrateur perdurait tant qu'il n'avait pas été déposé et publié. Tel était le cas des mandats des deux administrateurs encore en place, restés inchangés. Pour le surplus, elle s'est déterminée sur les prises de position du Ministère public et de la partie plaignante, persistant dans ses conclusions et se demandant si l'instruction en cours ne servait pas, en réalité, au Parquet national financier français pour instruire sa propre procédure, dans laquelle B_____ avait le statut de prévenue. Or, la position adoptée par celle-ci en Suisse remettait en cause des décisions auxquelles elle avait pleinement adhéré, vraisemblablement pour se défendre devant l'autorité fiscale française.

f. B_____ a déclaré maintenir le contenu de sa réplique, et A_____ S.A., le contenu de la sienne. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT :

1. La capacité d'ester en justice de la recourante est contestée par l'intimée.

Celle-ci n'a pas soulevé son objection à ce sujet dans le délai – prolongé – qui lui avait été imparti pour présenter sa réponse au recours, mais quelques jours après, dans une écriture spontanée et sans référence à des arguments évoqués dans l'acte de recours. Or, de la même façon que le droit de réplique sert à déposer des observations au sujet d'une prise de position ou d'une pièce nouvellement versée au dossier (cf. ATF 137 I 195 consid. 2 p. 197 s.), mais non pas à apporter au recours des éléments qui auraient pu l'être pendant le délai légal (cf. ATF 135 I 19 consid. 2.2 p. 21; 132 I 42 consid. 3.3.4 p. 47; arrêt du Tribunal fédéral 6B_207/2014 du 2 février 2015 consid. 5.3 et les références citées), on doit considérer que tous les moyens et arguments des parties adverses pour s'opposer à un recours doivent être soutenus et développés dans le délai que leur a imparti la Direction de la procédure pour produire leurs déterminations (art. 390 al. 2 CPP).

Par ailleurs, l'intimée n'explique pas pourquoi elle ne s'est avisée qu'après avoir déposé ses observations, mais pas plus tôt, que la capacité d'ester de la recourante posait problème – alors même que la participation de cette dernière à la procédure était bien antérieure au dépôt du recours –.

La question n'est donc pas de savoir si, au vu de l'objection soulevée, la Direction de la procédure eût dû ordonner un second échange de mémoires (art. 390 al. 3 CPP), puisqu'aussi bien la recourante a réagi et pris position après que l'incident formé par

l'intimée lui a été communiqué. En revanche, la tardiveté et le principe de la bonne foi imposent de ne pas entrer en matière sur cette contestation.

De toute façon, l'objection tomberait à faux en tant qu'elle invoque l'art. 112 CPP, car cette disposition – qui vise à clarifier la représentation de l'entreprise lorsqu'une procédure pénale est dirigée contre elle – n'est pas applicable à la recourante et que l'extrait du Registre du commerce et des sociétés du Luxembourg, produit par l'intimée (pièce 25/1), montre que la recourante est engagée "*en toutes circonstances*" par les signatures conjointes de deux administrateurs, ce qui est le cas de la procuration conférée à son défenseur, telle qu'elle se lit en annexe à l'acte de recours.

2. Par ailleurs, le recours est recevable pour avoir été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 385 et 396 CPP), concerner une décision sujette à recours auprès de la Chambre de céans (art. 393 al. 1 let. a CPP) et émaner du tiers en main duquel un bien a été séquestré et qui prétend à des droits sur celui-ci, lui conférant ainsi la qualité pour agir (art. 105 al. 1 let. f et al. 2 CPP), car il a un intérêt juridiquement protégé à la modification ou à l'annulation d'une telle décision (art. 382 al. 1 CPP).
3. La recourante fait grief au Ministère public d'avoir insuffisamment motivé les raisons du maintien du séquestre de ses avoirs. Son droit d'être entendue était violé.

3.1. Les principes applicables ont été rappelés dans l'arrêt précédent de la Chambre de céans, auquel il peut être renvoyé, dès lors qu'il est connu de toutes les parties. Tout au plus convient-il d'insister sur le fait que la motivation doit être suffisante pour respecter le droit d'être entendu des personnes dont les actifs sont saisis et permettre à l'autorité de recours d'exercer son contrôle. Le droit d'être entendu est, en effet, une garantie constitutionnelle de caractère formel, dont la violation doit entraîner l'annulation de la décision, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond (ATF 135 I 187 consid. 2.2 p. 190; 122 II 464 consid. 4a p. 469). À titre exceptionnel, une violation du droit d'être entendu, pour autant qu'elle ne soit pas particulièrement grave, peut être considérée comme réparée lorsque la partie concernée a la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours disposant d'un pouvoir d'examen complet quant aux faits et au droit. Par ailleurs, même si la violation du droit d'être entendu est grave, une réparation du vice procédural devant l'autorité de recours est également envisageable dans le cas où un renvoi à l'autorité inférieure constituerait une vaine formalité (ACPR/312/2017 du 12 mai 2017 consid. 5.2. et les références).

3.2. En l'espèce, il est établi que, à réception de la décision de la Chambre de céans lui enjoignant de motiver l'ordonnance de séquestre frappant les avoirs de la recourante, le Ministère public n'a pas statué, mais a transmis cette décision à la partie plaignante – nouvellement constituée – pour qu'elle se détermine – elle – sur le

bien-fondé du séquestre (sic). Par la suite, loin de se prononcer après avoir recueilli cette détermination, il a mis en prévention D_____, en septembre 2017, puis lancé une commission rogatoire au Luxembourg, en novembre 2017.

On ne saurait tenir aucun de ces actes pour une "*motivation*", et encore moins pour une décision, à l'appui du séquestre contesté, d'autant moins que la recourante n'est pas partie à la procédure (cf. art. 104 CPP).

Il en va *a fortiori* de même des auditions et confrontations menées entre la mise en prévention et la décision présentement querellée.

Peu importe que la recourante ne se prévale pas d'un déni de justice : la violation de son droit d'être entendue, qui était suffisamment grave en 2017 pour que l'autorité de recours renvoie la cause au Ministère public afin qu'il la répare, ne l'est pas moins dix-mois plus tard avec le contenu de la décision attaquée, qui reste insuffisante.

En effet, on y chercherait en vain une explication sur l'existence de soupçons suffisants (art. 197 let. b CPP), le Ministère public se contentant d'affirmer qu'ils ne se sont pas dissipés et se réfugiant derrière l'instruction d'un autre volet de la procédure – qui ne concerne pas l'intimée – ou derrière des procédures qui seraient conduites en parallèle en France et au Luxembourg – et dans l'une de laquelle, selon la recourante qui n'a pas été démentie, l'intimée aurait le statut de prévenue –.

Or, les probabilités d'une confiscation, respectivement du prononcé d'une créance compensatrice, doivent se renforcer au cours de l'instruction et doivent être régulièrement vérifiées par l'autorité compétente, avec une plus grande rigueur à mesure que l'enquête progresse (ATF 122 IV 91 consid. 4 p. 96; arrêt du Tribunal fédéral 1B_416/2012 du 30 octobre 2012 consid. 2.1).

À cette aune, depuis trois ans que la mesure est en vigueur, la Chambre de céans n'est toujours pas en mesure d'exercer son contrôle sur l'intensité des charges à l'origine du séquestre querellé, à quoi s'ajoute, depuis sa précédente décision, la proportionnalité de la durée de la mesure.

Le recours doit par conséquent être admis pour violation du droit d'être entendu.

4. La décision querellée sera annulée, et la cause renvoyée au Ministère public pour nouvelle décision motivée (art. 397 al. 2 CPP).

La recourante n'invoquant pas de déni de justice, comme on l'a vu, il n'y a pas lieu de fixer de délai au Ministère public (cf. art. 397 al. 4 CPP). Toutefois, il est conforme au principe de célérité (art. 5 al. 1 CPP) que la décision de celui-ci soit prise

rapidement, d'autant plus que les positions des parties ont été abondamment exposées et sont connues.

Dans l'intervalle, et nonobstant le temps écoulé, le séquestre peut encore subsister. En effet, la recourante n'invoque plus de mise en péril de ses activités commerciales, et la partie plaignante n'a pas attaqué de son côté la décision du Ministère public, alors même qu'elle avait demandé une libération partielle des fonds pour s'acquitter de pénalités et rappels d'impôts en France.

5. L'admission du recours ne donne pas lieu à la perception de frais (art. 428 al. 1 et 4 CPP).
6. La recourante, tiers saisi qui a partiellement gain de cause, a demandé une indemnité pour ses frais d'avocat, qu'elle chiffre à CHF 7'200.- en limitant à seize heures les heures d'activité de son avocat.

Le dommage susceptible d'être compensé consiste dans une diminution du patrimoine du tiers lésé, qui pourra être matérielle, économique ou encore provoquée par les frais de défense et de procédure engagés pour faire valoir ses droits (arrêt du Tribunal fédéral 6B_1360/2016 du 10 novembre 2017 consid. 2).

Il apparaît toutefois que pareille prétention, qui repose sur l'art. 434 al. 1 CPP, se règle dans le cadre de la décision finale ou, si le cas est clair, par le Ministère public pendant la procédure préliminaire (art. 434 al. 2 CPP). Il ne sera donc pas entré en matière.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Admet le recours partiellement, annule la décision querellée et renvoie la cause au Ministère public pour nouvelle décision, au sens des considérants.

Dit que le séquestre ordonné par le Ministère public le 27 janvier 2016 subsiste dans l'intervalle.

Laisse les frais de la procédure de recours à la charge de l'État.

Ordonne la restitution à la recourante des sûretés versées.

Notifie le présent arrêt ce jour, en copie, à la recourante, soit pour elle son conseil, à B_____, soit pour elle son conseil, et au Ministère public.

Siégeant :

Monsieur Christian COQUOZ, président; Mesdames Daniela CHIABUDINI et Alix FRANCOTTE CONUS, juges; Monsieur Julien CASEYS, greffier.

Le greffier :

Julien CASEYS

Le président :

Christian COQUOZ

Voies de recours :

Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière pénale au sens de l'art. 78 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110); la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 78 à 81 et 90 ss LTF. Le recours doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14. Les mémoires doivent être remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF).