Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
1A.213/2003 /col

Arrêt du 5 décembre 2003
Ire Cour de droit public

Composition
MM. les Juges Aemisegger, Président de la Cour
et Président du Tribunal fédéral, Reeb et Féraud.
Greffier: M. Zimmermann.

Parties
R._____,
recourante, représentée par Me Bruno de Preux, avocat,

contre

Office fédéral de la justice, Division des affaires internationales, Section de l'entraide judiciaire internationale, Bundesrain 20, 3003 Berne.

Objet
entraide judiciaire internationale en matière pénale
à l'Allemagne,

recours de droit administratif contre les décisions
de l'Office fédéral de la justice des 20 août 2002 et
27 août 2003.

Faits:
A.
La République fédérale du Nigeria (ci-après: la République fédérale) a demandé l'entraide judiciaire à la Suisse pour les besoins de l'enquête ouverte au Nigeria au sujet des détournements de fonds publics dont se seraient rendus coupables feu Sani Abacha, chef de l'Etat de novembre 1993 à novembre 1998, ainsi que ses proches.
Parallèlement, le Procureur général du canton de Genève a, dans le même complexe de faits, ordonné l'ouverture d'une information pénale des chefs d'organisation criminelle (art. 260ter CP) et de blanchiment d'argent (art. 305bis CP). Dans le cadre de cette procédure (désignée sous la rubrique P/12983/99), le Juge d'instruction a fait saisir auprès de la banque W._____ la documentation relative au compte nouvert le 18 septembre 1996 et clos le 23 juin 1998 par la société nigériane R._____. Les ressortissants nigérians A._____ et B._____ étaient les ayants droit de ce compte, sur lequel le ressortissant allemand d'origine nigériane U._____ détenait une procuration.
B.
Le 11 juillet 2002, le Procureur général ("Leitender Oberstaatsanwalt") de Bochum a adressé à l'Office fédéral de la justice (ci-après: l'Office fédéral) une demande d'entraide fondée sur la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (CEEJ; RS 0.351.1), entrée en vigueur le 1er janvier 1977 pour l'Allemagne et le 20 mars 1967 pour la Suisse, ainsi que sur l'accord bilatéral complétant cette Convention, entré en vigueur le 1er janvier 1977 (l'Accord complémentaire; RS 0.351.913.61). La demande était présentée pour les besoins de la procédure ouverte contre les ressortissants allemands M._____, L._____, E._____, U._____ et D._____, soupçonnés de complicité d'abus de confiance ("Beihilfe zur Untreue") au sens de l'art. 266 du Code pénal allemand (dStGB), en relation avec l'art. 27 de la même loi. Ces délits auraient été commis en relation avec des paiements effectués par la société F._____, en faveur de ressortissants nigérians. M._____

et L._____ faisaient partie de la direction de F._____, dont l'une des sociétés sous-traitante était dirigée par E._____. Le 17 octobre 1989, la société nigériane N._____, dont la République fédérale détient 70% du capital, avait conclu avec
F._____ un contrat portant sur la construction d'une usine de fabrication de l'aluminium au Nigeria, pour un prix de 2,4 milliards DEM. Après son accession au pouvoir, Sani Abacha aurait exigé de profiter de la réalisation du projet. Entre le 17 novembre 1994 et le 9 juin 1998, F._____ aurait versé un montant total de 747'950'000 DEM à diverses sociétés et fondations contrôlées par Abacha et ses proches, sous le couvert de prestations fictives attestées par de fausses factures. Une partie de ces fonds aurait été virée sur le compte ouvert par R._____ auprès de la banque W._____. Les autorités allemandes soupçonnent les prévenus d'avoir aidé Abacha et ses proches à commettre des abus de confiance au détriment de N._____ et de la République fédérale. La demande tendait à la remise de la documentation utile pour l'enquête que détiendrait le Juge d'instruction genevois, ainsi qu'à la consultation de son dossier par un membre du Parquet de Bochum.
Le 20 août 2002, l'Office fédéral a rendu une décision d'entrée en matière au sens de l'art. 80a de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale, du 20 mars 1981 (EIMP; RS 351.1). Il a chargé le Juge d'instruction de procéder au tri des pièces se trouvant en sa possession, qui pourraient être utiles à la procédure ouverte dans l'Etat requérant, en présence d'Ekkehart Carl, Procureur auprès du Parquet de Bochum. Cette décision a été notifiée au Juge d'instruction uniquement. Elle a été communiquée pour information au Procureur général de Bochum.
Le 21 août 2002, l'Office fédéral a requis le Procureur Carl de lui confirmer qu'il n'établirait pas de copie des documents triés, et qu'aucune utilisation n'en serait faite avant l'entrée en force d'une décision de clôture de la procédure d'entraide. Le 23 août 2002, ces assurances ont été données.
Parmi les documents jugés utiles à la procédure allemande figurent les pièces, relatives au compte n, versées au dossier de la procédure P/12983/99 (classeur n°82), dont l'autorité requérante a demandé la remise, le 23 septembre 2002.
Le 8 juillet 2003, l'Office fédéral a notifié au mandataire de R._____ sa décision du 20 août 2002 et l'a invité à se déterminer sur une éventuelle remise simplifiée, au sens de l'art. 80c EIMP, du classeur n°82, ce à quoi R._____ s'est opposée, le 4 août 2003.
Le 27 août 2003, l'Office fédéral a rendu une décision de clôture selon l'art. 80d EIMP, portant sur la transmission du classeur n°82.
C.
Agissant par la voie du recours de droit administratif, R._____ demande principalement au Tribunal fédéral d'annuler les décisions des 27 août 2003 et 20 août 2002. A titre subsidiaire, elle conclut au renvoi de la cause à l'Office fédéral avec l'injonction de procéder, avec elle, au tri des pièces du classeur n°82. Elle invoque les art. 9 et 29 al. 2 Cst., 3 et 5 al. 1 let. a CEEJ, 64 et 80m al. 1 EIMP, ainsi que l'art. 9 de l'ordonnance d'exécution de l'EIMP (OEIMP; RS 351.11).
L'Office fédéral propose le rejet du recours dans la mesure de sa recevabilité.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
1.1 Les dispositions de la CEEJ et de l'Accord complémentaire l'emportent sur le droit autonome qui régit la matière, soit en l'occurrence l'EIMP et l'OEIMP. Celles-ci restent applicables aux questions non réglées, explicitement ou implicitement, par le droit conventionnel, et lorsqu'elles sont plus favorables à l'entraide (ATF 123 II 134 consid. 1a p. 136; 122 II 140 consid. 2 p. 142; 120 Ib 120 consid. 1a p. 122/123, 189 consid. 2a p. 191/192, et les arrêts cités). Le respect des droits fondamentaux est réservé (ATF 123 II 595 consid. 7c p. 617).
1.2 La décision ordonnant la transmission de la documentation bancaire à l'Etat requérant est attaquable par la voie du recours de droit administratif (cf. art. 25 al. 1 EIMP), qui est ouverte, simultanément contre la décision de clôture et les décisions incidentes antérieures (ATF 125 II 356 consid. 5c p. 363).
1.3 Les conclusions qui vont au-delà de l'annulation de la décision sont recevables (art. 25 al. 6 EIMP; art. 114 OJ; ATF 122 II 373 consid. 1c p. 375; 118 Ib 269 consid. 2e p. 275; 117 Ib 51 consid. 1b p. 56, et les arrêts cités). Le Tribunal fédéral examine librement si les conditions pour accorder l'entraide sont remplies et dans quelle mesure la coopération internationale doit être prêtée (ATF 123 II 134 consid. 1d p. 136/137; 118 Ib 269 consid. 2e p. 275).
1.4 Selon l'art. 80h let. b EIMP, mis en relation avec l'art. 9a let. a OEIMP, la recourante a qualité pour agir

contre la transmission de la documentation relative au compte ndont elle est titulaire (ATF 127 II 198 consid 2d p. 205; 126 II 258 consid. 2d/aa p. 260; 125 II 356 consid. 3b/bb p. 362, et les arrêts cités).
1.5 Dans les domaines qui, comme en l'espèce, relèvent de la juridiction administrative fédérale, comme la coopération judiciaire en matière pénale, le recours de droit administratif permet aussi de soulever le grief de la violation des droits constitutionnels, en relation avec l'application du droit fédéral (ATF 124 II 132 consid. 2a p. 137, et les arrêts cités).
2.
La recourante reproche à l'Office fédéral de ne pas lui avoir notifié immédiatement sa décision d'entrée en matière et d'avoir communiqué celle-ci à l'autorité requérante.
2.1 Le droit du particulier de recevoir la décision qui le concerne découle de son droit d'être entendu (ATF 124 II 124 consid. 2a p. 127; 107 Ib 170 consid. 3 p. 175/176, et les arrêts cités). En application de ce principe, l'autorité d'exécution notifie ses décisions à l'ayant droit résidant à l'étranger qui a élu domicile en Suisse (art. 80m al. 1 let. b EIMP).
La décision du 20 août 2002 confie au Juge d'instruction la tâche de procéder, avec l'aide d'un représentant de l'autorité de poursuite étrangère, au tri des pièces contenues dans le dossier de la procédure pénale interne, en vue de repérer celles qui présenteraient un lien avec les faits décrits dans la demande d'entraide. Compte tenu de ce que le cercle des personnes touchées par l'exécution de cette tâche était indéterminé, l'Office fédéral a décidé de différer la notification de la décision d'entrée et d'y procéder conjointement avec la décision de clôture.
Lorsque l'objet des mesures requises est défini de manière aussi générale qu'en l'espèce, l'autorité d'exécution n'est pas en mesure de désigner exactement à l'avance les personnes touchées. Il n'était de surcroît guère envisageable de notifier la décision d'entrée en matière aux nombreuses personnes (physiques et morales) parties à la procédure P/12983/99. De ce point de vue, le choix opéré par l'Office fédéral paraît raisonnable.
La recourante objecte toutefois qu'elle est citée nommément dans la demande du 11 juillet 2002. L'Office fédéral connaissait son implication dans les péripéties précédentes de l'affaire Abacha en Suisse, où elle avait élu domicile auprès de son mandataire genevois. Sachant cela, l'Office fédéral aurait dû lui notifier sa décision du 20 août 2002. Cet argument, non dénué de poids, n'est cependant pas déterminant. Le 21 août 2002, l'Office fédéral a pris la précaution de prévenir tout risque d'utilisation intempestive des renseignements obtenus par le Procureur Carl lors du tri des pièces effectué avec le concours du Juge d'instruction. Il convient de considérer en outre que si des tiers avaient été touchés, il aurait fallu procéder à plusieurs notifications espacées dans le temps, ce qui aurait pu créer des incertitudes et nuire à la sécurité du droit. Quoi qu'il en soit, la solution retenue par l'Office fédéral, même critiquable, n'a de toute manière pas porté à conséquence, puisqu'aucune information n'a été divulguée prématurément, ni la recourante empêchée d'agir.
2.2 Hormis des exceptions non réalisées en l'espèce, l'Etat requérant n'est pas partie à la procédure d'entraide. Il n'a pas à recevoir les décisions rendues par les autorités d'exécution et de recours (cf. l'arrêt 1A.43/2003, consid. 3.2). L'Office fédéral a méconnu cette règle en communiquant sa décision du 20 août 2002 à l'autorité requérante, défaut qu'il devra corriger pour ce qui concerne la notification de la décision de clôture, une fois celle-ci entrée en force. Cela étant, la recourante ne peut pas prétendre avoir subi un quelconque préjudice à cet égard. La décision du 20 août 2002 ne renferme rien que les autorités allemandes ne savaient déjà au moment où elles l'ont reçue.
3.
La recourante soutient que la condition de la double incrimination ne serait pas remplie.
3.1 Selon l'art. 5 al. 1 let. a CEEJ, applicable en vertu de la réserve émise par la Suisse, l'exécution d'une commission rogatoire aux fins de perquisition ou de saisie d'objets est subordonnée à la condition que l'infraction poursuivie dans l'Etat requérant soit punissable selon la loi de cet Etat et de la Partie requise. L'examen de la punissabilité selon le droit suisse comprend, par analogie avec l'art. 35 al. 2 EIMP applicable en matière d'extradition, les éléments constitutifs objectifs de l'infraction, à l'exclusion des conditions particulières du droit suisse en matière de culpabilité et de répression (ATF 124 II 184 consid. 4b p. 186-188; 122 II 422 consid. 2a p. 424; 118 Ib 448 consid. 3a p. 451, et les arrêts cités). Il n'est ainsi pas nécessaire que les faits incriminés revêtent, dans les deux législations concernées, la même qualification juridique, qu'ils soient soumis aux mêmes conditions de punissabilité ou passibles de peines équivalentes; il suffit qu'ils soient réprimés dans les deux Etats comme des délits donnant lieu ordinairement à la coopération internationale (ATF 124 II 184 consid. 4b/cc p. 188; 117 Ib 337 consid. 4a p. 342; 112 Ib 225 consid. 3c p. 230 et les arrêts cités). En règle générale,

l'Etat
requis ne peut se prononcer sur la réalité des faits qui y sont invoqués, mais seulement en vérifier la punissabilité. Des preuves ne sont pas nécessaires et il n'est pas toujours possible d'exiger de l'Etat requérant un exposé absolument complet des faits; la collaboration internationale de la Suisse ne peut être refusée que si la demande présente des erreurs, des lacunes ou des contradictions manifestes (ATF 118 Ib 111 consid. 5b p. 121/122; 117 Ib 64 consid. 5c p. 88, et les arrêts cités).
3.2 Selon l'exposé des faits présenté à l'appui de la demande du 11 juillet 2002, les prévenus auraient, sous couvert de contre-prestations fictives qui ont fait l'objet de fausses factures, reversé à Abacha et ses proches des montants importants payés par N._____ pour l'exécution du contrat conclu le 17 octobre 1989. En cela, ils auraient aidé Abacha à commettre des abus de confiance au détriment de N._____.
Pour l'Office fédéral, ces faits seraient assimilables aux chefs d'acceptation d'avantage (art. 322sexies CP) et de corruption active d'agents publics étrangers (art. 322septies CP). Cette dernière disposition, sur laquelle se fonde la réponse du 27 octobre 2003, a la teneur suivante:
"Celui qui aura offert, promis ou octroyé un avantage indu à une personne agissant pour un Etat étranger ou une organisation internationale en tant que membre d'une autorité judiciaire ou autre, en tant que fonctionnaire, en tant qu'expert, traducteur ou interprète commis par une autorité, ou en tant qu'arbitre ou militaire, en faveur de cette personne ou d'un tiers, pour l'exécution ou l'omission d'un acte en relation avec son activité officielle et qui soit contraire à ses devoirs ou dépende de son pouvoir d'appréciation, sera puni de la réclusion pour cinq ans ou plus ou de l'emprisonnement".
L'Office fédéral semble considérer que les prévenus auraient versé des pots-de-vin à Abacha et ses complices, en échange de la poursuite du projet qui a donné lieu au contrat du 17 octobre 1989. Sous l'angle de l'art. 322septies CP, cette conception soulève un certain nombre de difficultés. Les actes reprochés à Abacha n'ont pas été commis directement dans l'exercice de ses fonctions officielles de chef d'Etat. Il ressort en effet de la demande d'entraide que celui-ci serait intervenu dans la conduite des affaires de N._____ comme entreprise privée dont la majorité du capital est détenu par la République fédérale. Si l'on peut encore à la rigueur admettre qu'à ce titre le rôle d'Abacha est assimilable à celui d'un agent public étranger, il est douteux en revanche que son action dans la gestion de N._____ entrait dans le cadre de ses fonctions officielles. A cela s'ajoute que les prévenus n'ont pas spontanément offert, promis ou octroyé à Abacha un avantage indu au sens de l'art. 322septies CP. Ils ont agi en faveur d'Abacha, mais à sa demande. Cela aurait consisté pour eux à présenter de fausses factures se rapportant à des prestations fictives, en obtenir le paiement par N._____, pour reverser ensuite les montants à des
personnes morales dominées par Abacha. Un tel comportement paraît difficilement assimilable au délit réprimé par l'art. 322septies CP.
Cette question souffre toutefois de rester indécise, car la condition de la double incrimination est de toute manière réalisée au regard de l'art. 158 CP réprimant la gestion déloyale.
3.3 Il ne fait guère de doute qu'au regard de la situation prévalant au Nigeria sous le gouvernement d'Abacha, celui-ci disposait des moyens d'interférer dans la gestion des entreprises publiques et, comme en l'espèce, semi-publiques. Il détenait ainsi sur les biens de N._____ un pouvoir de disposition effectif (cf. ATF 123 IV 17 consid. 3b; 120 IV 190 consid. 2b p. 192/193; 118 IV 244 consid. 2b p. 246/247). En faisant dépendre la bonne exécution du contrat du 17 octobre 1989 du versement en sa faveur de pots-de-vin, Abacha est intervenu dans la gestion de N._____ au détriment des intérêts de celle-ci, en violation de son devoir de fidélité (cf. ATF 120 IV 190 consid. 2b p. 193). Il est en effet présupposé que le montant des versements effectués par N._____ à F._____ au profit d'Abacha et de ses complices a ou bien été compris dans le prix convenu de 2,4 milliards DEM ou bien, plus vraisemblablement, ajouté à celui-ci, lésant ainsi, dans un cas comme dans l'autre, le patrimoine de N._____. Abacha a pu faire pression sur les dirigeants de F._____ parce qu'il disposait des moyens de suspendre ou de retarder l'exécution du contrat, voire amener N._____ à s'en départir. Peu importe qu'Abacha ait agi en vertu de
la loi, d'un mandat officiel ou d'un acte juridique, puisque le gérant d'affaires sans mandat tombe aussi sous le coup de la gestion déloyale selon l'art. 158 ch. 1 al. 2 CP. C'est d'ailleurs sur un terrain analogue que se sont placées les autorités de l'Etat étranger en ouvrant l'action pénale du chef d'"'Untreue" au sens de l'art. 266 dStGB, incrimination correspondant à celle de gestion déloyale selon l'art. 158 CP (ATF 104 Ia 49 consid. 3 p. 52/53; cf. aussi l'arrêt 1A.84/1991 du 27 octobre 1993, consid. 2b/cc).
4.

Le recourante se plaint de la violation du principe de la proportionnalité.
4.1 Ne sont admissibles, au regard des art. 3 CEEJ et 64 EIMP, que les mesures de contrainte conformes au principe de la proportionnalité. L'entraide ne peut être accordée que dans la mesure nécessaire à la découverte de la vérité recherchée par les autorités pénales de l'Etat requérant. La question de savoir si les renseignements demandés sont nécessaires ou simplement utiles à la procédure pénale instruite dans l'Etat requérant est en principe laissée à l'appréciation des autorités de poursuite. L'Etat requis ne disposant généralement pas des moyens lui permettant de se prononcer sur l'opportunité de l'administration des preuves déterminées au cours de l'instruction menée à l'étranger, il ne saurait sur ce point substituer sa propre appréciation à celle du magistrat chargé de l'instruction. La coopération internationale ne peut être refusée que si les actes requis sont sans rapport avec l'infraction poursuivie et manifestement impropres à faire progresser l'enquête, de sorte que la demande apparaît comme le prétexte à une recherche indéterminée de moyens de preuve (ATF 122 II 367 consid. 2c p. 371; 121 II 241 consid. 3a p. 242/243; 120 Ib 251 consid. 5c p. 255). Lorsque la demande vise à éclaircir le cheminement de fonds
d'origine délictueuse, il convient d'informer l'Etat requérant de toutes les transactions opérées au nom des sociétés et des comptes impliqués dans l'affaire (ATF 121 II 241 consid. 3c p. 244).
4.2 Dans un premier moyen, la recourante reproche à l'Office fédéral de n'avoir pas procédé au tri des pièces à transmettre.
Pour effectuer le tri des documents et informations recueillis, l'autorité d'exécution s'appuie sur le détenteur (ATF 127 II 151 consid. 4c/aa p. 155/156; 126 II 258 consid. 9b/aa p. 262). Il incombe à celui-ci, qui connaît le contenu des documents saisis, d'indiquer à l'autorité d'exécution les pièces qu'il n'y aurait pas lieu de transmettre, ainsi que les motifs précis qui commanderaient d'agir de la sorte (ATF 126 II 258 consid. 9c p. 264). Il ne lui suffit pas d'affirmer péremptoirement qu'une pièce est sans rapport avec l'affaire; une telle assertion doit être étayée avec soin (ATF 126 II 258 consid. 9c p. 264). Est incompatible avec le principe de la bonne foi le procédé consistant à abandonner le tri des pièces à l'autorité d'exécution, sans lui prêter son concours, pour lui reprocher après coup d'avoir méconnu le principe de la proportionnalité (ATF 126 II 258 consid. 9b/aa p. 262). Le droit d'être entendu se dédouble ainsi en un devoir de coopération, dont l'inobservation est punie par le fait que le détenteur ne peut plus soulever devant l'autorité de recours les arguments qu'il aurait négligé de soumettre à l'autorité d'exécution (ATF 126 II 258 consid. 9b p. 262-264).
Le 8 juillet 2003, l'Office fédéral a demandé à la recourante de se déterminer sur une éventuelle remise simplifiée des documents contenus dans le classeur n°82, ce qu'elle a refusé. Contrairement à ce que soutient l'Office fédéral, la recourante n'avait pas à supposer qu'elle était invitée, simultanément et de manière implicite, à se prononcer sur le tri des pièces. L'Office fédéral aurait dû adresser à la recourante une injonction précise à ce sujet, avec l'avertissement qu'à défaut de prise de position dans le délai prescrit, il procéderait seul à ce tri. Le vice affectant la procédure peut cependant être considéré comme réparé, car la recourante s'oppose uniquement à la transmission des pièces antérieures au 14 janvier 1997, grief qui doit de toute manière être écarté (consid. 4.4 ci-dessous).
4.3 Dans un deuxième moyen, la recourante s'en prend à la décision d'entrée en matière, en tant qu'elle a autorisé la présence d'un représentant de l'Etat requérant lors du tri des pièces. Or, l'art. 65a al. 2 prévoit expressément une telle participation, lorsqu'elle est de nature à faciliter l'exécution de la demande. Tel était bien le cas en l'espèce. Dès lors que des fonds d'origine suspecte avaient été acheminés sur le compte n, les autorités allemandes avaient un intérêt manifeste à prendre connaissance de la documentation y relative. Cela justifiait d'autoriser un représentant de l'autorité de poursuite étrangère à participer à l'exécution des mesures requises. Pour le surplus, l'affirmation selon laquelle les autorités d'exécution auraient abandonné le tri des pièces au représentant de l'Etat requérant est gratuite. Le Procureur Carl a assisté à l'examen du dossier de la procédure P/12983/99 sous la direction du Juge d'instruction. L'Office fédéral comme autorité d'exécution a eu l'occasion de vérifier le contenu des pièces triées avant d'ordonner leur transmission à l'Etat requérant.
4.4 La recourante fait valoir qu'il n'y aurait pas lieu de transmettre les pièces antérieures au 14 janvier 1997, puisque tous les délits commis avant cette date seraient prescrits.
Supposé recevable, ce troisième moyen devrait être écarté. Selon la demande, F._____ a effectué des versements suspects entre le 17 novembre 1994 et le 9 juin 1998. Le compte na été ouvert le 18 septembre 1996 pour être clos le 23 juin 1998. Indépendamment du délai de prescription, les autorités allemandes doivent examiner tous les mouvements de fonds opérés sur le compte pendant la période critique (soit en l'occurrence, celle allant du 18 septembre 1996 au 9 juin 1998), pour prouver les virements litigieux. Il leur est aussi nécessaire de

connaître les mouvements effectués entre le 9 et le 23 juin 1998, afin de déterminer le sort ultérieur des fonds. L'intégralité de la documentation saisie doit partant être remise.
5.
Le recours doit ainsi être rejeté. Les frais en sont mis à la charge de la recourante (art. 156 OJ). Il n'est pas alloué de dépens (art. 159 OJ).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
1.
Le recours est rejeté.
2.
Un émolument judiciaire de 5000 fr. est mis à la charge de la recourante.
3.
Il n'est pas alloué de dépens.
4.
Le présent arrêt est communiqué en copie au mandataire de la recourante et à l'Office fédéral de la justice (B 114025).
Lausanne, le 5 décembre 2003
Au nom de la Ire Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse
Le président: Le greffier: