Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
1A.199/2003 /col

Arrêt du 17 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. Kurz.

Parties
la société W._____,
la société I._____,
la société J._____,
K._____,
recourants,
tous représentés par Me Shelby du Pasquier, avocat,

contre

Juge d'instruction du canton de Genève,
case postale 3344, 1211 Genève 3,
Cour de justice du canton de Genève,
Chambre d'accusation, place du Bourg-de-Four 1, case postale 3108, 1211 Genève 3.

Objet
Entraide judiciaire internationale en matière pénale avec le Koweït,

recours de droit administratif contre l'ordonnance de la Chambre d'accusation du 18 juillet 2003.

Faits:
A.
Le 9 février 1994, le Procureur général de l'Etat du Koweït a adressé à l'Office fédéral de la police une demande d'entraide judiciaire pour les besoins d'une enquête pénale dirigée contre les dénommés B._____, Q._____, M._____, S._____ et A._____ (Ministre du pétrole de 1981 à 1989). Il leur est reproché des infractions contre le patrimoine et des délits de faux au préjudice de la société K._____, société détenue par la P._____, appartenant elle-même à l'Etat du Koweït. Hauts responsables de K._____, les inculpés se seraient enrichis de manière illégitime entre 1986 et 1992, au détriment de cette société, pour un montant total de quelque 66 millions de dollars. Ils auraient conclu des contrats de transport à des conditions trop onéreuses avec des intermédiaires qui sous-traitaient à des conditions plus avantageuses, les auteurs s'appropriant la différence de prix; à l'occasion d'achats, de ventes ou de commandes de navires, ils se seraient fait remettre des commissions auxquelles ils n'avaient pas droit; ils auraient injustement perçu une partie des indemnités d'assurance payées en raison de la réalisation du risque de guerre lors de la guerre du Golfe. L'autorité requérante désirait obtenir des
renseignements sur différentes opérations dans des établissements bancaires, ainsi que le séquestre d'avoirs détenus par les personnes impliquées; sont notamment mentionnées les sociétés W._____, I._____ et J._____.
Le 2 mai 1994, le Juge d'instruction genevois, chargé de l'exécution de cette demande, est entré en matière, en ordonnant auprès de banques genevoises la saisie des avoirs appartenant aux personnes physiques et morales désignées dans la requête, ainsi que la production des documents bancaires. Par ordonnances du 31 août

1994, la Chambre d'accusation du canton de Genève (ci-après: la Chambre d'accusation) a rejeté divers recours formés contre la décision d'entrée en matière. Par arrêts du 22 décembre 1994, le Tribunal fédéral a confirmé ces décisions, en écartant en particulier les griefs relatifs à la compétence du Procureur général requérant et en considérant que la question de la conformité de la procédure étrangère à la CEDH pourrait être examinée par la suite.

B.

Le 24 mars 1995, le Consulat général de l'Etat du Koweït à Genève a produit des renseignements sur les règles de procédure applicables dans l'Etat requérant.

Le 24 février 1997, le Procureur général a fourni un mémorandum sur l'état des procédures. La cause avait été soumise le 22 décembre 1993 à la Cour d'assises, devant laquelle seuls Q._____ et A._____ s'étaient présentés. La cause avait été renvoyée le 21 novembre 1995 au Tribunal spécial des Ministres, en vertu d'une loi n°88/95 adoptée entre-temps, pour le chef d'accusation d'enrichissement illégitime à l'encontre de l'ancien Ministre et de ses comparses. Pour le surplus, la Cour d'assises avait rendu un verdict de culpabilité partielle, frappé d'appel. L'exécution de la commission rogatoire de 1994 était toujours requise.

Le 12 mai 1998, le Procureur général a confirmé qu'il n'était plus compétent pour poursuivre l'ancien Ministre A._____, selon décision du 22 avril 1997, confirmée par la Cour de cassation. Le Procureur déclarait renoncer aux mesures d'entraide concernant les comptes de A._____ en Suisse, faute de compétence pour ordonner de telles mesures. La cause était toujours pendante à l'encontre des autres accusés, et l'exécution des mesures d'entraide était requise.

Par pli daté du 13 juillet 1999, le Président de la Commission d'enquête du Tribunal des Ministres (ci-après: la Commission d'enquête) a fait savoir qu'il était saisi de la cause relative à l'ancien Ministre, que la Cour d'assises avait décidé de suspendre sa procédure et qu'il souhaitait la transmission des documents requis.

Dans un mémoire commun du 14 mars 2001, transmis le 11 avril suivant, le Procureur général et le Président de la Commission d'enquête ont réaffirmé leurs compétences respectives, en demandant la levée partielle du blocage de certains comptes bancaires afin de permettre l'exécution d'un jugement civil rendu à Londres en faveur de K._____, ainsi que le maintien "des mesures prises dans le cadre de l'entraide judiciaire précédente".

C.

Par ordonnances de clôture du 15 octobre 2001, le juge d'instruction a ordonné la transmission à l'autorité requérante, notamment, des documents remis par la banque X._____ concernant trois comptes détenus par W._____, I._____ et J._____, dont l'ayant droit était K._____. Le même jour, d'autres ordonnances de clôture ont été rendues, portant sur la transmission de documents bancaires, mais aussi sur le refus de l'entraide judiciaire à l'égard de l'ancien ministre, compte tenu du retrait de la demande du 12 mai 1998. Les personnes impliquées ont recouru contre l'octroi de l'entraide judiciaire; l'Office fédéral de la justice (OFJ) a recouru contre le refus. Dans ses observations à ce dernier recours, le juge d'instruction a admis avoir mal apprécié la communication du 11 avril 2001, et a annoncé qu'il rendrait de nouvelles ordonnances de clôture.

Par ordonnance du 18 avril 2002, la Chambre d'accusation a déclaré le recours de l'OFJ sans objet, compte tenu des nouvelles ordonnances de clôture que le juge d'instruction allait rendre. Par ordonnance du même jour, elle a rejeté le recours de B._____ et consorts: tant la Commission d'enquête que le Parquet avaient reconnu la compétence répressive de ce dernier; selon les décisions figurant au dossier, les accusés auraient tous été renvoyés devant le Tribunal des Ministres, mais ce dernier n'était pas lié par ce renvoi. La question de la compétence n'était donc pas définitivement tranchée. Le cas échéant, l'entraide pouvait être accordée pour les besoins de la procédure menée devant la Commission d'enquête.

Par arrêt du 11 septembre 2002, le Tribunal fédéral a confirmé cette dernière ordonnance, en substance pour les mêmes motifs: l'existence d'un conflit positif de compétences dans l'Etat requérant était sans incidence sur l'octroi de l'entraide.

D.

Le 21 février 2003, le juge d'instruction a rendu une nouvelle ordonnance de clôture portant sur la transmission de la documentation relative aux comptes détenus par W._____, I._____ et J._____, tout en constatant que ces comptes avaient été clôturés, de sorte que la saisie des valeurs était infructueuse.

Par ordonnance du 18 juillet 2003, la Chambre d'accusation a confirmé cette décision. Le recours était irrecevable en tant qu'il émanait de K._____, ayant droit des sociétés. En dépit de l'annulation de la procédure par le Tribunal des Ministres et du retrait annoncé par le Procureur, la Commission d'enquête avait repris à son compte la demande d'entraide formée initialement par le Parquet, et en avait requis l'exécution. La deman-

de d'entraide était suffisamment motivée. Même si K._____ n'était pas impliqué dans les faits poursuivis, la condition de la double incrimination était remplie, s'agissant de faux dans les titres et de détournements de fonds qualifiables en droit suisse de gestion déloyale. La question de la prescription selon le droit suisse n'avait pas à être examinée. Le principe de la proportionnalité était respecté, les recourants n'ayant pas présenté d'objections motivées à ce propos.
E.
W._____, I._____ et J._____, ainsi que K._____ forment un recours de droit administratif. Ils concluent à l'annulation de l'ordonnance de la Chambre d'accusation et de la décision de clôture et à l'irrecevabilité de la demande d'entraide judiciaire et de son complément du 11 avril 2001, subsidiairement au renvoi de la cause au juge d'instruction afin qu'il statue sur l'entrée en matière suite à la demande du 11 avril 2001, au tri des informations à transmettre et au caviardage de la documentation bancaire dans la mesure où sa transmission est admise.
La Chambre d'accusation se réfère aux considérants de son arrêt. L'OFJ conclut au rejet du recours.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
Interjeté dans le délai et les formes utiles contre une décision de clôture confirmée en dernière instance cantonale, le recours de droit administratif est recevable (art. 80e let. a et 80f al. 1 de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale - EIMP, RS 351.1).
1.1 Les sociétés recourantes sont chacune titulaire d'un compte bancaire au sujet duquel le juge d'instruction a ordonné la transmission de renseignements; elles ont ainsi qualité pour recourir (art. 80h let. b EIMP et 9a let. a OEIMP). K._____ s'est vu dénier la qualité pour agir, en tant qu'ayant droit économique; il a lui aussi qualité pour contester ce prononcé (ATF 122 I 130 consid. 1).
1.2 En l'absence d'une convention liant la Suisse et l'Etat requérant, l'entraide judiciaire est entièrement régie par l'EIMP et son ordonnance d'exécution (OEIMP, RS 351.11).
2.
K._____ considère que la qualité pour recourir aurait dû lui être reconnue, compte tenu des conséquences qui pourraient découler de la révélation de son identité à l'Etat requérant. La Chambre d'accusation aurait omis d'examiner cette question. On ne saurait toutefois reprocher à la cour cantonale, comme semble le faire implicitement le recourant, une violation de l'obligation de motiver: la décision attaquée rappelle en effet le texte clair de la loi, ainsi que la jurisprudence constante, qui ne reconnaissent la qualité pour agir qu'à la personne (physique ou morale) titulaire du compte dont la documentation doit être remise à l'Etat requérant, et la dénient à l'ayant droit économique, quand bien même ce dernier se trouverait exposé à la révélation de son identité (cf. en dernier lieu, ATF 129 II 268 consid. 2.3.3; 127 II 323 consid. 3b/cc p. 330; 125 II 65 consid. 1 et les arrêts cités; 122 II 130 consid. 2b p. 133). L'on ne se trouve pas dans un cas où la qualité pour recourir est reconnue à l'ayant droit parce que le titulaire des comptes se trouverait dans l'impossibilité d'agir (cf. ATF 123 II 153 consid. 2c et dd p. 157/158). L'irrecevabilité du recours de K._____ ne viole donc ni le droit fédéral, ni le droit d'être
entendu.
3.
Invoquant l'art. 2 let. d EIMP, les recourants estiment que l'autorité requérante serait incompétente pour requérir l'entraide. Cette incompétence, attestée par les jugements rendus par le Tribunal des Ministres, puis par la Cour de cassation de l'Etat du Koweït, serait manifeste, et ne pouvait être ignorée par la Chambre d'accusation en application de l'art. 75 EIMP.
3.1 Selon la jurisprudence constante rappelée par la cour cantonale, l'autorité suisse requise doit certes s'assurer de la compétence répressive de l'Etat requérant (cf. notamment l'art. 5 EIMP); elle s'interdit en revanche d'examiner la compétence de l'autorité requérante au regard des normes d'organisation ou de procédure de l'Etat étranger. Ce n'est qu'en cas d'incompétence manifeste, faisant apparaître la demande comme un abus caractéristique - voire comme un défaut grave de la procédure étrangère au sens de l'art. 2 EIMP -, que l'entraide peut être refusée (ATF 116 Ib 89 consid. 2c/aa p. 92 et la jurisprudence citée).
3.2 Le Tribunal fédéral a déjà relevé, dans son arrêt du 11 septembre 2002, que si la situation procédurale dans l'Etat requérant n'était pas dénuée d'ambiguïtés, il n'en résultait pas pour autant que l'incompétence du Procureur général serait manifeste: la Commission d'enquête avait manifesté, à plusieurs reprises, sa volonté de voir

exécuter les actes d'entraide requis par le Procureur. La question de savoir s'il y avait eu annulation de toute la procédure, avec effet ex tunc, relevait du droit de l'Etat requérant. Du point de vue de l'Etat requis, l'entraide judiciaire demandée par une autorité qui se révèle par la suite incompétente, pouvait encore être accordée lorsque l'autorité compétente manifeste sa volonté d'obtenir les renseignements recueillis. Cette déclaration avait un effet réparateur, et les actes d'entraide exécutés jusque-là n'en étaient pas affectés (cf. art. 28 al. 6 EIMP). La Suisse n'avait donc pas à s'interroger sur les effets, selon la procédure de l'Etat requérant, du dessaisissement de la première autorité. S'il y avait conflit de compétence, celui-ci était positif et n'avait pas d'influence sur l'octroi de l'entraide.
3.3 Le Procureur général a fait savoir, le 12 mai 1998, qu'il retirait sa demande et renonçait aux procédures dirigées contre A._____ concernant la transmission de renseignements bancaires, le Tribunal des Ministres (par arrêt du 22 avril 1997) et la Cour de cassation (par arrêt du 22 décembre 1997) ayant estimé qu'il n'avait pas la compétence d'interroger cette personne, de la soumettre à des saisies ou de la renvoyer en jugement. Ce retrait de la demande est toutefois limité au cas de l'ancien ministre, et non à l'ensemble des autres personnes accusées. En outre, même s'il y a bien eu retrait de la demande d'entraide initiale par son auteur, cela n'empêche pas l'autorité déclarée compétente d'obtenir pour son compte l'exécution des mesures d'entraide requises, sans qu'elle soit obligée de présenter une nouvelle demande. Si le seul vice affectant la demande d'entraide initiale est le défaut de compétence de son auteur, l'intervention de l'autorité compétente peut ainsi revêtir un effet guérisseur. Il faut toutefois que cette autorité affirme sans ambages sa volonté de ratifier la demande initiale, et d'obtenir ainsi l'exécution de l'entraide requise.
Par lettre du 13 juillet 1999, le Président de la Commission d'enquête a rappelé la teneur des décisions rendues en 1997, la saisine de la Cour d'assises s'agissant des quatre premiers accusés, et du Tribunal des Ministres s'agissant de A._____. Le Président "espère que la requête de commission rogatoire susmentionnée bénéficiera de [votre]entière coopération et que les dossiers relatifs aux comptes bancaires des individus figurant au paragraphe 4 de la demande de coopération judiciaire, lui seront transmis". Dans leur mémoire commun du 14 mars 2001, le Procureur général et le Président de la Commission d'enquête font état des décisions rendues à Londres en faveur de K._____, et de la nécessité d'obtenir la levée des saisies pénales pour l'exécution des séquestres civils. Le déroulement de la procédure y est rappelé, et il est précisé que le parquet serait compétent pour prendre les mesures conservatoires nécessaires, "y compris le maintien de la requête en matière d'entraide judiciaire", jusqu'à la clôture de l'enquête de la commission. Le Procureur prie les autorités suisses de maintenir les mesures prises dans le cadre de l'entraide judiciaire ainsi que la saisie des avoirs, et demande la levée partielle des saisies afin
de permettre l'exécution des séquestres civils. Pour sa part, la Commission d'enquête "approuve toutes les mesures conservatoires mentionnées".
3.4 Il ressort de ce qui précède que l'incompétence du Procureur général est limitée au cas de l'ancien ministre et qu'à plusieurs reprises, la commission chargée de l'enquête contre A._____ s'est adressée à la Suisse afin d'obtenir les renseignements qui étaient requis dans la demande d'entraide du 30 mars 1994. La volonté de cette autorité de se substituer au Procureur général pour ce qui est des investigations contre l'ancien ministre ne fait dès lors pas de doute. Sur le vu d'une demande d'entraide adressée en bonne et due forme, l'autorité suisse ne peut que prendre acte de la déclaration de l'autorité compétente d'en obtenir l'exécution pour la part échappant aux compétences de la première autorité. On ne saurait, dans ces circonstances, parler d'incompétence manifeste, ni de défaut grave entachant la procédure pénale étrangère.
4.
Les recourants invoquent ensuite l'art. 28 EIMP en soutenant que l'exposé des faits ne comporterait pas d'indications suffisantes quant au rôle de chaque protagoniste, alors que l'enquête dure depuis maintenant sept ans. L'implication des sociétés recourantes ne serait pas non plus démontrée.
4.1 La demande d'entraide doit indiquer l'organe dont elle émane et, le cas échéant, l'autorité pénale compétente (art. 28 al. 2 let. a EIMP), son objet et ses motifs (art. 28 al. 2 let. b EIMP), la qualification juridique des faits (art. 28 al. 2 let. c EIMP), ainsi que la désignation aussi précise et complète que possible de la personne poursuivie (art. 28 al. 2 let. d EIMP). L'art. 10 OEIMP exige pour sa part l'indication du lieu, de la date et du mode de commission des infractions. On ne saurait toutefois se montrer trop exigeant quant à l'exposé joint à la demande. Il faut en effet tenir compte de ce que l'enquête ouverte - même depuis un certains temps - dans l'Etat requérant n'est pas terminée, puisque l'entraide est demandée précisément pour éclaircir certains faits. Les indications fournies à ce titre doivent simplement suffire pour vérifier que la demande n'est pas d'emblée

inadmissible (cf. ATF 129 II 97 consid. 3.2 s'agissant d'infractions de blanchiment; ATF 116 Ib 96 consid. 3a p. 101; 115 Ib 68 consid. 3b/aa p. 77).
4.2 En l'espèce, les faits poursuivis ressortent clairement de la demande d'entraide initiale. Les personnes poursuivies sont précisément mentionnées, ainsi que les différentes malversations commises au détriment de K._____, pour un total de 66 millions de dollars. L'autorité requérante expose les trois types d'opérations litigieuses: les inculpés auraient conclu des contrats de transport à des conditions trop onéreuses avec des sociétés libériennes qui sous-traitaient à des conditions plus avantageuses, les auteurs s'appropriant la différence de prix; à l'occasion d'achats, de ventes ou de commandes de navires, ils se seraient fait remettre des commissions auxquelles ils n'avaient pas droit; ils auraient injustement perçu une partie des indemnités d'assurance payées en raison de la réalisation du risque de guerre lors de la guerre du Golfe. Les sociétés recourantes sont mentionnées à propos du deuxième complexe de faits; elles seraient contrôlées par les inculpés, et auraient servi à recevoir différents versements de commissions fictives facturées à un courtier maritime anglais (p. 5-7 de la demande). Ces indications sont manifestement suffisantes pour juger du bien-fondé de la demande d'entraide judiciaire.
4.3 Elles permettent notamment d'affirmer, comme l'a fait le juge d'instruction, que le principe de la double incrimination est respecté: l'usage de faux documents serait constitutif de faux dans les titres, les détournements à grande échelle d'abus de confiance ou de gestion déloyale et de corruption (en ce qui concerne en particulier l'intervention de l'ancien ministre); l'infraction d'escroquerie pourrait aussi être retenue en ce qui concerne les commissions fictives facturées à un courtier maritime anglais. Contrairement à ce que semblent soutenir les recourants, il n'y a pas, dans l'examen du principe de la double incrimination, à rechercher une correspondance entre les infractions poursuivies à l'étranger et les dispositions du droit pénal suisse. Le fait que l'essentiel des accusations se rapporte à des délits de corruption, et l'éventuelle violation du principe de non-rétroactivité de la loi au Koweït sont donc sans pertinence. Par ailleurs, le principe de la double incrimination s'examine au regard de l'ensemble des faits décrits, et non de manière spécifique pour chacune des personnes soumises aux investigations de l'Etat requérant. Ainsi, il est sans importance, comme l'a relevé la cour cantonale, que K._____ n'ait
jamais été fonctionnaire ou employé d'un organisme de droit public.
Les recourants estiment encore que les infractions de faux dans les titres et de gestion déloyale seraient atteintes de prescription absolue selon le droit suisse (art. 70 CP), les agissements ayant été commis jusqu'en 1992. Certes, la Chambre d'accusation a retenu à tort que la prescription selon le droit suisse ne devait pas être examinée. Cela est vrai à l'égard des pays liés avec la Suisse par une convention d'entraide judiciaire, dans la mesure où la prescription n'est pas prévue par cette convention comme motif de refus de l'entraide (ATF 117 Ib 53 concernant la CEEJ; 118 Ib 266 concernant le traité d'entraide avec les USA). En revanche, en l'absence de convention, l'art. 5 al. 1 let. c EIMP impose de déclarer la demande irrecevable si des mesures de contrainte sont requises et que la prescription empêche, en droit suisse, d'ouvrir une action pénale ou d'exécuter une sanction. Si la cour cantonale s'est trompée sur ce point, cela ne porte pas à conséquence car l'argument relatif à la prescription doit de toute façon être écarté: les infractions de corruption (art. 322ter ss CP), de faux dans les titres (art. 251 CP), d'escroquerie (art. 146 CP) et d'abus de confiance (art. 138 CP), toutes passibles de la réclusion,
connaissent une prescription absolue de quinze ans (art. 73 ch. 1 et 72 ch. 1 al. 2 CP).
5.
Les recourants invoquent enfin le principe de la proportionnalité. Ils rappellent que l'autorité d'exécution doit s'assurer de l'existence d'un lien effectif entre les pièces à transmettre et les faits poursuivis, et estiment qu'il appartenait au juge d'instruction de limiter la transmission de renseignements aux seules opérations spécifiques aux personnes poursuivies, et de caviarder les documents pour le surplus.
5.1 Le principe de la proportionnalité empêche d'une part l'autorité requérante de demander des mesures inutiles à son enquête et, d'autre part, l'autorité d'exécution d'aller au-delà de la mission qui lui est confiée (ATF 121 II 241 consid. 3a). L'autorité suisse requise s'impose une grande retenue lorsqu'elle examine le respect de ce principe, car elle ne dispose pas des moyens qui lui permettraient de se prononcer sur l'opportunité de l'administration des preuves. Saisi d'un recours contre une décision de transmission, le juge de l'entraide doit lui aussi se borner à examiner si les renseignements à transmettre présentent, prima facie, un rapport avec les faits motivant la demande d'entraide. Il ne doit exclure de la transmission que les documents n'ayant manifestement aucune utilité possible pour les enquêteurs étrangers (examen limité à l'utilité "potentielle", ATF 122 II

367 consid. 2c p. 371).
5.2 Compte tenu de l'ampleur des malversations, il n'est pas exagéré de requérir, comme l'a fait le Procureur du Koweït en p. 16 de sa demande, l'ensemble de la documentation relative aux comptes bancaires détenus par les sociétés recourantes, lesquelles auraient, selon la demande d'entraide, servi à recueillir une partie des fonds litigieux. Les recourants désirent limiter les renseignements aux "transactions spécifiques" aux personnes poursuivies, mais ils s'abstiennent de préciser quelles seraient ces transactions. En outre, l'autorité requérante veut manifestement connaître dans le détail la manière dont les comptes des recourants ont été gérés, et en particulier découvrir l'utilisation qui a pu être faite des fonds litigieux; seule une documentation bancaire complète pourra permettre cet examen.
5.3 Les recourants invoquent l'obligation de procéder au tri des pièces, mais méconnaissent que, comme le rappelle la cour cantonale, il leur incombait de coopérer avec l'autorité d'exécution en lui indiquant les pièces qu'il n'y aurait pas lieu de transmettre, ainsi que les motifs précis qui commanderaient d'agir de la sorte (ATF 127 II 151 consid. 4c/aa p. 155/156; 126 II 258 consid. 9b/aa p. 262; 126 II 258 consid. 9c p. 264). En se contentant d'affirmations générales, les recourants ont failli à leur devoir de collaboration de sorte qu'ils sont forclos.
6.
Sur le vu de ce qui précède, le recours de droit administratif doit être rejeté, dans la mesure où il est recevable. Conformément à l'art. 156 al. 1 OJ, un émolument judiciaire est mis à la charge des recourants, qui succombent.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
1.
Le recours est rejeté, dans la mesure où il est recevable.
2.
Un émolument judiciaire de 5000 fr. est mis à la charge des recourants.
3.
Le présent arrêt est communiqué en copie au mandataire des recourants, au Juge d'instruction et à la Chambre d'accusation de la Cour de justice du canton de Genève, ainsi qu'à l'Office fédéral de la justice (B 94512).
Lausanne, le 17 décembre 2003
Au nom de la Ire Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse
Le président: Le greffier: