

Résumé

Faits

A.- Le 30 août 2000, l'Office fédéral de la justice (ci-après : OFJ) est entré en matière sur une demande d'entraide judiciaire formée le 12 juin 2000 par le Ministère de la Justice des Etats-Unis, complétée le 17 août suivant, dans le cadre d'une enquête dirigée contre le citoyen américain A. et autres, soupçonnés d'avoir transmis des montants importants provenant de compagnie pétrolières et destinés à de hauts responsables de la République X., en particulier son Président et un ancien premier ministre. L'autorité requérante se fonde sur des renseignements transmis spontanément par le Juge d'instruction genevois, chargé d'une enquête pour corruption et blanchiment d'argent, à raison des mêmes faits. Elle demande des renseignements concernant un compte numéroté dans une banque suisse, et tout compte détenu par A. et les personnes physiques et morales impliquées. L'OFJ a considéré que les principes de la double incrimination et de la proportionnalité étaient respectés. Les autorités genevoises étaient chargées de l'exécution des actes d'entraide.

Précédemment, l'office central avait ordonné le blocage de différents comptes auprès de la Banque B., à Genève ainsi que d'un compte "Trésor de la République X." auprès de la Banque C., bénéficiaire d'un versement de USD 84 millions effectué le 6 août 1999. Cette décision a fait l'objet d'une opposition le 7 juillet 2000, motivée le 1er septembre 2000, de la part de la République X.

Le juge d'instruction genevois a requis de la Banque C. la production de toute la documentation bancaire relative au compte "Trésor de la République X." – à l'exception des pièces déjà obtenues dans le cadre de la procédure pénale –, documentation non limitée au versement des 84 millions précités. Un recours adressé à la Chambre d'accusation genevoise a été déclaré irrecevable, décision confirmée par arrêt du Tribunal fédéral du 2 mars 2001.

B.- Par mémoire des 11 septembre et 30 octobre 2000, la République X a formé opposition contre la mesure de blocage du compte "Trésor de la République X." et contre la décision d'entrée en matière. Elle expliquait que la Banque B. était chargée d'assister le gouvernement de la République X. dans le cadre des privatisations en cours dans cet Etat, et dans les négociations relatives aux concessions de droits pétroliers. Les droits payés par les compagnies pétrolières étaient versés sur des comptes "escrow", et répartis, sur instructions de la République X., sur des comptes dont les ayants droit seraient le Chef de l'Etat ou ses proches. Se fondant sur un avis de droit, elle soutenait que les avoirs déposés seraient affectés au service public, et partant, couverts par l'immunité de juridiction. Dans une ordonnance rendue dans le cadre de la procédure pénale genevoise, la Chambre d'accusation avait considéré qu'il n'était pas exclu que les fonds déposés sur le compte de la République X. soient affectés à des tâches *de iure imperii*. La même conclusion s'imposait dans le cadre de la procédure d'entraide. La demande d'entraide américaine était en outre viciée, car elle reposait sur des informations transmises par la Suisse en violation de la loi sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP). L'opposante demandait en outre l'accès partiel au dossier d'entraide, afin de connaître la documentation transmise spontanément aux autorités américaines, ce qui lui avait été refusé précédemment.

C.- Par décision du 11 avril 2001, l'OFJ a statué simultanément sur les oppositions relatives au blocage des fonds et à la décision d'entrée en matière. La transmission

spontanée se rapportait à des informations et non à des moyens de preuve ; elle était soumise à la surveillance de l'OFJ, mais ne pouvait faire l'objet d'un recours ; le contenu de ces informations ressortait clairement de la demande d'entraide américaine, dûment notifiée à l'opposante. La décision de la Chambre d'accusation, reconnaissant *prima facie* l'immunité de juridiction à propos du compte détenu par la République X., ne liait pas l'office central ; il n'y avait pas eu de transmission illicite de renseignements, et il ne se justifiait donc pas d'en donner accès à l'opposante. Celle-ci ne pouvait invoquer son immunité en se contentant d'affirmer que les fonds étaient affectés à des tâches publiques : ce critère n'était pas déterminant à lui seul. Les fonds détenus auprès de la Banque B provenaient de compagnies pétrolières, en contrepartie de droits et de concessions pétrolières ; ils avaient été versés sur le compte de la société O., société dont le capital était détenu par S., dont le bénéficiaire était le Président de la République X. La structure financière utilisée pour ces placements permettait de penser que l'Etat étranger avait agi *iure gestionis*. Le versement de USD 84 millions sur le compte de la République X auprès de la Banque C. avait eu lieu de manière abrupte, et pouvait être interprété comme une tentative d'abuser de l'immunité diplomatique pour échapper aux investigations en cours.

D.- La République X. forme un recours de droit administratif contre cette dernière décision. Elle en demande l'annulation, ainsi que l'irrecevabilité de la demande d'entraide et l'annulation des décisions de blocage et d'entrée en matière. Subsidiairement, elle conclut à l'annulation des décisions de l'OFJ en tant qu'elles portent sur le compte "Trésor de la République X.", et au rejet de la demande d'entraide dans la même mesure. Plus subsidiairement, elle conclut au renvoi de la cause à l'OFJ pour nouvelle décision dans le sens des considérants du Tribunal fédéral. L'OFJ conclut au rejet du recours.

Extrait des considérants:

- 1.- [Base légale sur laquelle l'OFJ fonde sa décision]
- 2.- [Pas de violation en l'espèce du droit de consulter le dossier]
- 3.- [Les informations spontanément fournies par la justice genevoise ne constituent pas des preuves illégales dans la mesure où les conditions de l'entraide judiciaire sont remplies]
- 4.- La recourante reprend enfin ses arguments relatifs à l'immunité d'exécution. Elle produit un avis de droit, rappelant que cette immunité couvre tous les biens affectés au service public, tels les fonds destinés à la promotion touristique. Les fonds déposés auprès de la Banque B., affectés à la politique du développement des ressources naturelles, présenteraient le même caractère. On en se trouverait pas dans le cas où l'Etat tente d'invoquer son immunité pour se dérober à ses obligations financières, constatées par jugement. Si, comme l'estiment le juge d'instruction et l'autorité requérante, les fonds litigieux étaient le produit d'actes de corruption et de détournements, la République X. en serait la victime et la saisie de ces fonds ne se justifierait pas.
 - a) Le Tribunal fédéral a déjà examiné ces arguments dans le cadre de recours de droit public formés, notamment par la recourante, à l'encontre des décisions de blocage des comptes détenus auprès de la Banque B. Dans ses arrêts du 8 décembre 2000, dont la teneur est reprise dans la décision attaquée, le Tribunal fédéral a rappelé que la distinction des actes *iure gestionis* et *iure imperii* ne saurait se faire sur la seule base de leur attachement au droit public ou au droit privé, ni même au regard du but poursuivi,

car ce but vise toujours un intérêt étatique. On recherchera donc prioritairement quelle est la nature intrinsèque de l'opération mise sur pied par l'Etat : il s'agit de déterminer si l'acte relève de la puissance publique, ou s'il s'agit d'un rapport juridique qui pourrait, dans une forme identique ou semblable, être conclu par deux particuliers (ATF 110 II 255, CH/2 ; ATF 104 la 367, CH/20). La jurisprudence range ainsi parmi les actes accomplis *iure imperii* les activités militaires, les actes analogues à une expropriation ou une nationalisation (ATF 113 la 172, CH/11) ; sont en revanche des actes accomplis *iure gestionis* les emprunts de l'Etat ou d'une banque centrale souscrits sur un marché monétaire (ATF 104 la 376, CH/20) et les contrats, par exemple d'entreprise (ATF 112 la 148, CH/10 ; ATF 111 la 62, CH/16). La jurisprudence recourt aussi à des critères extérieurs à l'acte en cause. Elle voit par exemple l'indice d'un acte accompli *iure gestionis* dans le fait que l'Etat est entré en relation avec un particulier sur le territoire d'un autre Etat, sans que ses relations avec ce dernier soient en cause (ATF 104 la 367, CH/20 ; ATF 86 I 23, CH/8). Ces activités commerciales, tels des accords de livraison de marchandises ou de prestations de service, ou des engagements financiers comme, en particulier, des contrats de prêt ou de garantie, ne sont évidemment pas couvertes par l'immunité diplomatique.

Dans les arrêts précités, le Tribunal fédéral a estimé que le recours à des sociétés privées, dont l'Etat n'était d'ailleurs pas lui-même l'ayant droit, permettait de douter de l'existence d'une immunité diplomatique, indépendamment de la prétendue affectation des fonds à des tâches publiques.

b) Ces considérations, émises au stade des mesures de blocage dans le cadre de la procédure pénale nationale, conservent leur pertinence dans la présente cause. Compte tenu de l'intervention de plus en plus fréquente des Etats dans une activité laissées jusque-là à la société marchande, et selon un mode de fonctionnement analogue à ceux qu'utilisent les acteurs privés, la conception restrictive de l'immunité d'Etat est aujourd'hui généralisée, tant dans les droits nationaux que dans les conventions régissant la matière, notamment la convention européenne de 1972 sur l'immunité des Etats, à laquelle la Suisse n'est pas partie. *Ratione materiae*, l'immunité n'est ainsi admise que pour un type restreint d'activités, soit pour les activités dites "souveraines", qui impliquent l'usage de prérogatives de la puissance publique. Elle est en revanche exclue lorsque l'action de l'Etat se rapporte à une transaction commerciale, ou au statut d'un bien immobilier ou d'un droit incorporel de l'Etat. *Ratione personae*, seuls bénéficient de l'immunité l'Etat lui-même, ou les entités remplissant une mission de souveraineté, compte tenu de la nature de l'acte accompli et du statut de son auteur. Les sociétés contrôlées par l'Etat ne sauraient normalement en bénéficier.

c) Longtemps controversée, la question de l'immunité dont jouit l'Etat en matière commerciale est désormais résolue dans le sens de refus de tout privilège. L'exception d'activité commerciale ne se limite pas à une série d'actes ; il doit en outre exister un lien suffisant entre le rapport en cause et le territoire suisse.

L'exception d'activité commerciale peut être reconnue indépendamment du fait que les activités commerciales concernées ont pour but ultime de favoriser le développement économique. Si l'exploitation des ressources naturelles est incontestablement une activité de service public, il n'en résulte pas que l'immunité doit être accordée dès qu'un litige se rattache à l'exercice d'une telle activité. Il se peut en effet que les contrats passés par une entité chargée de la mise en valeur des richesses d'un Etat ne soient nullement des actes de souveraineté.

d) Selon les explications de la recourante elle-même, celle-ci n'a fait que négocier les droits relatifs à des concessions pétrolières. Elle s'est comportée, dans ce cadre, à l'instar de tout privé offrant un bien ou un service et aboutissant, au terme de négociations menées sur un pied d'égalité, à la conclusion de contrats. Le fait que ces fonds aient été conservés, "dans l'attente de leur utilisation future pour des tâches de l'Etat, soit pour le paiement direct de l'Etat, soit encore pour être gérés et retransférés sur des comptes de la République en Suisse ou à l'étranger", ne saurait à lui seul permettre de reconnaître l'immunité. Comme cela est relevé ci-dessus, les fonds de l'Etat sont toujours, en définitive, affectés à des tâches publiques. Ce qui est déterminant en l'espèce, c'est que l'Etat recourant s'est comporté, dans la gestion des comptes, comme n'importe quel particulier. Les mouvements de fonds décrits par l'office central permettent d'affirmer que l'Etat étranger a agi selon un processus propre au droit privé. Les fonds versés par les compagnies pétrolières ont d'abord abouti sur les comptes "escrow", et ont été répartis par la Banque B. sur divers comptes bancaires détenus par des sociétés de droit privé, dont les ayants droit étaient des dignitaires de l'Etat. La Banque B. est intervenue, comme l'admet la recourante elle-même, dans le cadre d'un mandat de conseil et d'assistance à l'occasion de négociations et de l'exécution des conventions relatives aux concessions pétrolières, chargée dans un premier temps de recevoir les paiements, puis de les répartir sur les comptes de sociétés offshore, la République X ne désirant pas apparaître pour des raisons de discrétion. Dans ces circonstances, la recourante ne peut se voir reconnaître le privilège de l'immunité d'Etat. Il n'est pas nécessaire, cela étant, de rechercher si le versement de USD 84 millions, intervenu subitement le 6 août 1999, peut être interprété comme une tentative d'abuser de l'immunité d'Etat pour échapper aux investigations en cours.

Pour ces motifs, le Tribunal fédéral rejette le recours