{T 1/4}
1P.233/2001
1P.241/2001

Ie C O U R D E D R O I T P U B L I C
****

5 juin 2001

Composition de la Cour: MM. les Juges Aemisegger, Président, Vice-président du Tribunal fédéral, Féraud, Catenazzi, Favre et Mme le Juge suppléant Pont Veuthey.
Greffier: M. Zimmermann.

_____

Statuant sur les recours de droit public
formés par

Mohammed Sani Abacha, actuellement détenu à Lagos (Nigeria), représenté par MMes Bruno de Preux et Pierre de Preux, avocats à Genève,
et par

Abubakar Bagudu, à Abuja (Nigeria), représenté par Me Vincent Jeanneret, avocat à Genève,

contre

les ordonnances rendues le 14 février 2001 par la Chambre d'accusation du canton de Genève dans la cause opposant les recourants à la République fédérale du Nigeria, représentée par Me Enrico Monfrini, avocat à Genève, au Juge d'instruction et au Procureur général du canton de Genève;

(entraide internationale en matière pénale et procédure pénale cantonale; accès au dossier)
Le 30 septembre 1999, la République fédérale du Nigeria (ci-après: la République fédérale) a annoncé à l'Office fédéral de la justice (ci-après: l'Office fédéral) qu'elle envisageait de demander à la Suisse l'entraide judiciaire pour les besoins de l'enquête ouverte au Nigeria à l'encontre des parents et des proches de feu Sani Abacha, Président de la République fédérale du 17 novembre 1993 à son décès le 8 juin 1998. Les personnes poursuivies le sont pour détournement de fonds publics.

Le 28 octobre 1999, le Procureur général du canton de Genève, se fondant sur des communications faites en application de la LBA, 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). Cette procédure a été désignée sous la rubrique P/12983/99.

Le 24 novembre 1999, la République fédérale a déposé auprès du Procureur général une plainte pénale notamment pour abus de confiance, escroquerie, extorsion, gestion déloyale, recel, participation à une organisation criminelle et blanchiment d'argent notamment contre Mohamed Sani Abacha, fils de Sani Abacha, et Abubakar Attiku Bagudu, homme d'affaires et ami de Sani Abacha. Le Procureur général a ordonné l'ouverture d'une information pénale. Cette procédure, désignée sous la rubrique P/14457/99, a été jointe à la procédure P/12983/99, le 29 novembre 1999.

Le 3 décembre 1999, le Juge d'instruction a admis la République fédérale comme partie civile à la procédure P/12983/99, ainsi qu'aux procédures connexes.

Le 22 décembre 1999, le Juge d'instruction a joint toutes les procédures connexes à la procédure principale P/12983/99, au dossier de laquelle il avait donné accès à la République fédérale, le 9 décembre 1999.

Le 20 décembre 1999, la République fédérale a présenté à l'Office fédéral une demande formelle d'entraide judiciaire, pour les besoins de l'enquête conduite par la "Special Fraud Unit" de la police nigériane contre les parents et les proches de feu Sani Abacha. Les faits évoqués dans la demande d'entraide sont identiques à ceux appuyant la plainte du 24 novembre 1999.

Le 20 janvier 2000, l'Office fédéral a rendu une décision d'entrée en matière et ordonné le blocage d'une série de comptes bancaires. Il a délégué au même Juge d'instruction que celui chargé des procédures pénales ouvertes à Genève la mission de réunir la documentation relative à ces comptes, en l'invitant à remettre "toute information additionnelle recueillie dans le cadre de sa propre procédure et ayant une utilité potentielle pour répondre à la demande". Cette procédure a été désignée sous la rubrique CP/286/99.

Le Juge d'instruction a inculpé Abacha et Bagudu de participation à une organisation criminelle, de blanchiment d'argent, d'escroquerie, de gestion déloyale, subsidiairement de gestion déloyale des intérêts publics.

Le 7 novembre 2000, Bagudu s'est adressé au Juge d'instruction pour se plaindre de ce que la République fédérale aurait eu accès à des renseignements, contenus dans le dossier de procédure P/12983/99 équivalents, selon lui, à ceux réclamés dans la demande d'entraide judiciaire (CP/286/99), dont le traitement était en cours. De cette manière, la République fédérale aurait obtenu, de manière indue et prématurée, des informations qu'elle n'aurait pu obtenir qu'au terme de la procédure d'entraide. Bagudu a

demandé au Juge d'instruction de suspendre le droit de la République fédérale de consulter le dossier, subsidiairement de lui faire interdiction d'utiliser les renseignements obtenus dans le cadre de la procédure P/12983/99 jusqu'à droit connu sur la demande d'entraide judiciaire.

Abacha a fait sienne la demande de Bagudu.

Le 23 novembre 2000, le Juge d'instruction a rejeté cette requête.

Par deux décisions du 14 février 2001, la Chambre d'accusation a rejeté les recours formés par Bagudu et Abacha contre la décision du 23 novembre 2000, qu'elle a confirmée.

Agissant séparément par la voie du recours de droit public, Mohamed Sani Abacha et Abubakar Bagudu demandent au Tribunal fédéral d'annuler la décision du 14 février 2001. Bagudu requiert en outre le renvoi de la cause à la Chambre d'accusation pour nouvelle décision au sens des considérants. Les recourants invoquent les art. 5 al. 3, 9, 29 al. 2 et 49 al. 1 Cst.

Le Tribunal fédéral, après avoir joints les recours, a admis ceux-ci, traités comme recours de droit administratif. Il a annulé les décisions attaquées et renvoyé les causes au Juge d'instruction pour nouvelle décision au sens des considérants.

Extrait des considérants:

2.- Le Tribunal fédéral examine d'office et avec une pleine cognition la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 127 III 41 consid. 2a p. 42; 126 I 81 consid. 1 p. 83, 207 consid. 1 p. 209, 257 consid. 1a p. 258, et les arrêts cités).

a) Le recours de droit public n'est pas recevable si le grief peut être soumis par un autre moyen de droit au Tribunal fédéral ou à une autre autorité fédérale (art. 84 al. 2 OJ). En l'occurrence, les recourants reprochent essentiellement aux autorités cantonales d'avoir éludé les prescriptions de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale du 20 mars 1981 (EIMP; RS 351.1). Ils font valoir que la décision de donner à la République fédérale, partie civile, le libre accès au dossier de la procédure P/12983/99, en application de l'art. 142 al. 1 CPP/GE, reviendrait, de fait, à lui accorder tout ce qu'elle a réclamé à l'appui de la demande d'entraide judiciaire, avant même qu'une décision de clôture au sens de l'art. 80d EIMP ne soit rendue, ce qui serait inconciliable avec les règles fondamentales de l'entraide judiciaire et notamment le principe de la spécialité ancré à l'art. 67 al. 1 EIMP. Invoquant la primauté du droit

fédéral (art. 49 al. 1 Cst.), les recourants soutiennent à cet égard que le Juge d'instruction et la Chambre d'accusation auraient appliqué arbitrairement le droit cantonal de procédure en lieu et place du droit public de la Confédération, soit l'EIMP. Or, un tel grief doit être soulevé dans le cadre du recours de droit administratif, selon ce que prévoit l'art. 25 al. 1 EIMP. Cette règle correspond au système des art. 97 et 98 let. g OJ, mis en relation avec l'art. 5 PA, selon lequel la voie du recours de droit administratif est ouverte contre les décisions des autorités cantonales de dernière instance et qui sont fondées sur le droit fédéral - ou qui auraient dû l'être - pour autant qu'aucune des exceptions prévues aux art. 99 à 102 OJ ou dans la législation spéciale ne soit réalisée (ATF 127 II 1 consid. 2b/aa p. 3/4; 126 I 50 consid. 1 p. 52; 126 II 171 consid. 1a p. 173, 300 consid. 1a p. 301/302; 126 V 252 consid. 1a p. 253/354, et les arrêts cités), cette voie de droit étant aussi ouverte contre les décisions cantonales fondées à la fois sur le droit fédéral et sur le droit cantonal dans la mesure où la violation de dispositions du droit fédéral directement applicables est en jeu (cf. art. 104 let. a OJ; ATF 126 V 30 consid. 2 p. 31; 125 II 10 consid. 2a p. 13; 124 II 409 consid. 1d/dd p. 414/415, et les arrêts cités). Ces principes jurisprudentiels valent aussi dans le domaine de l'entraide judiciaire, qui relève du droit public de la Confédération. En d'autres termes, lorsque dans le cadre d'une procédure pénale régie par le droit cantonal, une partie soulève le grief de violation des règles de l'EIMP applicables à une procédure d'entraide connexe, l'autorité cantonale (d'exécution ou de recours) rend une décision fondée sur le droit fédéral, contre laquelle seule est ouverte la voie du recours de droit administratif (cf. art. 80e, 80f et 80i EIMP; cf. ATF 115 Ib 366 consid. 1 p. 369/370 et l'arrêt non publié F. du 23 mars 1994).

En l'espèce, la procédure P/12983/99 présente un lien étroit avec la procédure CP/286/99 ouverte en exécution de la demande d'entraide du 20 décembre 1999: la République fédérale, comme Etat requérant et comme partie civile, défend les mêmes intérêts; les faits évoqués dans la plainte pénale et dans la demande d'entraide sont identiques; les personnes impliquées sont les mêmes; les mesures de contrainte portent sur les mêmes comptes. Les deux procédures sont à ce point imbriquées qu'il est pour ainsi dire impossible de mener l'une indépendamment de l'autre. Ce point n'a d'ailleurs pas échappé à l'Office fédéral. Dans sa décision d'entrée en matière du 20 janvier 2000, celui-ci a invité le Juge d'instruction chargé simultanément de la procédure pénale (P/12983/99) et de l'exécution de la demande d'entraide (CP/286/99) à lui remettre, en vue d'une transmission à l'Etat requérant, "toute information additionnelle recueillie dans le cadre de sa procédure pénale et ayant une utilité potentielle" pour la procédure étrangère. Les mesures de

contrainte - notamment la saisie d'une très importante documentation bancaire - ont été ordonnées aussi bien pour les besoins de la procédure pénale que pour l'exécution de la demande d'entraide judiciaire. En accordant à la République fédérale l'accès au dossier de la procédure P/12983/99, sans aucune restriction, le Juge d'instruction a pris une décision qui a influé sur le déroulement de la procédure d'entraide, puisque l'Etat requérant s'est trouvé autorisé à consulter les pièces recueillies pour l'exécution de la demande d'entraide, avant tout tri préalable. En cela, le Juge d'instruction ne s'est pas placé uniquement sur le terrain de l'art. 142 CPP/GE; il a aussi statué en application de l'EIMP. Les mêmes remarques valent pour la Chambre d'accusation, autorité cantonale de recours compétente pour connaître des décisions du Juge d'instruction aussi bien pour ce qui concerne la procédure pénale cantonale (art. 190 CPP/GE), que la procédure d'entraide (art. 34 de la loi genevoise d'application du Code pénal et d'autres lois fédérales en matière pénale, du 14 mars 1973 [LACP]). La Chambre d'accusation devait admettre, sur le vu des recours formés par les recourants contre la décision du 23 novembre 2000, que l'affaire portait sur l'application et le respect de l'EIMP. Partant, elle devait considérer la décision entreprise comme une décision incidente fondée sur cette loi et la traiter comme telle (cf. l'art. 45 PA). Bien que ce point ait échappé à la Chambre d'accusation, celle-ci a néanmoins écarté expressément le grief tiré de l'élusion de l'EIMP. En cela, elle a matériellement appliqué le droit fédéral. Le lien de connexité très étroit unissant les deux procédures commande d'admettre que la décision devait être attaquée par la voie du recours de droit administratif.

Au regard de l'art. 84 al. 2 OJ, le recours de droit public est ainsi irrecevable. Il peut cependant être converti en recours de droit administratif, pour autant qu'il réponde aux exigences des art. 97 ss OJ (ATF 121 II 72 consid. 1f p. 77; 120 Ib 287 consid. 3d p. 298, 379 consid. 1a p. 381; 118 Ib 326 consid. 1b p. 330).

b) Dans le domaine de l'EIMP, peuvent faire l'objet d'un recours la décision de clôture de la procédure d'entraide et, conjointement avec celle-ci, les décisions incidentes antérieures (art. 80e let. a EIMP). Celles-ci sont séparément attaquables, selon l'art. 80e let. b EIMP, si elles causent à leur destinataire un préjudice immédiat et irréparable découlant de la saisie d'objets ou de valeurs (ch. 1) ou de la présence de personnes qui participent à la procédure à l'étranger (ch. 2). L'existence d'un préjudice immédiat et irréparable ne peut être admise que dans l'un ou l'autre cas visé à l'art. 80e let. b EIMP, dont l'énumération est en principe exhaustive (ATF 126 II 495 consid. 5 p. 499ss).

La décision refusant de limiter le droit de consul-

ter le dossier, est de nature incidente. Ne portant pas sur la saisie d'objets ou de valeurs, elle ne cause pas aux recourants le préjudice mentionné à l'art. 80e let. b ch. 1 EIMP. Elle n'entre pas davantage dans la catégorie définie à l'art. 80e let. b ch. 2 EIMP, les autorités de l'Etat requérant n'ayant pas demandé à participer à l'exécution de la demande d'entraide.

Cela étant, si l'art. 80e let. b ch. 2 EIMP ouvre la voie du recours séparé contre la décision incidente prise selon l'art. 65a EIMP, c'est parce que la participation à l'exécution de la demande de fonctionnaires étrangers peut, selon les circonstances, comporter le risque d'un dévoilement prématuré d'informations et de documents dont la transmission ne peut être ordonnée que dans le cadre d'une décision de clôture au sens de l'art. 80d EIMP (cf. les arrêts non publiés J. du 29 septembre 1999 et F. du 17 juin 1998). Or, en l'espèce, le préjudice redouté par les recourants est de nature semblable: si la République fédérale, par le truchement d'une procédure pénale parallèle à laquelle elle est partie, reçoit des documents et informations qu'elle ne pourrait obtenir, par la voie de l'entraide judiciaire, qu'après le prononcé d'une décision de transmission définitive, la décision lui donnant un accès inconditionnel et illimité à la procédure pénale cause à la personne touchée par cette divulgation prématurée un dommage analogue à celui visé à l'art. 80e let. b ch. 2 EIMP. Cette conclusion s'impose aussi au regard de la jurisprudence qui dénie à l'Etat requérant, sauf exceptions, la qualité de partie à la procédure d'entraide (cf. ATF 125 II 411), afin d'éviter, précisément, le dommage provoqué par le dévoilement intempestif d'informations et de renseignements dans le cadre de la procédure d'entraide.

Le préjudice allégué est irréparable. Si, pour une raison ou pour une autre, la demande d'entraide devait être rejetée, avec la conséquence que les documents et renseignements recueillis par le Juge d'instruction ne devaient pas être transmis à la République fédérale, il n'en demeurerait pas moins que celle-ci aurait eu connaissance de ces pièces (dont elle aurait pu établir des copies, comme le permet expressément l'art. 142 CPP/GE), dans la procédure P/12983/99. Lorsque, dans la procédure d'entraide, l'Etat requérant obtient indûment des documents qu'il n'aurait pas dû recevoir, l'autorité d'exécution qui est allée au-delà de ce qu'elle aurait dû faire doit chercher à obtenir la restitution de ces documents et informations (ATF 115 Ib 186 consid. 4 p. 193), sans que l'Etat requérant - auquel l'erreur de l'autorité suisse n'est pas opposable - n'y soit cependant tenu en vertu de ses obligations (cf. Robert Zimmermann, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, Berne 1999, n°170 p. 128). L'Etat requérant serait d'autant moins obligé de restituer les pièces copiées dans le cas où, comme en l'espèce, il aurait eu connaissance d'informations

confidentielles dans le cadre d'une procédure pénale ouverte dans l'Etat requis, dont les autorités lui auraient reconnu la qualité de partie civile.

c) Contre une décision incidente, le délai de recours est de dix jours (art. 80k EIMP). Le recours, déposé le 28 mars 2001 contre la décision notifiée le 23 février 2001, est tardif, partant irrecevable à cet égard.

Lorsqu'il existe une obligation de mentionner une voie de droit, son omission ne doit pas porter préjudice au justiciable (ATF 126 II 506 consid. 1b p. 509; 123 II 231 consid. 8b p. 238; 119 IV 330 consid. 1c p. 333). Cependant, celui qui s'aperçoit du vice affectant l'indication de la voie de droit ou qui devait s'en apercevoir en faisant usage de la prudence que l'on pouvait attendre de lui, ne peut se prévaloir d'une indication inexacte ou incomplète sur ce point (ATF 121 II 72 consid. 2a p. 78; 119 IV 330 consid. 1c p. 333; 118 Ib 326 consid. 1c p. 330; 117 Ia 421 consid. 2a p. 422). En particulier, ne mérite pas de protection la partie dont l'avocat eût pu déceler l'omission ou l'erreur par la seule lecture du texte légal, sans recourir à la consultation de la jurisprudence ou de la doctrine (ATF 117 Ia 297 consid. 2 p. 299, 421 consid. 2a p. 422).

En l'espèce, les décisions attaquées ne mentionnent pas la voie du recours de droit administratif et le délai de recours de dix jours, contrairement à ce que prévoit l'art. 22 EIMP. Cela s'explique par le fait que la Chambre d'accusation, à la suite du Juge d'instruction, a méconnu que le litige portait non seulement sur l'application de l'art. 142 CPP/GE, mais aussi sur celle de l'EIMP, ce qui aurait commandé de statuer selon cette loi (consid. 2a ci-dessus). Cette omission justifie d'entrer en matière malgré le caractère tardif du recours et quand bien même on peut se demander si les recourants, représentés par des mandataires qui ont invoqué essentiellement les prescriptions de l'EIMP, n'auraient pas dû s'apercevoir de la méprise des autorités cantonales et agir, par précaution, dans le délai de dix jours prescrit par l'art. 80k EIMP.

d) Les recourants sont titulaires de comptes bancaires dont le Juge d'instruction a ordonné le séquestre et la remise de la documentation y relative. Sous cet aspect, ils auraient qualité pour agir contre une décision de clôture de la procédure d'entraide (cf. ATF 126 II 258 consid. 2d/aa p. 260; 125 II 356 consid. 3b/bb p. 362; 123 II 161 consid. 1d/aa p. 164; 122 II 130 consid. 2a p. 132/133).

Les recours, traités comme recours de droit administratif, sont ainsi recevables.

4.- De l'avis des recourants, le fait d'accorder à

la République fédérale, comme partie civile, le droit de consulter le dossier de la procédure P/12983/99 et d'en copier les pièces, aurait pour effet de contourner les règles de l'entraide judiciaire régie par l'EIMP, en violation de la primauté du droit fédéral.

a) La coopération judiciaire internationale en matière pénale est du domaine exclusif de la Confédération. Le rôle des cantons dans ce domaine se limite à l'adoption des normes d'exécution du droit fédéral qui ne sauraient contrecarrer l'application de celui-ci. La même règle prévaut dans la mise en oeuvre, par le canton, de ses compétences propres. Lorsque, comme en l'espèce, le Juge d'instruction conduit parallèlement à l'exécution de la demande d'entraide une procédure pénale distincte, il doit veiller à ce que l'application, en soi correcte, des prescriptions cantonales ne produise pas des effets contraires au droit fédéral.

Dans le domaine régi par l'EIMP, l'entraide ne peut être accordée, pour autant que les conditions légales soient remplies, qu'après l'entrée en force de l'ordonnance de clôture (art. 80d EIMP). Avant que cette étape ne soit franchie, aucun renseignement, document ou information ne peut être transmis à l'Etat requérant. La jurisprudence a souligné maintes fois ce principe, en insistant sur la nécessité d'éviter tout risque de dévoilement intempestif d'informations en cours de procédure (cf. ATF 127 II 104 consid. 3d p. 109 et 125 II 238), au regard notamment des principes de la spécialité et de la proportionnalité.

b) Le cas d'espèce se singularise par le fait que la procédure d'entraide (CP/286/99) et la procédure pénale (P/12983/99) sont si étroitement liées qu'elles en deviennent indistinctes. Les documents saisis comme moyens de preuve dans le cadre de la deuxième pourraient être transmis en exécution de la première, comme le souligne la décision d'entrée en matière du 20 janvier 2000, invitant le Juge d'instruction à prendre en compte, pour la clôture de la procédure d'entraide, tous les documents et informations utiles réunis dans la procédure pénale. Le Juge d'instruction conduisant les deux procédures de front, il doit prendre en compte les intérêts de l'une comme de l'autre. Cette tâche est rendue délicate par la nature et les buts différents de l'entraide et de la poursuite pénale, d'une part, et la superposition du droit fédéral et cantonal, d'autre part. En l'espèce, le Juge d'instruction et la Chambre d'accusation ont considéré ce rapport uniquement sous l'angle du droit de consulter le dossier tel qu'il est défini par l'art. 142 CPP/GE. Cette façon de voir les choses est trop étroite, car elle aboutit à négliger les buts de l'EIMP. En effet, au fur et à mesure que la République fédérale a pu exercer, sans limite et sans conditions, son droit de consulter le dossier de la procédure pénale (P/12983/99), d'obtenir des copies des pièces que ce

dossier contient et d'en user à sa guise, la procédure d'entraide (CP/286/99) a perdu son objet et sa substance, au point que le prononcé d'une décision de clôture portant sur la remise de documents et d'informations déjà en mains de la République fédérale, n'aurait plus guère de sens. Dans leur résultat, les décisions attaquées sont inconciliables avec le but de l'EIMP. Les recours doivent être admis sur ce point.

c) Pour appliquer le droit cantonal de manière à sauvegarder l'EIMP, il est nécessaire de limiter le droit de la République fédérale de consulter le dossier de la procédure P/12983/99, dans toute la mesure nécessaire pour préserver l'objet de la procédure d'entraide. Cela suppose d'examiner à chaque fois quelles pièces peuvent être remises sans dommage pour la procédure d'entraide. Une telle restriction du droit d'être entendu pourrait s'appuyer sur l'art. 27 al. 1 let. a et al. 2 PA, appliqué par extension et par analogie (cf. art. 12 al. 1 EIMP). Une autre solution pourrait consister à suspendre le droit de la République fédérale de consulter le dossier jusqu'à l'entrée en force de la décision de clôture de la procédure d'entraide ou à interdire à la République fédérale l'usage des documents et informations divulgués, jusqu'à l'entrée en force de la décision de clôture. Il serait aussi envisageable de rendre des décisions de clôture partielles, selon l'avancement des investigations du Juge d'instruction.

d) Comme le soulignent le Procureur général et le Juge d'instruction, cette solution conduit au résultat paradoxal de traiter de manière plus défavorable l'Etat étranger qui requiert l'entraide et use de ses droits de partie civile à la procédure pénale, par rapport à celui qui, sans demander l'entraide à la Suisse, interviendrait uniquement dans la procédure pénale cantonale. Cette différence de traitement trouve sa source dans l'art. 142 CPP/GE qui confère aux parties un large droit de consultation du dossier de la procédure pénale. On ne saurait cependant en déduire que cette norme pourrait primer les règles et les exigences de l'EIMP. Pour le surplus, la République fédérale, qui a délibérément choisi d'agir sur le plan de l'entraide judiciaire comme sur celui de la procédure pénale, ne peut pas prétendre à bénéficier d'un quelconque traitement de faveur à cet égard.

e) En l'espèce, le Tribunal fédéral n'est pas en mesure de statuer lui-même sur l'étendue du droit de consulter un dossier comprenant plusieurs centaines de pièces. La Chambre d'accusation ayant tranché sur recours, il se justifie de renvoyer l'affaire directement au Juge d'instruction (art. 114 al. 2 OJ).

Lausanne, le 5 7juin 2001