

SOMMAIRE

CHRONIQUE. – La pratique judiciaire du Tribunal pénal fédéral en 2018, par
Laurent Moreillon, Michel Dupuis et Miriam Mazou, p. 39.

La pratique judiciaire du Tribunal pénal fédéral en 2018*

par

Laurent MOREILLON

Avocat, docteur en droit

Professeur à la Faculté de droit, des sciences criminelles
 et d'Administration publique de l'Université de Lausanne
 Doyen,

Michel DUPUIS

Docteur en droit, avocat

Ancien Juge d'instruction,

Miriam MAZOU

Avocate, Master of Law

Membre du Conseil de l'Ordre des avocats vaudois
 Chargée de cours à l'Université de Lausanne
 Avocate spécialiste FSA droit pénal

Table des matières

I. Introduction (n° 1)	42
II. Procédure pénale (nos 2 à 59)	42
A. Conflit de for (nos 2 à 5)	42
B. Composition de la Cour des plaintes, critères (n° 6)	44
C. Suspension de la procédure (nos 7 à 11)	44
D. Récusation (nos 12 et 13)	45
E. Droit d'être entendu (nos 14 et 15)	46
a. En général (n° 14)	46
b. En matière de séquestre (n° 15)	46

* Les auteurs tiennent à remercier *M. Kastriot Lubishtani*, assistant diplômé, Ecole de droit, Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne pour son travail de recension d'arrêts.

F. Partie plaignante (n ^{os} 16 à 22)	47
a. Généralités et bien juridique protégé (n ^{os} 16 et 17)	47
b. Etat étranger et autorité quasi étatique (n ^o 18)	48
c. Partie plaignante non constituée durant la procédure (n ^o 19)	49
d. Droit au classement? (n ^o 20)	49
e. Garantie de l'anonymat (n ^o 21)	49
f. Droit à l'assistance judiciaire (n ^o 22)	50
G. Le prévenu (n ^o 23)	51
H. Procédure DPA (n ^{os} 24 à 29)	51
a. Délais de recours (n ^o 24)	51
b. Perquisition, saisie de documents et scellés (n ^{os} 25 à 27) ..	52
c. Perquisition et secret professionnel de l'avocat (n ^o 28) ...	53
d. Procédure de révision (n ^o 29)	54
I. Traduction des actes de procédure (n ^{os} 30 à 32)	55
J. Classement. Exigence de motivation (n ^o 33)	56
K. Célérité et déni de justice (n ^o 34)	57
L. Crimes de guerre (n ^{os} 35 à 37)	58
a. Principes (n ^{os} 35 et 36)	58
b. Présence de l'auteur en Suisse. <i>Dies a quo</i> (n ^o 37)	58
M. Relief et jugement par défaut (n ^{os} 38 à 42)	59
N. Mesures de contrainte et mise sous scellés (n ^{os} 43 et 44)	61
a. A l'égard d'un avocat (n ^o 43)	61
b. Rapport FINMA (n ^o 44)	62
O. Dépens, décision de 1 ^{re} instance partielle (n ^{os} 45 et 46)	62
P. Action récursoire (n ^o 47)	63
Q. Recours à la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral (n ^{os} 48 à 58)	63
a. Généralités (n ^o 48)	63
b. Intérêt juridiquement protégé (n ^{os} 49 et 50)	63
c. Refus d'instruction à d'autres prévenus (n ^{os} 51 à 53)	64
d. Etat étranger et organisation assimilée (n ^o 54)	65
e. Trust (n ^o 55)	65
f. Destinataire d'une injonction à détruire (n ^o 56)	66
g. Tiers objet d'une surveillance par poste et télécommunica- tion (n ^{os} 57 et 58)	66
R. Recours devant le Tribunal fédéral. Conditions (n ^o 59)	67

III. Coopération judiciaire pénale (n^{os} 60 à 103)	68
A. Petite entraide – entraide active (n ^{os} 60 à 84)	68
a. Généralités (n ^o 60)	68
b. Nature administrative de l'entraide (n ^o 61)	68
c. Prescription de l'infraction (n ^o 62)	69
d. Caractère pénal de la procédure étrangère (n ^o 63)	69
e. Exigence de la double punissabilité (n ^{os} 64 et 65)	70
f. Caractère politique de l'infraction (n ^o 66)	70
g. Principe de la spécialité (n ^o 67)	71
h. Refus de l'entraide (n ^o 68)	71
i. Objet des mesures de contrainte (n ^o 69)	72
j. Tri des pièces (n ^o 70)	72
k. Transmission spontanée (n ^o 71)	73
l. <i>Ne bis in idem</i> et confiscation (n ^o 72)	73
m. Exigences en matière d'escroquerie fiscale (n ^o 73)	74
n. Procédure de scellés et TEJUS (n ^o 74)	75
o. Remise de moyens de preuve en vue de confiscation (n ^{os} 75 et 76)	75
p. Position procédurale de la personne entendue. Témoin (n ^o 77)	76
q. Recours à la Cour des plaintes et qualité pour recourir (n ^{os} 78 à 82)	77
r. Conditions d'octroi de l'assistance judiciaire (n ^o 83)	79
s. Révision d'un arrêt du Tribunal pénal fédéral (n ^o 84)	79
B. Extradition (n ^{os} 85 à 101)	80
a. Compétence de la Cour des plaintes (n ^o 85)	80
b. Conditions de la détention extraditionnelle (n ^{os} 86 à 89) ..	80
c. Extradition et infraction fiscale (n ^{os} 90 et 91)	82
d. Double incrimination (n ^o 92)	82
e. Prescription de l'infraction (n ^{os} 93 et 94)	83
f. Etat de santé et procédure extraditionnelle (n ^{os} 95 et 96) ..	83
g. Extradition et compatibilité avec l'article 8 CEDH (n ^{os} 97 à 99)	84
h. Exécution de la peine dans l'Etat requis (n ^o 100)	85
i. Procédure de recours devant le Tribunal pénal fédéral (n ^o 101)	86
C. Recours au Tribunal fédéral (n ^{os} 102 et 103)	86
a. Généralités (n ^o 102)	86
b. Violation des principes fondamentaux (n ^o 103)	87
IV. Conclusion (n^o 104)	87

I. Introduction

1. La présente chronique, annuelle, a pour but de présenter au lecteur les décisions importantes rendues en 2018 en droit procédural par la Cour des plaintes, cas échéant, par la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral, et confirmées, en cas de recours, par le Tribunal fédéral. Comme à l'accoutumée, les auteurs se sont limités à citer les arrêts qui leur paraissent les plus significatifs. Les décisions recensées portent sur l'application et l'interprétation du CPP, de la LOAP, ainsi que de la coopération judiciaire en matière pénale.

De manière générale, on doit relever en préambule que le droit formel et matériel n'a guère évolué durant l'année 2018.

II. Procédure pénale

A. Conflit de for

2. En principe, les autorités pénales vérifient d'office si elles sont compétentes et, le cas échéant, transmettent l'affaire à l'autorité compétente. Lorsque plusieurs autorités paraissent compétentes à raison du lieu, les Ministères publics concernés se communiquent sans délai les éléments essentiels de l'affaire et s'entendent aussi vite que possible sur la question du for. Si elles n'arrivent pas à s'entendre, le Ministère public du canton saisi en premier de la cause soumet la question, sans retard, et, en tout cas avant la mise en accusation, à la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral (TPF), qui tranche (art. 40 al. 2 CPP en lien avec les art. 37 al. 1^{er} LOAP et 19 al. 1^{er} du Règlement du 31 août 2010 sur l'organisation du Tribunal pénal fédéral, ROTPF, RS 173.713.161). Avant cette saisine, un échange de vues doit avoir lieu entre les cantons concernés. Quant au délai dans lequel l'autorité requérante saisit la Cour des plaintes, il est en principe de 10 jours (par analogie avec l'art. 396 al. 1^{er} CPP), exception faite du cas dans lequel l'autorité requérante invoque des circonstances exceptionnelles qu'il lui incombe de spécifier¹.

3. Selon l'article 31 al. 1^{er} CPP, l'autorité du lieu où l'acte a été commis est compétente pour la poursuite et le jugement de l'infraction. Si le lieu du résultat est situé en Suisse, l'autorité compétente est celle de ce lieu. Le lieu de résultat ne joue ainsi qu'un rôle subsidiaire par rapport au lieu de commission pour fixer le for interne cantonal.

¹ Cour des plaintes, décision du 9 janvier 2018, BG.2017.31 c. 1.1 et les réf. cit.

On peut notamment y avoir recours si le lieu de commission en Suisse ne peut être établi avec certitude. D'autre part, le critère du lieu de résultat ne peut être pris en considération que lorsqu'il s'agit de poursuivre un délit matériel². Si l'infraction a été commise à l'étranger ou s'il n'est pas possible de déterminer en quel lieu elle a été commise, l'article 32 al. 1^{er} CPP précise que l'autorité du lieu où le prévenu a son domicile ou sa résidence habituelle est compétente pour la poursuite et le jugement. Si le prévenu n'a ni domicile ni résidence habituelle en Suisse, l'autorité compétente est celle de son lieu d'origine. S'il n'a pas de lieu d'origine, l'autorité compétente est celle du lieu où il a été appréhendé (art. 32 al. 2 CPP). Si le for ne peut être fixé selon les alinéas 1 et 2 de l'article 32 CPP, l'autorité compétente est celle du canton qui a demandé l'extradition (art. 32 al. 3 CPP). Enfin, si le lieu de commission ne peut être déterminé, l'article 32 CPP n'est applicable qu'en l'absence d'un lieu de résultat en Suisse³.

4. Selon l'article 40 al. 3 CPP, l'autorité compétente en matière de for peut retenir un autre for que celui prévu aux articles 31 à 37 CPP, lorsque la part prépondérante de l'activité délictueuse, la situation personnelle du prévenu ou d'autres motifs pertinents l'exigent. Toutefois, cette dérogation au for ordinaire doit demeurer l'exception, et seulement en présence de motifs pertinents⁴.

5. Dans le cas d'espèce, une première procédure a été ouverte pour escroquerie par les autorités bernoises. Puis, l'autorité neuchâteloise en a fait de même à raison du même chef d'infraction. Enfin, les autorités fribourgeoises ont ouvert une procédure contre inconnu pour escroquerie et pour blanchiment. En présence de plusieurs escroqueries qui ont causé des dommages à plusieurs personnes dans des lieux différents, l'article 34 CPP est applicable. Dans le cas particulier, il sied de rappeler que le blanchiment d'argent est un délit de mise en danger abstraite de l'administration de la justice. L'acte d'entrave doit être réprimé indépendamment de son résultat. S'agissant donc d'un délit dit formel, le critère du lieu de résultat ne peut pas être pris en considération pour déterminer le for. L'escroquerie, en revanche, est une infraction matérielle et donc déterminante pour fixer le for. Compte tenu du fait que le blanchiment est puni d'une peine moins grave que l'escroquerie, seules les autorités de poursuite bernoises et fribourgeoises qui menaient une procédure pénale pour escroquerie

² Cour des plaintes, arrêt précité c. 2.1 et les réf. cit.

³ Cour des plaintes, *ibidem* c. 2.2 et les réf. cit.

⁴ Cour des plaintes, *ibidem* c. 2.3.

entraient en ligne de compte pour la fixation du for. En définitive, comme les premiers actes de poursuite avaient été entrepris début juillet 2016 dans le canton de Fribourg c'est à ce dernier canton de reprendre les procédures pendantes dans les cantons de Berne et Neuchâtel⁵.

B. Composition de la Cour des plaintes, critères

6. La composition de la Cour des plaintes est fixée conformément au Règlement sur l'organisation du Tribunal pénal fédéral du 31 août 2010 (ROTPF RS 173.713.161), en relation avec les articles 58 LOAP et 15 al. 1^{er} ROTPF. Les critères à retenir, par le Président de la Chambre, sont les suivants : langue de la procédure, degré d'occupation des juges, implication dans le cadre d'autres procédures du même type et disponibilité. De tels critères satisfont aux exigences de la Convention européenne des droits de l'Homme et de la Constitution fédérale⁶.

C. Suspension de la procédure

7. Selon l'article 314 CPP, le Ministère public peut suspendre l'instruction lorsque l'auteur ou son lieu de séjour est inconnu ou qu'il existe des empêchements momentanés de procéder, lorsque l'issue de la procédure pénale dépend d'un autre procès dont il paraît indiqué d'attendre la fin, lorsque l'affaire fait l'objet d'une procédure de conciliation dont il paraît indiqué d'attendre la fin, lorsqu'une décision dépend de l'évolution future des conséquences de l'infraction. Selon l'article 314 al. 3 CPP, avant d'ordonner la suspension, le Ministère public administre les preuves dont il est à craindre qu'elles disparaissent. Enfin, lorsque le lieu de séjour de l'auteur est inconnu, il met en œuvre des recherches⁷.

8. La procédure peut être suspendue, en particulier lorsqu'il paraît indiqué d'attendre le résultat d'une autre procédure, notamment lorsque le jugement attendu est décisif pour la procédure à suspendre. Le Ministère public de la Confédération dispose à ce titre d'une large marge d'appréciation. Il doit toutefois se demander si le résultat de l'autre procédure peut véritablement jouer un rôle s'agissant de la procédure à suspendre et s'il simplifiera effectivement l'administration des preuves dans la procédure qu'il instruit. Dans ce cas de

⁵ Cour des plaintes, arrêt précité c. 3.1.1, 3.1.2, 3.1.3 et 3.3.

⁶ Cour des plaintes, décision du 1^{er} février 2018, BB.2017.192 c. 1.3.

⁷ Cour des plaintes, décision du 6 février 2018, BB.2017.111-112 c. 2.3.

figure, des retards dans la procédure à suspendre sont inévitables. Cependant, une suspension ne doit pas provoquer de retard injustifié. Ainsi, en cas de doute, le principe de célérité doit-il primer⁸.

9. Le principe de la célérité est violé lorsque l'autorité ordonne la suspension d'une procédure sans motif objectif particulier. Une telle mesure dépend d'une pesée des intérêts en présence et ne doit être admise qu'avec retenue, en particulier s'il convient d'attendre le prononcé d'une autre décision qui permettrait de trancher une question décisive⁹.

10. Dans le cas de figure, le Ministère public de la Confédération a choisi de suspendre la procédure jusqu'à droit connu sur les résultats d'une procédure parallèle qui auront, indubitablement, des incidences sur la procédure objet du litige. Ces résultats permettront de mieux appréhender les faits qui sont reprochés au recourant. Dans un tel contexte, c'est à bon droit que le Ministère public de la Confédération a ordonné une telle mesure¹⁰.

11. Cela étant, la suspension de la procédure doit rester l'exception. Ainsi, lorsque l'avocat n'a plus de contact avec son client pendant de nombreux mois, il ne saurait requérir la suspension de la procédure. En effet, les parties bénéficient de la protection juridique assurée aux étapes ultérieures de la procédure. S'il est vrai que les droits de la défense supposent que l'avocat puisse avoir des contacts avec son client, le fait que ces contacts n'aient pas encore été établis ne saurait fonder l'existence d'un préjudice actuel et concret, selon le droit d'être entendu. A ce titre, l'administration des preuves pourra être répétée¹¹.

D. Récusation

12. Une demande de récusation, formulée au moment du dépôt du recours, soit avant de connaître la composition de la Cour amenée à trancher la cause, ne saurait être assimilée à une demande de récusation proprement dite. Elle s'apparente à une invitation à constituer la composition amenée à statuer d'une manière qui convienne au recourant. La compétence de former les compositions appartient toutefois exclusivement à la présidence de la Cour des plaintes (art. 15 RO

⁸ Cour des plaintes, *ibidem* c. 2.4 et les réf. cit.

⁹ Cour des plaintes, *ibidem* c. 2.5 et les réf. cit.

¹⁰ Cour des plaintes, *ibidem* c. 2.10.

¹¹ Cour des plaintes, décision du 19 janvier 2018, BB.2017.131 c. 1.3.3 et les réf. cit.

TPF, RS 173.713.161). A ce titre, les desiderata des parties n'entrent pas dans les critères qu'elle est amenée à prendre en compte¹².

13. Il sied de rappeler que le simple fait de rendre une décision en défaveur d'une partie ne constitue pas un motif de récusation. Le juge dont la récusation a été demandée ne devrait pas participer à la décision à intervenir. Il peut toutefois le faire lorsque la demande relève de procédés dilatoires et abusifs. En présence de multiples demandes de récusation, concernant les mêmes juges, toutes rejetées par le Tribunal pénal fédéral, on ne peut plus se trouver dans la configuration de requêtes abusives et téméraires, ce d'autant si les demandes de récusation ont été rejetées par le Tribunal fédéral¹³.

E. Droit d'être entendu

a. En général

14. Le droit d'être entendu est garanti par l'article 29 al. 2 Cst. et, en procédure pénale, par les articles 3 al. 2 let. c et 107 CPP. On en déduit l'obligation, pour l'autorité, d'indiquer dans son prononcé les raisons qui la conduisent à sa décision. Cette garantie tend à donner à la personne touchée des moyens d'apprécier la portée du prononcé et de le contester efficacement s'il y a lieu devant une instance supérieure. L'objet et la précision des indications à fournir dépendent de la nature de l'affaire et des circonstances particulières du cas. En règle générale, il suffit que l'autorité mentionne au moins brièvement les motifs qui l'ont guidée, même de discuter de manière détaillée tous les arguments soulevés par les parties. L'autorité n'est pas davantage astreinte à statuer séparément sur chacune des conclusions qui lui sont présentées. Elle peut en effet se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige. Il suffit que le justiciable puisse apprécier correctement la portée de la décision et l'attaquer à bon escient¹⁴.

b. En matière de séquestre

15. Ainsi, en matière de séquestre, le Ministère public de la Confédération doit indiquer les soupçons d'infraction qui justifient cette mesure. Il doit également préciser les faits qui, selon lui, permettraient de retenir que les avoirs du recourant, le tiers saisi, sont le

¹² Cour des plaintes, décision du 28 février 2018, BB.2018.25, pp. 2-3.

¹³ Cour des plaintes, ibidem, pp. 2-3.

¹⁴ Cour des plaintes, décision du 8 août 2018, BB.2017.148 c. 2.1 et les réf. cit.

produit des infractions. Il peut, de façon générale, statuer sur la bonne foi du tiers intéressé. Cette motivation suffit. Elle doit permettre de comprendre que, selon le Ministère public de la Confédération, les valeurs déposées sur les relations bancaires concernées sont liées aux infractions poursuivies. D'autre part, il faut rappeler que, par nature, l'enquête pénale tend à la découverte de faits au cours de celle-ci. Il est normal, voire même indiqué en vertu du principe de la proportionnalité, que les faits justifiant une mesure de contrainte se précisent dans le temps. Il ne revient pas pour autant à l'autorité d'instruction d'informer le tiers touché par un acte d'enquête de chaque avancée. Ce dernier doit pouvoir se déterminer sur une décision prise à son encontre et reprendre les faits à l'origine de la mesure de contrainte dans le respect de ses garanties procédurales. Il apparaît dès lors que le droit d'être entendu du recourant a été respecté si ces principes sont respectés.¹⁵

F. Partie plaignante

a. Généralités et bien juridique protégé

16. En règle générale, seul peut se prévaloir d'une atteinte directe le titulaire du bien juridique protégé par la disposition pénale qui a été enfreinte. Les droits touchés sont les biens juridiques individuels, tels que la vie et l'intégrité corporelle, la propriété, l'honneur, etc. Lorsque l'infraction vise à protéger en premier lieu l'intérêt collectif, les particuliers ne sont considérés comme lésés que si leurs intérêts privés ont été effectivement touchés par les actes en cause, de sorte que leur dommage apparaît comme la conséquence directe de l'acte dénoncé. L'atteinte doit en outre revêtir une certaine gravité. A cet égard, la qualification de l'infraction n'est pas déterminante. Sont en effet décisifs les effets de celle-ci sur le lésé, qui doivent être appréciés de manière objective, et non en fonction de la sensibilité personnelle et subjective du lésé. Selon l'article 115 al. 2 CPP, doivent toujours être considérées comme lésées les personnes qui ont la qualité pour déposer plainte au sens de l'article 30 al. 1^{er} CP, en d'autres termes qui sont titulaires des biens juridiques auxquels on a porté atteinte.

Dans le cas particulier, l'infraction reprochée porte sur l'article 271 ch. 1 CP, qui punit celui qui, sans y être autorisé, a procédé sur le territoire suisse pour un Etat étranger à des actes qui relèvent des

¹⁵ Cour des plaintes, ibidem c. 2.2 et 2.3.

pouvoirs publics. L'infraction fait partie du titre 13^e du Code pénal concernant les crimes et délits contre l'Etat et la défense nationale. Le bien juridique protégé visé est, ici, la souveraineté territoriale, ainsi que l'indépendance de la Confédération. Il en découle que le titulaire du bien juridique est l'Etat à l'exclusion des personnes privées qui ne peuvent être atteintes qu'indirectement. Il s'ensuit que cette infraction n'est pas susceptible de léser directement une personne dans un intérêt personnel juridiquement protégé¹⁶.

17. S'agissant du blanchiment d'argent (art. 305bis CP), la disposition protège non seulement l'administration de la justice, mais également les intérêts patrimoniaux de ceux qui ont été lésés par le crime préalable (référence citée). D'autre part, selon la teneur de la jurisprudence du Tribunal fédéral, les intérêts d'un Etat peuvent être lésés par des opérations de corruption (référence citée). Il en va de même d'une société « quasi étatique » lorsque les versements présumés corruptifs sont effectués en faveur d'un ou de plusieurs membres de sa direction en vue de l'acceptation par la société d'une situation défavorable à ses intérêts financiers. D'après le message relatif à l'introduction des articles 322ter ss CP, le fait qu'un Etat détienne la majorité des actions ou le contrôle d'une entreprise constitue un indice très important quant à l'exercice des fonctions publiques par ses cadres.

S'agissant de l'article 322septies CP, le bien juridique protégé par la disposition est l'objectivité et l'impartialité du processus de décision et des activités étatiques étrangères¹⁷.

b. Etat étranger et autorité quasi étatique

18. Lorsque l'Etat étranger intervient comme partie plaignante dans la procédure pénale helvétique, il convient de circonscrire les risques inhérents à l'accès par ce dernier à des documents auxquels l'Etat ne peut avoir accès, en principe, que par le biais d'une coopération judiciaire internationale en matière pénale. Cela vaut, indépendamment de l'existence au moment de statuer sur l'accès au dossier pénal, d'une procédure d'entraide pendante. Plusieurs possibilités sont envisageables et c'est à la direction de la procédure de trouver des solutions praticables en tenant compte de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce.

En particulier, le Ministère public de la Confédération peut requérir de l'Etat étranger des garanties quant à la non-utilisation dans la

¹⁶ Cour des plaintes, décision du 25 janvier 2018, BB.2017.191 c. 1.3.2 et 1.3.3 et les réf. cit.

¹⁷ Cour des plaintes, décision du 7 mars 2018, BB.2017.149 c. 4.3 et les réf. cit.

procédure pénale nationale des renseignements obtenus lors de la consultation du dossier pénal. Cette solution ne paraît guère envisageable lorsque la partie plaignante n'est pas l'Etat lui-même mais une structure qui peut être qualifiée de « quasi étatique ». En effet, un engagement de ce type, fourni par une telle entité, ne lierait pas les autorités étatiques. Une seconde solution pourrait être l'examen, par le Ministère public de la Confédération, de chaque pièce du dossier pour déterminer lesquelles peuvent être consultées. Une troisième solution pourrait être de permettre la consultation du dossier électronique avec des restrictions. Enfin, l'interdiction de lever copie du dossier pénal peut être envisagée. De même, il faut tenir compte aussi de la participation de la société à l'enquête, qui est susceptible d'amener de nouvelles informations dans le cadre des investigations¹⁸.

c. Partie plaignante non constituée durant la procédure

19. Si la partie plaignante ne s'est pas constituée durant la procédure, elle ne saurait être admise à recourir à l'encontre d'une décision de non-entrée en matière ou de classement. Encore faut-il, toutefois, que la possibilité ait été offerte à la partie plaignante d'intervenir dans le cadre de la procédure au titre de lésée et de partie plaignante¹⁹.

d. Droit au classement ?

20. La partie plaignante peut-elle demander, elle-même, la non-ouverture, ou le classement, d'une procédure pénale contre un ou plusieurs prévenus ? Pour le Tribunal pénal fédéral, on voit mal quels intérêts juridiquement protégés cette partie pourrait invoquer en pareilles circonstances²⁰.

e. Garantie de l'anonymat

21. La partie plaignante peut-elle requérir la garantie de l'anonymat ? Conformément à l'article 168 al. 1 à 3 CPP, s'il y a lieu de craindre, notamment qu'une personne appelée à donner des renseignements ou une personne ayant avec elle une relation au sens de cette disposition puisse, en raison de sa participation à la procédure, être exposée à un danger sérieux, menaçant sa vie ou son intégrité corporelle ou à un autre inconvénient grave, la direction de la procédure prend, sous mandat ou d'office, une mesure de protection adé-

¹⁸ Cour des plaintes, décision du 7 mars 2018, BB.2017.149 c. 6.1 et 6.2 et les réf. cit.

¹⁹ Cour des plaintes, décision du 30 mai 2018, BB.2017.206 c. 2.2.2 et les réf. cit.

²⁰ Cour des plaintes, décision du 2 février 2018, BB.2016.376/377/378/379-384 c. 2.4.6 et les réf. cit.

quate. Elle peut, à ce titre, limiter de façon appropriée les droits de procédure des parties notamment assurer l'anonymat de la personne à protéger (art. 149 al. 2 let. a CPP), selon les règles consacrées par l'art. 150 CPP.

Selon la jurisprudence, la garantie d'anonymat a pour but d'assurer que l'identité de la personne concernée sera gardée secrète vis-à-vis des personnes qui pourraient lui causer un préjudice. En cas d'octroi de la mesure de protection, les données personnelles ne seront pas dévoilées dans le cadre de la procédure. La véritable identité de la personne n'apparaîtra pas au dossier, mais se trouvera typiquement remplacée par un numéro ou un pseudonyme. Cette garantie constitue toutefois une mesure de protection particulièrement incisive à l'égard des droits de procédure des parties, notamment ceux de la défense, et n'entrent par conséquent en ligne de compte que comme « *ultima ratio* ».

Dans le cas particulier, la partie plaignante n'a fourni aucun élément concret ou indice suffisant quant aux membres de sa famille qui pourraient être exposés à un danger sérieux, menaçant leur intégrité corporelle, voire leur vie. Au demeurant, ce type de mesure de protection pourrait être difficilement conciliable tant avec les prétentions de la partie plaignante qu'avec la bonne conduite de l'instruction le concernant. Le décès d'une victime d'un meurtre, dans le cas particulier, en l'occurrence le père de la partie plaignante n'a pas été établi²¹.

f. Droit à l'assistance judiciaire

22. La partie plaignante, qui ne dispose pas de ressources suffisantes, a droit, à moins que sa cause ne paraisse dépourvue de toute chance de succès, à l'assistance judiciaire. Conformément à l'article 379 CPP, la direction de la procédure accorde entièrement ou partiellement l'assistance judiciaire à la partie plaignante pour lui permettre de faire valoir ses prétentions civiles, si cette dernière est indigente et si l'action civile ne paraît pas vouée à l'échec. L'article 136 al. 2 CPP précise que l'assistance judiciaire comprend notamment l'exonération des frais de la procédure, ainsi que la désignation d'un conseil juridique gratuit lorsque la défense des intérêts de la partie plaignante l'exige.

De façon générale, est considérée comme indigente toute personne qui ne peut assurer les frais liés à la défense de ses intérêts sans porter atteinte au minimum nécessaire à son entretien et à celui de sa famille. Cette indigence s'évalue en fonction de l'ensemble de la situation

²¹ Cour des plaintes, décision du 2 août 2018, BB.2018.37 c. 2 et les réf. cit.

économique du requérant au moment du dépôt de sa demande d'assistance judiciaire, qui comprend, d'une part, toutes ses obligations financières, d'autre part les revenus ainsi que la fortune. Pour définir ce qui est nécessaire pour couvrir ses besoins fondamentaux, l'autorité appelée à trancher ne doit pas se baser de façon schématique sur le minimum vital résultant de la législation relative à la poursuite pour dette et faillite, mais doit prendre également en considération les circonstances personnelles du requérant²².

G. Le prévenu

23. En cas de décès du prévenu, du condamné ou de la partie plaignante, ce sont les proches au sens de l'article 110 al. 1^{er} CP, qui peuvent, dans l'ordre de succession, interjeter recours ou poursuivre la procédure, à la condition que leurs intérêts juridiquement protégés aient été lésés (art. 382 al. 2 CPP). La transmission des droits de recourir ou de poursuivre la procédure de recours n'intervient que dans la mesure où ils demeurent « lésés » dans un intérêt propre par la décision ou le jugement en cause (référence citée). Les intérêts des proches sont par exemple lésés lorsqu'il s'agit des aspects civils et accessoires de la cause pénale, lorsque l'héritage du défunt est affecté par l'issue de la procédure civile ou lorsque les proches ont un intérêt juridiquement protégé à ce que la condamnation d'une personne décédée soit supprimée par le biais d'une procédure de révision²³.

H. Procédure DPA

a. Délais de recours

24. En matière de procédure DPA, les décisions sur plainte du directeur ou du chef de l'administration peuvent être déférées à la Cour des plaintes du TPF (art. 27 al. 1 et 2 DPA). A ce titre, la plainte doit être déposée dans les trois jours à compter de celui où le plaignant a reçu la notification de la décision (art. 28 al. 3 DPA). Quant aux délais dans le cadre de la procédure de recours ou devant la Cour des plaintes, selon les articles 25a ss DPA, ils sont en principe régis par les articles 20 à 24 DPA. Par ailleurs, les fêtes judiciaires selon l'article 22a DPA ne s'appliquent pas à la procédure de recours. Pour le surplus, l'article 31 al. 2 DPA prévoit que, dans la procédure judi-

²² Cour des plaintes, décision du 30 mai 2018, BB.2017.173 c. 6.1 et les réf. cit.

²³ Cour des plaintes, décision du 1^{er} février 2018, BB.2017.182-184 c. 2.2 et les réf. cit.

ciaire, les délais se déterminent conformément au CPP. Pour le surplus, selon l'article 82 al. 2 CPP, la procédure pénale ne connaît pas de fêtes judiciaires²⁴.

b. Perquisition, saisie de documents et scellés

25. La perquisition de documents dans la procédure DPA n'est admissible qu'en présence d'indices suffisants de l'existence d'une infraction. Sa nécessité doit être justifiée par des soupçons précis et objectivement fondés, et non pas reposer sur une suspicion générale ou une prévention pour le moins subjective. En application de l'article 45 DPA, les mesures, en tant qu'elles portent atteinte à la sphère privée, doivent respecter le principe de la proportionnalité. L'objet de la perquisition peut être circonscrit de façon précise afin que l'on puisse contrôler sa connexité avec le soupçon précis et objectivement fondé qui pèse sur l'accusé, et vérifier le respect du principe de la proportionnalité (référence citée).

Dans ce contexte, la saisie de documents suppose que ceux-ci soient importants pour l'instruction de la cause (art. 50 al. 1^{er} DPA). La règle ne doit pas être interprétée de manière restrictive et, comme le texte allemand de la disposition le suggère de manière plus nuancée, elle signifie que des documents ne peuvent être saisis que s'ils sont pertinents pour l'enquête. Pour le surplus, la perquisition doit être opérée de manière à sauvegarder le secret de fonction, ainsi que les secrets confiés aux ecclésiastiques, avocats, notaires, médecins, pharmaciens, sages-femmes et à leurs auxiliaires, en vertu d'un ministère ou de leur profession (art. 50 al. 1 et 2 DPA). Avant la perquisition, les détenteurs des documents, chaque fois que cela est possible, seront mis en mesure d'en indiquer le contenu. S'ils s'opposent à la perquisition, les papiers seront mis sous scellés et déposés en lieu sûr, la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral statuant sur l'admissibilité de la perquisition (art. 50 al. 3 CPP).

Dans le cadre d'une demande de levée de scellés selon l'article 51 al. 3 DPA, la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral n'a pas à se prononcer sur la réalisation des infractions reprochées au prévenu. Elle doit simplement se limiter à déterminer si la perquisition concernant les documents, mis sous scellés, est admissible, à savoir si l'administration est légitimée ou non à y avoir accès. Tout au plus, la Cour des plaintes doit examiner s'il existe des soupçons suffisants s'agissant d'une infraction et encore si les documents présentent apparemment une pertinence pour l'instruction en cours. A

²⁴ Cour des plaintes, décision du 15 janvier 2018, BB.2017, 41, pp. 2-3 et les réf. cit.

ce titre, l'autorité de levée des scellés doit s'en tenir au principe de l'utilité potentielle des pièces saisies. Il est inévitable que la perquisition visant des documents, porte également sur des documents qui ne présentent aucun intérêt pour l'enquête. Dans la mesure où celle-ci se rapporte à des faits non encore établis, respectivement à des prétentions encore incertaines, on ne saurait exiger un rapport de connexité étroit entre l'infraction incriminée et l'objet de la perquisition. Il est au contraire logique et naturel que, si le séquestre est fondé sur la vraisemblance, il doit en être à plus forte raison dans le cas d'une requête de levée de scellés²⁵.

26. Bien que le droit administratif ne connaisse pas de délai formel pour le dépôt d'une demande de levée de scellés par l'autorité administrative d'instruction, cette dernière, par les fonctions judiciaires qu'elle revêt à la rigueur de la loi, a toutefois l'obligation de tenir compte de manière adéquate des principes de célérité régissant la procédure pénale, au même titre que tout autre principe de procédure pénale et de droit administratif. A cet égard, si le délai de 20 jours de l'article 248 al. 2 CPP ne s'applique pas par analogie, il peut toutefois servir d'indicateur²⁶.

27. La nécessité de la perquisition doit être justifiée par des soupçons précis et objectivement fondés, et non pas reposer sur une suspicion générale ou une prévention purement subjective. Si le séquestre est fondé sur la vraisemblance (art. 46 al. 1^{er} DPA), il entend en être à plus forte raison dans le cadre d'une requête de levée de scellés. Ce d'autant plus que, dans les premiers temps de l'enquête, des soupçons même encore peu précis, peuvent être considéré comme étant suffisants. Pour en juger, la Cour des plaintes peut prendre en considération des circonstances postérieures à l'ouverture de la procédure²⁷.

c. Perquisition et secret professionnel de l'avocat

28. Selon l'article 50 al. 2 DPA, la perquisition doit être opérée de manière à préserver le secret professionnel de l'avocat. De jurisprudence constante, le secret professionnel couvre les faits et les documents confiés à l'avocat qui présentent un « rapport certain » avec l'exercice de sa profession. L'activité typique de l'avocat consiste à fournir des conseils juridiques, à rédiger des projets d'actes juri-

²⁵ Cour des plaintes, décision du 8 mai 2018, BE.2017.17 + BE.2017.18 c. 2.2 et 3.1 et les réf. cit.

²⁶ Cour des plaintes, décision du 21 août 2018, BE.2017.20 c. 1.2.1 et les réf. cit.

²⁷ Cour des plaintes, décision du 21 août 2018, BE.2017.20 c. 3 et les réf. cit.

diques, à défendre les intérêts de ses clients ainsi qu'à intervenir devant les tribunaux pour les assister ou les représenter. Le secret ne couvre en revanche pas les pièces qui concernent l'activité atypique de l'avocat. Le critère de distinction réside dans la nature commerciale, objectivement prépondérante, des prestations. Il a ainsi été jugé que ne sont pas couverts par le secret professionnel de l'avocat la gestion de fortune, le placement de fonds, la gestion d'un trust ou encore une activité commerciale dans laquelle l'avocat est intervenu à titre fiduciaire ou comme administrateur.

Le secret professionnel n'est pas une protection contre la perquisition lorsque celui qui se prévaut du refus de témoigner est lui-même soupçonné ou accusé d'avoir commis une infraction dans la procédure pour laquelle la perquisition a été ordonnée. Personne ne peut en effet exiger un privilège fondé sur son secret professionnel pour ses propres manquements. Le secret professionnel n'est pas un privilège personnel destiné à permettre de dissimuler sa propre faute. Pour le surplus, la constitution d'une structure « offshore » et d'éventuels conseils en amont ne font pas nécessairement partie des prestations typiques de l'avocat destinées à l'accès du client au droit ou à la justice²⁸.

d. Procédure de révision

29. Selon l'article 84 al. 1^{er} DPA, une procédure pénale soldée par un mandat de répression, un prononcé pénal ou une ordonnance de non-lieu passée en force peut, sur demande ou d'office, faire l'objet d'une révision : si des faits et des moyens de preuve importants n'étaient pas connus de l'administration dans la procédure antérieure (let. a) ; si un jugement pénal rendu ultérieurement contre un parti-

²⁸ Cour des plaintes, décision du 8 mai 2018 BE.2017.17 + BE.2017.18 c. 4.1, 4.1.1 et 4.1.4 et les réf. cit. On précisera toutefois que, sur recours, le TF a nuancé les critères de distinction posés par le TPF entre l'activité typique et atypique de l'avocat. Il a précisé que l'activité typique comprenait non seulement la rédaction de projets d'actes juridiques, l'assistance du client devant les autorités administratives ou judiciaires mais aussi l'activité de conseil, y compris en matière fiscale, de gestion du patrimoine et/ou lors de l'organisation d'une succession. Sont alors protégés non seulement les documents ou conseils émis par l'avocat lui-même, mais également toutes les informations, faits ou documents confiés par le mandant et qui présentent un rapport certain avec l'exercice de la profession d'avocat, rapport qui peut être fort ténu (arrêt du TF 1B_264/2018 c. 2.1 et les réf. cit.). Plus particulièrement l'activité de conseil déployée par l'avocat en relation avec la constitution de sociétés pour le compte de son client relève de l'activité typique, ce même si l'activité du mandataire était principalement orientée sur l'administration de sociétés offshore. Pour ce qui est de la phase ultérieure de la solution de montage retenue par les clients et l'avocat, la protection n'est plus garantie, le type de service pouvant parfaitement relever des prestations d'une banque ou d'une fiduciaire (arrêt du TF 1B_264/2018 c. 2.2 et les réf. cit.).

cipant est inconciliable avec le mandat de répression ou le prononcé pénal (let. b) ; si la décision de l'administration a été influencée par un acte punissable (let. c). Selon la jurisprudence, un fait ou moyen de preuve doit être considéré comme nouveau ou inconnu de l'administration s'il a totalement échappé à l'appréciation de l'administration au cours de la procédure dirigée contre l'inculpé. Un fait ou un moyen de preuve est par ailleurs sérieux, notamment lorsqu'il s'agit d'un élément pouvant influencer de manière significative la qualification juridique ou la mesure de la peine, que l'administration n'a pas pris en considération et qui conduira vraisemblablement à une modification de la décision initiale²⁹.

I. Traduction des actes de procédure

30. Selon l'article 68 CPP, la direction de la procédure fait appel à un traducteur ou à un interprète lorsqu'une personne participant à la procédure ne comprend pas la langue de celle-ci ou n'est pas en mesure de s'exprimer suffisamment bien dans celle-ci. Le contenu essentiel des actes de procédure les plus importants est porté à la connaissance du prévenu oralement ou par écrit dans une langue qu'il comprend, même si celui-ci est assisté d'un défenseur. Dans le cas particulier, un rapport, en langue française, intitulé « actes d'entrave reprochés », a été produit dans la procédure. Dans la mesure où il est rédigé en langue française et que le recourant n'est pas de langue maternelle française, se pose la question de sa traduction au sens de l'article 68 CPP.

La compréhension de la langue de la procédure dépend des circonstances du cas d'espèce, notamment de sa complexité. Une traduction n'est ainsi pas nécessaire lorsqu'un témoin ne disposant que de connaissances limitées de la langue en question est appelé uniquement à identifier une personne ou un objet. En revanche, une telle démarche peut être indispensable, même en présence d'une personne ayant une bonne connaissance linguistique, si celle-ci doit donner des renseignements sur des processus internes ou sur le déroulement de faits complexes. Il ressort du texte de l'article 68 al. 2 1^{re} phrase CPP que l'obligation de porter le contenu essentiel des actes de procédure les plus importants à la connaissance du prévenu existe même si celui-ci est assisté d'un défenseur. Il importe peu de savoir si ce dernier a une bonne maîtrise de la langue concernée.

²⁹ Cour des plaintes, décision du 1^{er} février 2018, BV.2017.40 c. 2.1 et les réf. cit.

Dès lors, dans la mesure où les documents en cause exposent de manière précise et déterminent les actes reprochés au recourant, lesquelles sont partie intégrante du mécanisme délictueux complexe impliquant de nombreuses personnes, physiques et morales, et concernent d'innombrables transactions, une traduction s'impose. Quant au délai pour la demander, le CPP n'en impartit aucun. Tout au plus la jurisprudence considère-t-elle qu'une requête au sens de l'article 68 CPP est mal fondée car contraire aux règles de la bonne foi si elle est présentée pour la première fois dans une procédure de recours³⁰.

31. L'obligation de porter le contenu essentiel des actes de procédure les plus importants à la connaissance du prévenu existe même si celui-ci est assisté d'un défenseur. En particulier, le fait que l'avocat du recourant maîtrise bien la langue concernée est sans effet³¹.

32. Ni l'article 68 CPP ni le chapitre auquel il appartient ne fixe un délai à la personne qui entend obtenir une traduction. La jurisprudence n'a pour sa part pas posé des limites strictes en la matière. Tout au plus le Tribunal fédéral a-t-il jugé qu'une requête au sens de l'article 68 CPP devait être considérée comme mal fondée, car contraire aux règles de la bonne foi, lorsque celle-ci est présentée pour la première fois seulement dans une procédure de recours. Le temps écoulé entre la production d'un document litigieux et sa traduction n'est pas propre en soi à compliquer l'accomplissement de la procédure³².

J. Classement. Exigence de motivation

33. La garantie du droit d'être entendu, selon l'article 29 al. 2 Cst., impose à l'autorité de motiver ses décisions, afin que les parties puissent les comprendre et apprécier l'opportunité de les attaquer, et que les autorités de recours soient en mesure d'exercer leur contrôle. Il suffit que l'autorité mentionne, au moins brièvement, les raisons fondant sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. L'autorité peut se limiter à ne discuter que des moyens pertinents, sans être tenue de répondre à tous les arguments qui lui sont présentés. Dès lors que l'on peut discerner les motifs qui ont guidé la décision de classement de l'autorité, le droit à une décision motivée est

³⁰ Cour des plaintes, décision du 23 mai 2018, BB.2018.41 c. 3.1, 4.2.2, 4.2.3, 4.2.4.2 et les réf. cit.

³¹ Cour des plaintes, décision du 23 mai 2018, BB.2018.41 c. 4.2.4.2 in fine.

³² Cour des plaintes du 23 mai 2018, BB.2018.41 c. 4.1.2 et les réf. cit.

respecté, même si la motivation présentée est erronée. La motivation peut aussi être implicite et résulter des différents considérants de la décision. Il n'y a ainsi violation du droit d'être entendu que si l'autorité ne satisfait pas à son devoir minimum d'examiner les problèmes pertinents³³.

K. Célérité et déni de justice

34. Conformément à l'article 5 CPP, les autorités pénales engagent des procédures pénales sans délai et les mènent à terme sans retard injustifié. Cette disposition consacre le principe de la célérité. Elle impose ainsi aux autorités, dès le moment où le prévenu est informé des soupçons qui pèsent sur lui, de mener la procédure pénale sans désemparer, afin de ne pas le maintenir inutilement dans les angoisses qu'elle peut susciter. Les parties, y compris la partie plaignante, ont le droit à ce que les faits incriminés soient élucidés le plus rapidement possible, afin qu'elles soient fixées sur leur sort.

Dans le cas du déni de justice ou du retard injustifié, les motifs de recours sont établis lorsque l'autorité compétente s'abstient tacitement ou refuse expressément de statuer dans le délai prévu par la loi ou, à défaut, dans un délai raisonnable. Pour déterminer le caractère raisonnable de la durée de la procédure, et partant s'il y a eu concrètement une violation du principe de célérité, il faut tenir compte de l'ensemble des circonstances et, avant tout, du travail accompli par l'autorité, compte tenu de la nature et de la complexité de l'affaire. Seuls les éléments objectifs sont déterminants. Le caractère raisonnable de la durée du délai ne doit ainsi pas être influencé par des questions étrangères aux problèmes à résoudre, telle qu'une surcharge structurelle ou une négligence de la part de l'autorité concernée. Cela étant, les temps morts sont inévitables dans une procédure et si aucun d'eux n'est d'une durée choquante, l'appréciation d'ensemble joue un rôle prépondérant³⁴.

En présence d'un soupçon de déni de justice ou de retard injustifié, il importe que le requérant ait préalablement sollicité de l'autorité qu'elle rende une décision sur le point soulevé. Il est en outre de jurisprudence constante que, celui qui s'apprête à déposer un recours pour déni de justice ou retard injustifié contre une autorité, doit en avertir cette dernière pour que celle-ci ait l'occasion de statuer rapidement³⁵.

³³ Cour des plaintes du 30 mai 2018, BB.2017.9-BB.2017.10-BB.2017.11 c. 5.2 et les réf. cit.

³⁴ Cour des plaintes du 30 mai 2018, BB.2017.173 c. 2.1 et les réf. cit.

³⁵ Cour des plaintes, décision du 30 mai 2018, BB.2017.173 c. 4.1 et les réf. cit.

L. Crimes de guerre

a. Principes

35. Les biens juridiquement protégés par les articles 264bis ss CP, ainsi que les articles 108 et 109a CPM, sont des personnes et des biens. Plus spécifiquement, l'article 264c al. 1^{er} let. a et al. 2 CP protège la vie; l'article 264c al. 1^{er} let. b, e et f et al. 2 CP la liberté; l'article 264c al. 1^{er} let. c et al. 2 CP l'intégrité physique et psychique. Par ailleurs, les faits décrits à l'article 264c CP concernent également les biens juridiquement protégés collectifs, soit notamment la paix, ainsi que la composition ethnique de la population³⁶.

36. Selon l'article 264m al. 1^{er} CP, celui qui commet à l'étranger un des actes visés aux titres 12bis CP (génocide et crime contre l'humanité) et 12ter (crime de guerre) et l'article 264k (punissabilité du supérieur) est punissable s'il se trouve en Suisse et qu'il n'est pas extradé ni remis à un tribunal pénal international, dont la compétence est reconnue par la Suisse. Cette disposition institue une règle spéciale par rapport à l'article 7 CP, qui permet à la Suisse, par l'application du principe de la compétence universelle subsidiaire, de poursuivre les crimes de génocides de guerre et contre l'humanité. Toutefois, l'article 7 CP prévoit que l'acte doit aussi être réprimé dans l'Etat où il a été commis, le principe de droit le plus favorable et le principe *ne bis in idem* devant également s'appliquer³⁷.

b. Présence de l'auteur en Suisse. Dies a quo

37. La poursuite de l'article 264m al. 1^{er} CP présuppose la présence de l'auteur en Suisse, condition essentielle de la conduite d'une procédure en Suisse concernant un acte commis à l'étranger. La loi ne précise pas à quel stade de la procédure la condition de présence en Suisse doit être réalisée pour la première fois. Une partie de la doctrine estime que l'absence de l'auteur ne doit pas s'opposer à l'ouverture d'une instruction par le Ministère public dès lors que celle-ci se limite à établir l'éventuelle prévention en Suisse de l'auteur, à défaut de vérifier s'il s'y rendra prochainement. En présence d'indices d'une prochaine arrivée en Suisse de l'auteur, le Ministère public devrait également pouvoir, malgré l'absence de l'auteur, procéder à l'audition de victimes présentes en Suisse, ainsi qu'à l'admi-

³⁶ Cour des plaintes, décision du 30 mai 2018, BB.2017.9/BB.2017.10/BB.2017.11 c. 3.4 et les réf. cit.

³⁷ Ibidem.

nistration d'autres preuves dont la disparition serait à craindre. Une telle instruction préliminaire en l'absence de l'auteur paraît conforme au texte et à l'esprit de l'article 264m CP, ainsi qu'au principe de proportionnalité et d'efficacité de la procédure.

Ainsi, si la présence de l'auteur en Suisse peut être attendue, l'ouverture d'une instruction est possible. Par ailleurs, la condition de la présence de l'auteur en Suisse devrait être réalisée à l'ouverture de l'action pénale. Cette situation doit toutefois être comprise dans le contexte de l'affaire et à la lumière de la volonté législative relative à la répression de la violation des droits humains. Ainsi, le départ ultérieur de l'auteur n'éteint pas forcément la compétence de la Suisse. Plus particulièrement, la condition de la présence sur le sol suisse ne saurait être interprétée trop restrictivement. Il suffit dès lors que la présence de l'auteur en Suisse ait été réalisée à l'ouverture de l'action pénale. De plus, si la présence de l'auteur en Suisse est attendue ou annoncée, l'autorité de poursuite devrait pouvoir procéder à des actes d'instruction et, partant, ouvrir une instruction même avant que l'auteur présumé ne soit effectivement sur le territoire helvétique³⁸.

M. Relief et jugement par défaut

38. Le délai pour former une demande de nouveau jugement est de 10 jours (art. 368 al. 1^{er} CPP) à compter de la notification du jugement, soit celle du dispositif au sens de l'article 84 al. 2 CPP ou de l'exposé des motifs, au sens de l'article 80 al. 3 CPP, lorsque celui-ci est communiqué, après le dispositif, comme le permet l'article 84 al. 4 CPP. Il importe de déterminer si la règle est applicable dans le cadre très particulier où le tribunal, après avoir été informé de l'absence aux débats d'un prévenu – représenté tout au long de la procédure par un défenseur avec qui il entretient des contacts réguliers – lui indique à quelles conditions le prévenu sera considéré comme excusé au sens de l'article 368 CPP. Dans un tel cas, il paraît opportun de faire exceptionnellement partir le délai de recours au moment de la notification du dispositif, au plus tard. Cette manière de procéder, qui ne porte aucun préjudice aux intérêts du condamné, garantit un règlement de l'affaire – considérée dans son ensemble – conforme au principe de l'économie de la procédure. Elle permet, notamment, d'éviter la situation dans laquelle le tribunal ayant statué et l'instance de recours saisie du fond déploient des efforts (respectivement pour motiver le jugement et pour examiner les arguments du recourant),

³⁸ Cour des plaintes, décision du 4 novembre 2018, BB.2018.167 c. 2.3 et les réf. cit.

qui se révèle par la suite vains. On pense en particulier au cas où la cause encore pendante devant les autorités en question devient sans objet, parce que l'instance saisie du recours sur l'obtention d'un nouveau jugement admet celui-ci³⁹.

39. S'agissant des conditions d'admission d'une demande de nouveau jugement, l'article 368 al. 3 CPP précise que le tribunal la rejette lorsque le condamné fait défaut aux débats sans excuse valable. Il s'agit bien d'une absence fautive du condamné qui permet au tribunal de rejeter la demande de nouveau jugement. Le refus implique que le condamné se soit soustrait aux débats de façon manifestement fautive. Il doit être fait droit à la demande de nouveau jugement lorsqu'il n'est pas établi de manière indubitable que c'est volontairement que le prévenu ne s'est pas présenté aux débats. L'argumentation devrait se rapprocher du régime des cantons les plus libéraux, qui accordaient avant l'entrée en vigueur du CPP au prévenu le droit à un nouveau jugement sans poser aucune condition préalable, tout en permettant d'exclure des abus flagrants⁴⁰.

40. Selon la jurisprudence de la Cour EDH, l'article 6 CEDH garantit à l'accusé le droit d'être jugé en sa présence. Il s'ensuit qu'une procédure par défaut n'est compatible avec cette disposition que si le condamné a la possibilité de demander qu'une juridiction statue à nouveau, après l'avoir entendu, sur le bien-fondé de l'accusation, en fait comme en droit. Ce principe contient cependant quelques exceptions. En premier lieu, la Cour EDH reconnaît que, devant les juridictions supérieures, la comparution de l'accusé ne revêt pas nécessairement la même importance qu'en première instance⁴¹.

41. D'autre part, la Cour EDH admet que la Convention n'empêche pas une personne de renoncer de son plein gré aux garanties d'un procès équitable, en particulier à son droit d'être jugé en contradictoire. Elle exige seulement que la renonciation au droit de participer à l'audience se trouve établie de manière non équivoque et qu'elle ait été entourée d'un minimum de garanties correspondant à sa gravité. Par ailleurs, sous réserve que les sanctions procédurales prévues ne soient pas disproportionnées et que l'accusé ne soit pas privé du droit d'être représenté par un avocat, la Cour EDH estime

³⁹ Cour des plaintes, décision du 9 août 2018, BB.2018.132 c. 2.1 et les réf. cit.

⁴⁰ Cour des plaintes, ibidem c. 4.1 et les réf. cit.

⁴¹ Ibidem.

que le législateur national doit pouvoir décourager les absences injustifiées aux audiences⁴².

42. Ainsi, une personne condamnée par défaut se voit refuser la possibilité d'être jugée en contradictoire si les trois conditions cumulatives suivantes sont remplies, il est établi que cette personne avait reçu sa citation à comparaître, elle n'a pas été privée de son droit à l'assistance d'un avocat dans la procédure par défaut, il est démontré qu'elle avait renoncé de manière non équivoque à comparaître ou qu'elle avait cherché à se soustraire à la justice. A ce titre, il n'incombe pas à l'accusé de prouver qu'il n'entendait pas se dérober à la justice ou que son absence puisse s'expliquer par un cas de force majeure. Il est loisible aux autorités nationales d'évaluer si les excuses fournies par l'accusé peuvent justifier son absence ou si les éléments versés au dossier permettait de conclure que l'absence de l'accusé aux débats était indépendante de sa volonté⁴³.

N. Mesures de contrainte et mise sous scellés

a. A l'égard d'un avocat

43. Le Ministère public peut-il donner ordre à un avocat de détruire une clé USB qui lui avait été remise par un envoi précédent ainsi que toute copie des pièces découlant de la clé en cause? Le CPP ne prévoit nulle part l'obligation imposée à une partie ou à son représentant de détruire des pièces du dossier lorsque celles-ci lui ont été remises par erreur par l'autorité d'enquête. Dans un tel cas, les possibilités qui s'offrent à l'autorité sont, selon la loi, et si les conditions y relatives sont remplies, la perquisition (art. 241 ss CPP), l'obligation de dépôt (art. 265 CPP), ou l'obligation de garder le secret (art. 73 CPP). A ce titre, le Ministère public ne pourrait se fonder sur l'article 62 CPP pour légitimer la mesure entreprise. Tout au plus ces dispositions permettent-elles au magistrat instructeur de faire et ordonner tout ce qui lui paraît nécessaire pour établir la vérité dans le cadre fixé par la loi⁴⁴.

⁴² Ibidem.

⁴³ Cour des plaintes, ibidem c. 4.1 et 4.2 et les réf. cit.

⁴⁴ Cour des plaintes, décision du 16 août 2018, BB.2018.16 c. 1.3.2, 2.2, 2.3, 2.4 et 2.5 et les réf. cit.

b. Rapport FINMA

44. Un rapport de la FINMA peut-il être mis sous scellés ? Pour le Tribunal pénal fédéral et le Tribunal fédéral, les décisions de la FINMA sont versés à la procédure pénale en exécution d'une demande de production de dossier (art. 194 CPP). Il s'agit des mesures d'entraide entre autorités, au sens de l'article 44 CPP, qui, au contraire de ce que prévoit l'article 265 al. 4 CPP pour l'obligation de dépôt, ne prévoit aucune mesure de contrainte. Une telle mesure n'est d'ailleurs pas mentionnée dans les dispositions relatives aux mesures de contrainte proprement dites (titre 5 CPP), mais constitue un simple moyen de preuve au sens de l'article 4 CPP, de la même manière qu'une audition de témoin ou de personne appelée à donner des renseignements (art. 177 ss CPP). La seule voie de droit dans un tel contexte est celle qui est prévue à l'article 194 al. 3 CPP, soit lorsqu'il y a désaccord entre autorités. C'est d'ailleurs à l'autorité requise qu'il appartient de faire valoir l'existence d'un intérêt public ou privé prépondérant au maintien du secret (art. 194 al. 2 CPP). Dans la mesure où la demande de production vise une procédure déjà terminée, on peut considérer que les intéressés ont déjà pu, dans ce cadre-là, faire valoir leurs objections et leurs droits au maintien de certains secrets. Dès lors, la contestation relative à la mise sous scellés de documents obtenus par voie de production de dossiers ne peut pas faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral. Il en va de même a fortiori d'une décision rendue dans le même cadre sur mesures provisionnelles⁴⁵.

O. Dépens, décision de 1^{re} instance partielle

45. Conformément à l'article 228 CPP, les décisions relatives à la marche de la procédure, comme la procédure de levée des scellés ou de mise en détention, sont des procédures parallèles. En principe, les dépens ne sont pas fixés à l'issue de ces procédures, mais suivent le sort de la cause au fond⁴⁶.

46. Il en va de même s'agissant de l'octroi de l'assistance judiciaire, si, à ce stade, le recours est rejeté⁴⁷.

⁴⁵ Cour des plaintes, ordonnance du 21 novembre 2018, BP.2018.67 + BP.2018.68, confirmé par TF, in arrêt du TF 1B_547/2018 du 15 janvier 2019, c. 1.2 et 1.3 et les réf. cit.

⁴⁶ Cour des plaintes, décision du 17 janvier 2018, BH.2018.1 c. 4.1 et les réf. cit.

⁴⁷ Ibidem c. 6.1, 6.2 et 6.3 et les réf. cit.

P. Action récursoire

47. L'action récursoire, fondée sur l'article 420 CPP, doit être mise en parallèle avec l'article 427 al. 2 CPP. Cette dernière disposition est une *lex specialis* qui ne s'applique en principe qu'en matière de délit poursuivi sur plainte. Si l'action est poursuivie d'office, les conditions posées à l'article 420 CPP doivent être réalisées. Dans le cadre de l'article 420 CPP, il faut déterminer si le participant à la procédure a commis des fautes grossières ou a donné des indications erronées. Son application doit être effectuée avec retenue, compte tenu des circonstances du cas d'espèce. Ainsi, si l'auteur a dénoncé, par erreur, un tiers, l'article 420 CPP n'est pas applicable⁴⁸.

Q. Recours à la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral

a. Généralités

48. En tant qu'autorité de recours, la Cour des plaintes examine avec un plein pouvoir de cognition, en fait et en droit, les recours qui lui sont soumis. A ce titre, les décisions du Ministère public de la Confédération peuvent faire l'objet d'un recours devant la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral (art. 393 al. 1^{er} let. a CPP et 37 al. 1^{er} LOAP, RS 173.71). Le recours à l'encontre des décisions notifiées par écrit ou oralement, est motivé et adressé par écrit dans le délai de 10 jours à l'autorité de recours (art. 396 al. 1^{er} CPP). Il peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, le déni de justice et le retard injustifié, la constatation incomplète ou erronée des faits ou l'opportunité (art. 393 al. 2 CPP)⁴⁹.

b. Intérêt juridiquement protégé

49. Le recours est recevable à condition que le recourant dispose d'un intérêt juridiquement protégé à l'annulation ou à la modification de la décision entreprise (art. 382 al. 1^{er} CPP). Le recourant doit avoir subi une lésion, soit un préjudice causé par l'arrêt qu'il attaque et doit avoir un intérêt juridique à l'élimination de ce préjudice (référence citée). A cet égard, la jurisprudence prévoit que le préjudice en question doit revêtir un caractère personnel, actuel et concret. Ainsi, seule

⁴⁸ Cour des plaintes, décision du 7 février 2018, BB.2017.186 c. 3.2 et 3.3 et les réf. cit.

⁴⁹ Cour des plaintes, décision du 19 janvier 2018, BB.2017.131 c. 1.1 et 1.2 et les réf. cit.

est recevable à recourir une personne qui est atteinte directement par la décision entreprise et qui dispose d'un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (référence citée)⁵⁰.

50. Il n'existe pas d'intérêt juridiquement protégé à recourir à l'encontre d'une décision refusant la suspension de l'instruction. En effet, en pareille hypothèse, les parties ne subissent aucun préjudice actuel et concret causé par l'acte litigieux. A cet égard, les parties bénéficient de la protection juridique assurée aux étapes ultérieures de la procédure, et le refus de suspendre la procédure ne lie pas définitivement le Ministère public, lequel peut revenir en tout temps sur sa décision au gré de l'évolution de la procédure⁵¹.

c. Refus d'instruction à d'autres prévenus

51. De jurisprudence constante, une décision de refus d'étendre l'instruction à d'autres prévenus s'apparente à une décision de non-entrée en matière, laquelle peut faire l'objet d'un recours devant la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral. Cette jurisprudence s'applique aussi bien aux décisions de non-ouverture ou de clôture de la procédure. La partie plaignante dispose d'un intérêt juridiquement protégé à la poursuite de procédures pénales que l'autorité de poursuite refuse d'ouvrir ou entend classer, puisque sa volonté de poursuivre est inhérente à sa qualité de partie. En revanche, on conçoit mal l'existence d'un intérêt juridiquement protégé lorsque la partie plaignante demande la non-ouverture ou le classement d'une procédure pénale puis, a fortiori, le recours contre le refus du Ministère public de la Confédération de rendre une telle ordonnance⁵².

52. Selon la jurisprudence, la partie plaignante ne peut recourir ni contre l'ouverture ni contre la poursuite de la procédure préliminaire ni contre le refus de classement⁵³.

53. La qualité pour recourir de la partie plaignante, du lésé ou du dénonciateur à l'encontre d'une ordonnance de classement ou de non-entrée en matière est ainsi subordonnée à la condition qu'il soit directement touché par l'infraction et puisse faire valoir un intérêt juridiquement protégé à l'annulation de la décision. En règle générale, seul peut se prévaloir d'une atteinte directe le titulaire du bien

⁵⁰ Arrêt du TPF précité c. 1.3 et les réf. cit.

⁵¹ Arrêt du TPF précité c. 1.3.2 et les réf. cit.

⁵² Cour des plaintes, décision du 2 février 2018, BB.2016.376/377/378/379-384 c. 2.4.5 et 2.4.6 et les réf. cit.

⁵³ Cour des plaintes, décision du 27 février 2018, BB.2017.205 c. 3.4 et les réf. cit.

juridique protégé par la disposition pénale qui a été enfreinte. Les droits touchés sont les biens juridiques individuels, tels que la vie, l'intégrité corporelle, la propriété, l'honneur, etc. A défaut, lorsque l'infraction protège en première ligne l'intérêt collectif, les particuliers ne sont considérés comme lésés que si leurs intérêts privés ont été effectivement touchés par les actes en cause, de sorte qu'un dommage apparaît comme la conséquence directe de l'acte dénoncé⁵⁴.

d. Etat étranger et organisation assimilée

54. Lorsque la partie plaignante est un Etat étranger ou une organisation assimilée à un Etat étranger, la qualité pour recourir s'analyse à l'aune des règles de l'EIMP et du CPP. L'EIMP entre en ligne de compte lorsque la procédure pénale nationale est connexe à une procédure d'entraide. Concrètement, l'admission d'un tiers en tant que partie plaignante dans une procédure pénale ne cause au prévenu aucun préjudice irréparable qu'une décision finale humaine ne ferait pas disparaître entièrement. Le simple fait d'avoir à affronter une partie de plus lors de la procédure pénale ne constitue pas un tel préjudice. A titre exceptionnel toutefois, l'existence d'un intérêt juridiquement protégé est reconnue lorsque la partie plaignante est un Etat. Selon la jurisprudence, de par leur souveraineté, les Etats disposent pour agir – au sens large – contre des individus et leur patrimoine, de moyens autrement supérieurs à ceux d'une partie plaignante ordinaire, qui excèdent le cadre prévisible de la procédure pénale. Il y a lieu dès lors de considérer que, comme la qualité de partie plaignante accorde des droits – notamment relatifs à la connaissance des autres parties et à l'accès au dossier, que toutes les cautions envisageables (restitution de l'accès, etc.) ne peuvent suspendre indéfiniment, les prévenus sont susceptibles d'encourir un préjudice irréparable de par l'admission de la partie plaignante (référence citée). Le risque de subir un préjudice irréparable a également été reconnu s'agissant d'une banque considérée comme « notoirement liée à l'appareil étatique ». La reconnaissance du caractère quasi étatique de la partie plaignante a ainsi permis de lui appliquer, par analogie, la règle établie pour les Etats et de justifier la qualité pour recourir du prévenu⁵⁵.

e. Trust

55. De façon générale, le trust est une institution qui n'a aucune personnalité juridique. Les règles découlant du trust portent sur le

⁵⁴ Cour des plaintes, décision du 25 janvier 2018, BB.2017.191 c. 1.3.2 et les réf. cit.

⁵⁵ Cour des plaintes, décision du 7 mars 2018, BB.2017.149 c. 3.1 et 5.2.

patrimoine de ce dernier au nom d'un trustee. Le trustee a l'obligation de gérer le trust conformément aux intérêts de ce dernier. Toutefois, le trustee n'est ni un organe ni un représentant ni le propriétaire du trust. En principe, il n'a ni la qualité active et passive dans une procédure. Quant au settlor, il est le fondateur du trust. Il ne dispose d'aucun droit à l'égard de la propriété du trust. Il ne peut que donner des instructions à l'administrateur du trust. Tout au plus peut-il s'enquérir des instructions quant à la gestion du trust. Quant au bénéficiaire, il s'agit de la personne pour le compte de laquelle le trustee gère les intérêts patrimoniaux. Tout au plus le bénéficiaire peut-il s'assurer que le trustee gère, conformément au mandat qui lui a été confié, les avoirs du trust. Quant au protector, il exerce une fonction de surveillance à l'égard du trustee. Il peut exercer un certain droit de véto. En cas d'infraction commise par le trustee, on peut considérer que le bénéficiaire du trust dispose de la qualité de partie à la procédure pénale. Celui-ci peut exercer ses droits en qualité de personne lésée au sens de l'article 115 al. 1^{er} CPP⁵⁶.

f. Destinataire d'une injonction à détruire

56. Toute personne qui est destinataire directe de l'injonction d'une destruction ordonnée par le Ministère public de la Confédération est personnellement visée par la décision. Celle-ci doit être assimilée à un participant à la procédure au sens de l'article 105 al. 1^{er} let. f CPP. Le destinataire de l'injonction dispose en effet d'un intérêt juridiquement protégé à s'en prendre à l'ordre de destruction concerné.

En particulier, si le destinataire d'une ordonnance de destruction de pièces est l'avocat des prévenus dans la procédure, celui-ci, et non son client, a un intérêt juridiquement protégé à recourir⁵⁷.

g. Tiers objet d'une surveillance par poste et télécommunication

57. Selon l'article 269 al. 1^{er} CPP, le Ministère public peut autoriser la surveillance de la correspondance par poste et télécommunications aux conditions suivantes, de graves soupçons laissent présumer que l'une des infractions visée à l'alinéa 2 a été commise, cette mesure se justifie au regard de la gravité de l'infraction, les mesures prises jusqu'alors dans le cadre de l'instruction sont restées sans succès et les recherches n'auraient aucune chance d'aboutir ou seraient excès-

⁵⁶ Cour des plaintes, décision du 30 mai 2018, BB.2017.206 c. 3.3, 3.4 et 3.7 et les réf. cit.

⁵⁷ Cour des plaintes, décision du 16 août 2018, BB.2018.16 c. 1.3.2.

sivement difficiles en l'absence de surveillance. Seules les infractions visées par le catalogue, exhaustif de l'article 269 al. 2 CPP, peuvent justifier une telle surveillance⁵⁸.

58. Les personnes concernées disposent, par ailleurs, d'un droit d'accès aux décisions relatives à la surveillance, aux supports et aux retranscriptions des communications surveillées, à tout le moins, s'agissant d'un tiers, celles auxquelles il a participé. Si le recourant n'a pas eu accès aux retranscriptions des communications surveillées, auxquelles il a participé, mise à part la retranscription des traductions d'une conversation qui lui a été transmise dans le cadre des échanges d'écritures intervenus devant la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral, il n'a donc pas pu accéder aux pièces essentielles le concernant durant le délai de recours s'agissant des mesures de surveillance. Compte tenu du fait que le délai de recours partait au moment de la communication de la surveillance (art. 274 al. 3 CPP), il appartenait au Ministère public de s'assurer que le dossier de la cause était prêt pour la consultation des parties pendant la durée du délai, du moins les pièces relatives à la surveillance des documents auxquels il n'entendait pas restreindre l'accès. Ainsi, le Ministère public doit être en mesure de produire, au moment concerné, l'ensemble des pièces pertinentes⁵⁹.

R. Recours devant le Tribunal fédéral. Conditions

59. Conformément à l'article 42 al. 1^{er} LTF, le mémoire de recours doit être motivé et contenir les conclusions. Celles-ci doivent exprimer les points sur lesquels la décision entreprise doit être modifiée et dans quelle mesure. Les motifs doivent exposer succinctement d'autre part en quoi la décision attaquée viole le droit, conformément à l'art. 42 al. 2 LTF. Selon la jurisprudence, pour répondre à une telle exigence, le recourant doit discuter au moins sommairement les considérations de l'arrêt entrepris et ne peut se borner à reprendre, mot à mot, l'argumentation présentée devant le Tribunal pénal fédéral, ce qui est contraire aux exigences précitées. A défaut, le recours doit être déclaré irrecevable⁶⁰.

⁵⁸ Cour des plaintes, décision du 24 septembre 2018, BB.2017.195 c. 2.2.

⁵⁹ Cour des plaintes, décision du 24 septembre 2018, BB.2017.195 c. 2.5, 2.6 et 2.7 et les réf. cit.

⁶⁰ Arrêt du TF 1B_419/2018.

III. Coopération judiciaire pénale

A. Petite entraide – entraide active

a. Généralités

60. Les autorités suisses ne peuvent adresser à un Etat étranger une demande à laquelle ils ne pourraient pas donner suite en vertu de l'EIMP (art. 30 al. 1^{er} EIMP). De façon générale, et sous réserve expresse, les accords internationaux ne contiennent pas de disposition dérogeant à l'article 30 EIMP. Cette disposition consacre l'application, mutatis mutandis, de la demande d'entraide formée par la Suisse du principe posé à l'article 8 al. 1^{er} EIMP, en vertu duquel il n'est donné suite à une demande que si l'Etat requérant assure la réciprocité. Fondé sur des considérations liées à la souveraineté des Etats, l'article 30 EIMP vise notamment les demandes qui se rapportent à un délit politique au sens de l'article 3 EIMP. En particulier, s'agissant de faits constitutifs d'espionnage, respectivement de services de renseignements politiques, et dans l'hypothèse où la Suisse était saisie par un Etat étranger, celle-ci la déclarerait irrecevable, car contraire à l'article 3 EIMP. En effet, l'article 272 CP, qui garantit la souveraineté territoriale de la Suisse, ainsi que la sécurité, l'indépendance et la neutralité de la Confédération, consacre un délit politique⁶¹.

b. Nature administrative de l'entraide

61. Les décisions relatives à l'exécution d'une demande d'entraide sont de nature administrative. Elles ne sont pas, à l'instar d'un jugement civil ou pénal, revêtues de la force de chose jugée. Elles peuvent donc être réexaminées en tout temps. L'Etat requérant ne peut pas revenir à la charge pour les mêmes faits et les motifs en demandant, les mêmes mesures, mais rien ne l'empêche de compléter ou de réitérer sa demande en se fondant sur des faits nouveaux ou un changement de législation, et de requérir, dans un tel contexte, des mesures nouvelles ou encore demander à l'Etat requis de statuer sur des points laissés indécis dans le cadre d'une décision précédente⁶².

⁶¹ Cour des plaintes, arrêt du 24 janvier 2018, RR.2017.189 c. 3.1, 3.2 et 3.4 et les réf. cit.

⁶² Cour des plaintes, arrêt du 27 mars 2018, RR.2017.131-144 c. 4.2 et les réf. cit.

c. Prescription de l'infraction

62. Conformément à l'article 3 let. a de l'accord d'entraide en cause (ici, entre la Suisse et Hong Kong), la partie requise peut refuser l'entraide judiciaire si la demande concerne la poursuite pénale d'une personne qui, pour cause de prescription, ne pourrait plus être poursuivie si l'infraction avait été commise dans la partie requise. L'accord prévoit ainsi l'application du droit interne suisse pour l'examen de la prescription. Aux termes de l'article 5 al. 1^{er} let. c EIMP, la demande est irrecevable si son exécution implique des mesures de contrainte et que la prescription absolue empêche, en droit suisse, d'ouvrir une action pénale ou d'exécuter une sanction. Par ailleurs, les personnes touchées par des mesures de contrainte ordonnées en Suisse peuvent se prévaloir de l'article 5 al. 1^{er} let. c EIMP, même si elles ne sont pas poursuivies dans l'Etat requérant. C'est donc à l'aune du droit suisse qu'il faut vérifier si la prescription est acquise⁶³.

d. Caractère pénal de la procédure étrangère

63. De façon générale, la coopération judiciaire internationale en matière pénale ne peut être accordée que pour la poursuite d'infractions pénales, dont la répression relève de la compétence des autorités judiciaires de l'Etat requérant (art. 1^{er} al. 3 EIMP). Il faut qu'une action pénale soit ouverte dans l'Etat requérant. La formulation de l'article 63 al. 1^{er} EIMP et les caractères exemplatifs de l'article 63 al. 3 EIMP, font clairement ressortir que la notion de procédure « liée à une cause pénale » doit être comprise dans un sens élargi. Ainsi, de jurisprudence constante, la collaboration judiciaire de la Suisse peut être accordée pour les enquêtes menées par des autorités administratives, dans la mesure où celles-ci constituent le préalable à la saisine des autorités judiciaires compétentes pour procéder à une mise en accusation et peuvent aboutir au renvoi devant un juge pénal.

L'entraide est aussi accordée pour les procédures préliminaires, lorsque l'Etat requérant déclare d'emblée et clairement qu'il a la volonté d'ouvrir une procédure pénale. Au demeurant, les renseignements transmis par la Suisse peuvent également servir à des procédures connexes à la procédure pénale, par exemple à une procédure civile destinée à indemniser la victime de l'infraction ou à confisquer, civilement, le produit de l'infraction, soit encore une enquête menée par une Commission parlementaire, voire une procédure administra-

⁶³ Cour des plaintes, arrêt du 8 mai 2018, RR.2018.1 c. 3.1 à 3.3 et les réf. cit.

tive destinée à résoudre une question préjudicielle décisive pour le procès pénal.

Au demeurant, le point de savoir si la procédure étrangère revêt un caractère pénal au sens des articles 1 al. 3 et 63 EIMP, doit être résolu sous les conceptions du droit suisse. A ce titre, la dénomination de la procédure étrangère n'est pas déterminante. Concrètement, si l'enquête est menée par une Commission indépendante contre la corruption, nommée par le gouvernement de l'Etat requérant et ayant pour effet que les enquêtes qu'elle mène conduisent à des inculpations devant des tribunaux, la procédure pénale menée dans l'Etat requérant paraît conforme à l'article 1^{er} al. 3 EIMP⁶⁴.

e. Exigence de la double punissabilité

64. En petite entraide, contrairement à l'extradition, la réalisation *prima facie* d'une seule disposition pénale suffit pour admettre la condition de la double punissabilité par les autres⁶⁵.

65. La condition de la double incrimination s'examine selon le droit en vigueur dans l'Etat requis au moment où est prise la décision relative à la coopération, et non selon celui en vigueur au moment de la commission de l'éventuelle infraction ou à la date de la commission rogatoire⁶⁶.

f. Caractère politique de l'infraction

66. Lorsque l'Etat requérant demande l'entraide judiciaire et notamment la remise de documents bancaires, la personne recherchée peut invoquer l'article 2 EIMP, pour autant qu'elle se trouve sur le territoire de l'Etat requérant et qu'elle démontre être exposée au risque de mauvais traitement ou de violation de ses droits de procédure. La jurisprudence a également admis que l'accusé se trouvant à l'étranger pouvait, selon les circonstances, invoquer l'article 2 EIMP, lorsqu'il allègue un danger objectif et sérieux d'une violation importante de ses garanties individuelles de procédure dans le cadre du procès par contumace. S'agissant des personnes morales, celles-ci n'ont pas la qualité pour se prévaloir des violations de l'article 2 EIMP, sauf à se plaindre de la nature purement politique ou fiscale de la procédure. Sur ce dernier point, la jurisprudence est stricte, s'agissant de l'admission du caractère éminemment politique, qui pourrait frapper

⁶⁴ Cour des plaintes, arrêt du 8 mai 2018, RR.2018.1 c. 4.1 et les réf. cit.

⁶⁵ Cour des plaintes, arrêt du 4 juillet 2018, RR.2017.212.221 c. 2.2 et les réf. cit.

⁶⁶ Cour des plaintes, arrêt du 18 juillet 2018, RR.2018.39 + 40 + 41 + 42 + 43 c. 2.2.1 et les réf. cit.

une personne morale. Il y a lieu de rappeler que dans le contexte de l'affaire «Yukos» la jurisprudence du Tribunal fédéral avait qualifié ce cas de «tout à fait particulier», en rappelant que cette affaire n'avait aucune portée de règle générale en matière d'entraide pénale avec la Russie⁶⁷.

g. Principe de la spécialité

67. Selon l'article 67 al. 1^{er} EIMP, la réserve faite par la Suisse à l'article 2 let. b CEEJ, les renseignements transmis ne peuvent pas, dans l'Etat requérant, ni être utilisés aux fins d'investigation ni être produits comme moyens de preuve dans une procédure visant une infraction pour laquelle l'entraide est exclue, soit notamment pour la répression d'infractions politiques, militaires ou fiscales. Dans ce contexte, l'autorité d'exécution doit signaler à l'Etat requérant ce principe et lui rappeler les limites dans lesquelles les informations communiquées seront utilisées (art. 34 OEIMP). Il n'y a pas lieu de douter que celui-ci respectera le principe de la spécialité, en vertu de la présomption de fidélité au traité, qu'une violation passée ne saurait renverser. En pareille hypothèse, il n'est pas nécessaire de demander à l'Etat requérant des garanties préalables expresses. Pour le surplus, seules peuvent invoquer le principe de la spécialité les personnes couvrant le risque concret d'une utilisation prohibée, notamment à des fins fiscales des renseignements transmis. Tel ne sera pas le cas de sociétés qui, établies à l'étranger, n'exercent aucune activité dans l'Etat requérant⁶⁸.

h. Refus de l'entraide

68. L'entraide doit être refusée lorsqu'il résulte de l'examen du dossier que l'Etat requérant ne respecte pas les principes les plus élémentaires de bonne foi en matière de respect des traités. Tel est le cas lorsque l'Etat requérant demande des informations sur la base d'une liste achetée ou volée contenant des personnes ayant par hypothèse commis une infraction (liste Falciani). Toutefois, la situation est tout autre lorsque l'Etat requérant se fonde non seulement sur la liste litigieuse, mais également sur d'autres éléments étrangers à la liste. En pareil cas, l'entraide peut être accordée⁶⁹.

⁶⁷ Cour des plaintes, arrêt du 4 juillet 2018, RR.2017.212-221 c. 3.2 et 3.3 et les réf. cit.

⁶⁸ Cour des plaintes, arrêt du 4 juillet 2018, RR.2017.212-221 c. 4.1 et 4.2 et les réf. cit.

⁶⁹ Cour des plaintes, arrêt du 17 juillet 2018, RR.2017.338 c. 3.4.6 et 3.4.7 et les réf. cit.

i. Objet des mesures de contrainte

69. Les autorités suisses sont tenues, au sens de la procédure d'entraide, d'assister les autorités étrangères dans la recherche de la vérité en exécutant toute mesure présentant un rapport suffisant avec l'enquête pénale à l'étranger. Il est rappelé que l'entraide vise non seulement à requérir des preuves à charge, mais également à décharge. L'octroi de l'entraide n'implique pas que la personne soumise à une mesure de contrainte par un Etat requis soit elle-même incriminée dans l'Etat requérant. Dans le domaine de l'entraide judiciaire, les mesures de contrainte ne sont pas réservées aux seules personnes poursuivies dans la procédure étrangère, mais à toutes celles qui pourraient détenir des informations, des pièces, des objets ou des valeurs ayant un lien objectif avec les faits sous enquête dans l'Etat requérant⁷⁰.

j. Tri des pièces

70. Il est de jurisprudence constante que l'autorité d'exécution a le devoir de procéder au tri des documents avant d'ordonner leur remise éventuelle. Elle ne saurait se défaire sur l'Etat requérant en lui remettant toutes les pièces en vrac, sans autre examen de leur pertinence dans la procédure étrangère. Toutefois, ce n'est pas parce que l'autorité d'exécution transmet l'intégralité des pièces sollicitées et obtenues par les établissements bancaires que l'on peut en déduire l'absence de tout tri de sa part. En effet, dans la mesure où l'ensemble des pièces présente un intérêt pour l'enquête étrangère, il n'est pas contraire au principe de la proportionnalité de remettre les documents tels que transmis par les établissements bancaires. Tel sera le cas de documents d'ouverture de compte ou d'articles de journaux récoltés par la banque⁷¹.

⁷⁰ Cour des plaintes, arrêt du 18 juillet 2018, RR.2018.39 + 40 + 41 + 42 + 43 c. 3.2 et les réf. cit.

⁷¹ Cour des plaintes, arrêt du 18 juillet 2018, RR.2018.39 + 40 + 41 + 42 + 43 c. 3.5.2 et 3.5.4 et les réf. cit.

k. Transmission spontanée

71. La transmission spontanée au sens de l'article 67a EIMP ne peut pas directement faire l'objet d'un recours et les particuliers touchés, ne peuvent pas en exiger la notification. Cela n'a pas pour conséquence de priver de toute protection judiciaire les personnes touchées par les informations transmises spontanément aux autorités étrangères. Si la transmission spontanée d'informations a pour effet d'amener les autorités de l'Etat destinataire à présenter une demande d'entraide ou à compléter une demande préexistante, la personne touchée dispose de la faculté de soulever le grief de la violation de l'article 67a EIMP dans le cadre d'un éventuel recours formé à l'encontre de la décision de clôture d'entraide, pour autant qu'elle ait la qualité pour le faire et puisse se prévaloir à cette fin d'un intérêt digne de protection⁷².

l. Ne bis in idem et confiscation

72. La règle *ne bis in idem* ne peut être invoquée que par la personne poursuivie dans l'Etat requérant, à l'exclusion des tiers visés par les mesures d'entraide. Selon cet adage, nul ne peut être poursuivi ou puni à raison de faits pour lesquels il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif. En matière d'entraide, le principe est consacré aux articles 5 al. 1 et 66 EIMP, ainsi qu'à l'article 2 CEEJ. S'agissant de cette dernière disposition, la Suisse s'est réservée le droit de refuser également l'entraide judiciaire lorsque l'acte motivant la demande est l'objet, en Suisse, d'une procédure pénale dirigée contre la même personne ou qu'une décision pénale y a été rendue, au fond, sur cet acte et sur la culpabilité de l'intéressé.

Concrètement, lorsque le recourant ne fait l'objet d'aucune procédure pénale en Suisse, le Tribunal pénal fédéral relève que le principe *ne bis in idem* ne fait en principe pas obstacle au prononcé de mesures de confiscation rendues postérieurement à la clôture de la procédure ordinaire, puisque l'objet des deux procédures demeure distinct. Dans le cadre de la procédure de confiscation, qui constitue une procédure dite «*in rem*» tant du point de vue du droit suisse que du droit étranger, et dont le but est d'ôter toute rentabilité à l'infraction afin que «*le crime ne paie pas*», il s'agit de recueillir les informations quant à des valeurs patrimoniales qui pourraient notamment être le produit d'une infraction, puis, cas échéant, de les confisquer.

⁷² Cour des plaintes, arrêt du 21 août 2018, RR.2018.202 c. 2.3 et les réf. cit.

Ces mesures constituent au demeurant des actes d'entraide au sens de l'article 63 EIMP⁷³.

m. Exigences en matière d'escroquerie fiscale

73. Il y a escroquerie à l'impôt lorsque le contribuable obtient une taxation injustement favorable, recourant à des manœuvres frauduleuses tendant à faire naître une vision faussée de la réalité. Si la remise à l'autorité fiscale de titres inexacts ou incomplets constitue toujours une escroquerie fiscale – en raison de la foi particulière qui est attachée à ce type de documents – il faut encore envisager d'autres types de tromperie, lorsque l'intéressé recourt à des manœuvres frauduleuses ou à une mise en scène (par exemple par la production d'une correspondance fictive ou l'interposition d'une société de complaisance), lorsqu'il fait de fausses déclarations dont la vérification ne serait possible qu'au prix d'un effort particulier ou ne pourrait raisonnablement être exigée, ou lorsqu'il dissuade le fisc de les contrôler, prévoit qu'un tel contrôle ne pourrait se faire sans grande peine, ou encore mise sur un rapport de confiance. Une attitude astucieuse, au sens de l'article 14 al. 2 LDPA, doit être admise en présence d'une société de domicile fondée dans le seul but de dissimuler des éléments relevant du droit fiscal, et de tromper les autorités fiscales, si ces dernières ne peuvent que difficilement s'apercevoir de la tromperie.

Lorsqu'une demande est présentée pour la poursuite d'une escroquerie fiscale en matière d'impôt direct, la Suisse, en tant qu'Etat requis, déroge à la règle selon laquelle l'autorité d'exécution n'a pas à se déterminer sur la réalité des faits. Sans avoir à apporter les preuves de la culpabilité de la personne poursuivie, l'Etat requérant doit exposer des soupçons suffisants pour établir qu'une escroquerie fiscale a bel et bien été commise. Ces exigences particulières ont pour but d'écarter le risque que soient éludées les normes excluant l'entraide en matière économique et fiscale. Dans un tel contexte, pour que l'infraction d'escroquerie fiscale puisse être retenue, au sens de l'article 14 al. 2 DPA, il faut, d'une part, que le contribuable obtienne une taxation injustement favorable et, d'autre part, que ce soit par le biais de manœuvres frauduleuses, lesquelles font naître une vision faussée de la réalité. Il importe à l'Etat requérant de démontrer en quoi les autorités fiscales auraient été escroquées en ne recevant pas les impôts qui lui étaient dus. Il importe également que l'exposé des faits contenus dans la commission rogatoire permette de savoir si

⁷³ Cour des plaintes, arrêt du 26 septembre 2018, RR.2018.16 + RR.218.57-59 c. 3.3 et les réf. cit.

le fisc étranger a été effectivement lésé et, cas échéant, dans quelle mesure il l'a été⁷⁴.

n. Procédure de scellés et TEJUS

74. La procédure de scellés n'est pas réglée par le TEJUS ou la LTEJUS. L'article 7 al. 2 de la loi d'application prévoit que l'autorité d'exécution applique les règles de procédure qu'elle est tenue d'observer en matière pénale, singulièrement l'EIMP, la PA ou le CPP lorsque la matière n'est pas prévue dans le traité ou dans la loi d'application. On ne saurait cependant déduire que l'absence de disposition relative à la procédure de scellés implique que ce soit à l'autorité centrale spécialisée de mener une telle procédure.

Au contraire, la disposition du TEJUS et de la LTEJUS laisse peu de place à l'interprétation concernant la répartition des compétences entre l'Office central et l'autorité cantonale ou fédérale chargée par l'Office central d'exécuter la demande. Ainsi, l'autorité en charge applique les règles de procédure applicables en matière pénale, dispose d'une certaine autonomie quant aux mesures d'instruction qu'elle estime nécessaires. Pour la plus parfaite clarté, l'article 31 TEJUS indique que l'autorité exécutant la demande dispose de toutes les compétences et de tous les pouvoirs qu'elle détient dans une procédure tombant sous sa juridiction, au besoin en procédant à la mise en sûreté de pièces. La tâche qui incombe à l'autorité d'exécution est ainsi la phase d'exécution de la demande, qui est considérée comme exécutée lorsque tous les documents estimés pertinents sont transmis à l'Office central, pour décider de leur transmission sur la base des principes tels que la double incrimination et la proportionnalité. Sur ce vu, il apparaît que la compétence pour mener la procédure de scellés appartient au Ministère public de la Confédération et non à l'Office central USA⁷⁵.

o. Remise de moyens de preuve en vue de confiscation

75. L'article 74 al. 1^{er} EIMP régit la remise des moyens de preuve. Sur demande de l'autorité étrangère, les objets, documents ou valeurs saisis à titre probatoire sont remis au terme de la procédure d'entraide. Selon la même disposition, si un tiers acquéreur de bonne foi, qui a sa résidence habituelle en Suisse, fait valoir des droits sur les objets, documents ou valeurs visés à l'alinéa 1^{er}, la remise est subordonnée

⁷⁴ Cour des plaintes, arrêt du 30 octobre 2018, RR.2018.209 c. 2.2 et 2.3 et les réf. cit.

⁷⁵ Cour des plaintes, arrêt du 14 novembre 2018, RR.2018.291 c. 2.3.

à la condition que l'Etat requérant donne la garantie de le restituer gratuitement au terme de la procédure.

76. Quant à l'article 74a EIMP, sur demande de l'autorité étrangère compétente, les objets ou valeurs saisis à titre conservatoire peuvent au terme de la procédure d'entraide (art. 80d EIMP), lui être remis en vue de confiscation ou de restitution à l'ayant droit. Les objets ou valeurs en question comprennent les instruments ayant servi à commettre l'infraction, le produit ou le résultat de l'infraction, la valeur de remplacement et l'avantage illicite, ainsi que les dons et autres avantages ayant servi ou qui devaient servir à décider voire récompenser l'auteur de l'infraction (y compris en valeur de remplacement). S'agissant du moment de la remise, le législateur a expressément prévu qu'elle peut intervenir à tous les stades de la procédure, en règle générale sur décision définitive et exécutoire de l'Etat requérant. Le législateur helvétique a employé l'expression « en règle générale » pour permettre une procédure rapide et peu formaliste dans les cas où la restitution s'impose à l'évidence, par exemple lorsqu'il n'existe aucun doute sur l'identification des valeurs saisies, ainsi que sur leur provenance illicite⁷⁶.

p. Position procédurale de la personne entendue. Témoin

77. Selon la jurisprudence constante, la personne entendue à titre de témoin a la qualité, au sens de l'article 80h let. b EIMP, pour s'opposer à la transmission du procès-verbal relative à son audition, uniquement dans la mesure où les renseignements qu'elle est appelée à fournir la concerne personnellement, par exemple lorsqu'elle s'est exprimée sur sa propre situation ou lorsqu'elle se prévaut de son droit de refuser de témoigner. Le témoin ne peut s'opposer qu'à la transmission des procès-verbaux relatant ses propres déclarations et non à la communication de pièces saisies lors d'une perquisition concernant des tiers. A teneur de l'article 12 al. 1^{er} 2^e phrase EIMP, les actes de procédure sont régis par le droit de procédure applicable en matière pénale, à savoir, en l'espèce, le CPP.

Selon le CPP, la qualité en laquelle une personne est entendue dans le cadre d'une procédure pénale se détermine, au premier chef, selon que pèse ou non sur elle un soupçon. Dans un premier cas de figure, cette personne doit être traitée et entendue en qualité de prévenu. Lorsqu'en revanche elle est exempte de tout soupçon, elle sera

⁷⁶ Cour des plaintes, arrêt du 18 janvier 2018, RR.2017.167 c. 5.1.1 et 5.1.2 et les réf. cit.

interrogée en qualité de témoin. Si l'une des éventualités prévues à l'article 178 CPP est réalisée, la personne doit être obligatoirement entendue en qualité de personne appelée à donner des renseignements. Celui qui doit être entendu ne peut donc pas choisir le statut dans lequel il le sera. C'est au moment de la comparution, c'est-à-dire de la mise en œuvre de l'audition, que l'autorité décide définitivement en quelle qualité (témoin ou personne appelée à fournir des renseignements) la personne sera entendue⁷⁷.

q. Recours à la Cour des plaintes et qualité pour recourir

78. Aux termes de l'article 9a let. b OEIMP, est réputé personnellement et directement touché au sens des articles 21 al. 3 et 80h let. b EIMP, en cas de perquisition, le propriétaire ou le locataire. Ainsi, seuls le propriétaire et le locataire – personne physique ou morale – des locaux perquisitionnés disposent de la qualité pour agir au sens des dispositions précitées. En revanche, la personne morale ne dispose pas, en principe, de la qualité pour s'opposer à la transmission des procès-verbaux d'audition de ses employés entendus en tant que témoins. Dans l'hypothèse où le témoin est l'administrateur unique de la société, cette dernière ne dispose pas de la qualité pour s'opposer à la transmission du procès-verbal d'audition du témoin ou à la remise, par celui-ci, de documents concernant son activité d'affaires ou l'organisation de ladite société⁷⁸.

79. Selon l'article 80h let. b EIMP, a la qualité pour recourir en matière d'entraide, quiconque est personnellement et directement touché par une mesure et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. Précisant cette disposition, l'article 9a let. a OEIMP reconnaît au titulaire d'un compte bancaire la qualité pour recourir contre la remise à l'Etat requérant d'informations relatives à ce compte. Exceptionnellement, la qualité pour recourir sera reconnue à l'ayant droit d'une société titulaire du compte, mais dissoute, sous réserve de l'abus de droit. Il appartient à ce titre à l'ayant droit de prouver la liquidation, documents officiels à l'appui. Celui qui a ouvert un compte sous une fausse identité ne peut se voir reconnaître le droit de recourir contre la transmission de la documentation bancaire ou la remise des avoirs saisis. Il en va de même de celui qui fournit des informations contraires à la réalité dans le formulaire A⁷⁹.

⁷⁷ Cour des plaintes, arrêt du 21 mars 2018, RR.2017.290-291 c. 2.2.1 et 2.2.2 et les réf. cit.

⁷⁸ Cour des plaintes, arrêt du 21 mars 2018, RR.2017.290-291 c. 2.1 et les réf. cit.

⁷⁹ Cour des plaintes, arrêt du 27 avril 2018, RR.2017.292 + RR.2017.293 c. 2.1.2 et

80. La personne concernée par des documents ou des objets saisis en mains d'un tiers avec lequel il est en relation contractuelle (avocat, fiduciaire, dépositaire, transporteur) n'a pas la qualité pour agir, quand bien même ces documents contiennent des informations à son sujet. En cas d'audition de témoin, seul celui-ci peut agir dans la mesure où les renseignements communiqués le concernent personnellement ou lorsqu'il se prévaut de son droit de refuser de témoigner. Lorsque les informations dont la remise est envisagée proviennent d'une procédure interne et sont dès lors déjà en main de l'autorité d'exécution, il y a en principe lieu d'admettre que l'administré n'est touché que de manière indirecte, de sorte qu'il n'est pas légitimé à recourir. Ce principe est employé par la jurisprudence dans deux cas de figure. D'une part, lorsque l'autorité d'exécution envisage de transmettre des documents bancaires ou des procès-verbaux contenant des informations sur les comptes bancaires dont l'administré est titulaire, et dans la mesure où leur transmission porterait sur des informations bancaires. D'autre part, dans le cadre d'un administré ayant été entendu en tant que prévenu dans le cadre d'une procédure pénale suisse et interrogé sur les faits en rapport étroit avec la demande d'entraide. Dans un tel cas, quand bien même les procès-verbaux d'audition de l'administré se trouve déjà en mains de l'autorité d'exécution, de sorte que l'exécution de l'entraide n'impliquait pas de nouvelles mesures de contrainte, il a été jugé que le recourant paraissait pouvoir s'opposer à leur transmission, comme pourrait le faire l'auteur d'un témoignage dont l'autorité envisage la transmission à l'Etat requérant⁸⁰.

81. La personne visée par la procédure pénale étrangère peut recourir aux mêmes conditions (art. 21 al. 3 EIMP). Pour ce qui concerne la personne entendue au titre de prévenue, la qualité pour agir est généralement reconnue sans restriction⁸¹.

82. La qualité pour s'opposer à la transmission de documents appartient non pas à l'auteur de ceux-ci, mais aux personnes qui y sont mentionnées à un titre ou à un autre, et à celui en mains duquel a lieu la saisie (art. 9a let. b OEIMP). La personne concernée par des documents saisis en mains tierces n'a pas qualité pour agir, quand bien même ces documents contiennent des informations à son sujet⁸².

2.2.2 et les réf. cit.

⁸⁰ Cour des plaintes, arrêt du 8 mai 2018, RR.2018.1 c. 1.4 et les réf. cit.

⁸¹ Cour des plaintes, arrêt du 30 juillet 2018, RR.2017.311 c. 1.3 et les réf. cit.

⁸² Cour des plaintes, arrêt du 28 septembre 2018, RR.2018.270 p. 3 et les réf. cit.

r. Conditions d'octroi de l'assistance judiciaire

83. Celui qui s'est vu dénier le droit à l'assistance judiciaire a la qualité pour recourir à l'encontre de cette décision. Conformément à l'article 29 al. 3 Cst., qui s'applique en première instance en matière administrative, toute personne qui ne dispose pas de ressources suffisantes a droit, à moins que sa cause ne paraisse dépourvue de toute chance de succès, à l'assistance judiciaire gratuite. Elle a en outre droit à l'assistance d'un défenseur dans la mesure où la sauvegarde de ses droits le requiert. Selon les principes généraux applicables en matière d'assistance judiciaire, pour déterminer si le requérant dispose de ressources suffisantes, il faut examiner sa situation financière dans son ensemble, plus particulièrement ses revenus, sa fortune, ainsi que l'existence de créances contre des tiers⁸³.

s. Révision d'un arrêt du Tribunal pénal fédéral

84. Aux termes de l'article 40 al. 1^{er} de la loi fédérale du 19 mars 2018 sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération (LOAP), les articles 121 à 129 de la loi du 17 janvier 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF) s'appliquent par analogie à la révision, à l'interprétation et à la rectification des prononcés rendus par la Cour des plaintes, notamment en application de la loi fédérale sur l'EIMP. Ainsi, la révision peut être demandée dans les situations où le juge n'a, par inadvertance, pas pris en considération des faits pertinents qui ressortent du dossier. Ainsi, lorsqu'une demande de prolongation du délai imparti pour le versement d'avances de frais n'a pas été pris en considération entraînant une décision d'irrecevabilité, en présence d'une telle inadvertance, la demande de révision doit être considérée comme fondée, justifiant l'annulation de l'arrêt rendu par la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral⁸⁴.

⁸³ Cour des plaintes, arrêt du 4 janvier 2018, RR.2017.96 c. 1.3, 3, 4.1.

⁸⁴ Cour des plaintes, arrêt du 15 février 2018, RR.2018.52 p. 3.

B. Extradition

a. Compétence de la Cour des plaintes

85. Saisie d'un recours fondé sur l'article 48 al. 2 EIMP, la Cour des plaintes n'a pas, à ce stade de la procédure, à se prononcer sur le bien-fondé de la demande d'extradition. Elle se borne à examiner la légalité de l'arrestation et doit vérifier que la détention aux fins d'extradition se justifie. Les griefs relatifs au bien-fondé de la demande d'extradition doivent en principe être soulevés dans le cadre de la procédure d'extradition proprement dite pour laquelle sont compétents, en première instance, l'OFJ, puis sur recours, le Tribunal pénal fédéral, et le Tribunal fédéral aux conditions prévues à l'article 84 LTF⁸⁵.

b. Conditions de la détention extraditionnelle

86. De jurisprudence constante, la détention est la règle, tandis que la remise en liberté demeure l'exception. La remise en liberté est au demeurant soumise à des exigences très strictes en matière de détention extraditionnelle par rapport à ce qui prévaut en matière de détention provisoire prononcée dans le cadre d'une procédure pénale nationale. Selon les articles 47 ss EIMP, il peut notamment être renoncé à la détention s'il apparaît que la personne poursuivie ne se soustraira pas à l'extradition et n'entravera pas l'instruction, si elle a un alibi, si elle ne peut pas subir l'incarcération, si la demande d'extradition et ses annexes ne sont pas fournies à temps, ou encore si l'extradition est manifestement inadmissible. Ces conditions doivent être examinées selon des critères rigoureux, de manière à ne pas rendre illusoire l'engagement pris par la Suisse de remettre toute personne poursuivie, en cas d'admission d'une demande d'extradition, à l'Etat qui en a fait la demande⁸⁶.

87. La jurisprudence est très restrictive lorsqu'il s'agit d'apprécier des mesures de substitution à la détention, aptes à contenir le risque de fuite. Enfin, différents critères doivent être pris en considération. C'est ainsi qu'un homme de 65 ans, dont les enfants étaient de nationalité suisse et la fille de 28 ans disposait d'un bien immobilier en Suisse, offrant une caution de 1 million équivalant à son revenu annuel brut, a bénéficié d'une libération provisoire, le Tribunal fédéral considérant notamment l'âge de l'intéressé et le fait que l'infrac-

⁸⁵ Cour des plaintes, arrêt du 18 mai 2018, RH.2018.6 c. 2.1.1 et les réf. cit.

⁸⁶ Cour des plaintes, arrêt précité c. 1.1. in fine et les réf. cit.

tion en cause, qui touchait au droit de la famille, n'impliquait pas une volonté criminelle caractérisée. D'autre part, bien que ne disposant en Suisse que d'un logement secondaire, un homme de 76 ans a été libéré provisoirement notamment contre versement d'une caution de 4,5 millions, moyennant encore la mise en œuvre d'une surveillance électronique.

88. Il a été jugé à ce titre que le risque de fuite était réduit, du fait que l'intéressé avait la responsabilité de père de famille de jeunes enfants. D'autre part encore, un citoyen italien ayant vécu une grande partie de son adolescence en Suisse avant d'y revenir pour plusieurs années s'établir, s'y marier et fonder une famille, a été mis en liberté provisoire contre versement d'une caution de 25 000 francs. En revanche, la liberté provisoire a été refusée à un citoyen italien établi en Suisse depuis 18 ans, père de deux filles de 8 et 3 ans, et marié à une Suisseuse. L'escroquerie à hauteur de 18 millions de DM laissait présager une privation de liberté de longue durée. Il en a été de même d'un homme de 32 ans, père de deux enfants de 2 et 7 ans, en raison de la lourde peine le menaçant.

89. De même, un père de quatre enfants de 1, 3, 8 et 18 ans dont une bonne partie de son patrimoine avait été investi dans son entreprise. Une peine de 8 ans de privation de liberté exécutée à l'étranger a également fait obstacle à la libération provisoire d'un citoyen italien établi en Suisse depuis un an avec sa famille malgré l'offre d'une caution de 15 000 francs⁸⁷.

Une mesure de substitution ne saurait entrer en considération lorsque la surveillance électronique, qui est une mesure complémentaire au dépôt d'une caution, est proposée sans le versement de la moindre somme d'argent. De plus, une telle surveillance ne permet pas à elle seule d'éviter la fuite de la personne, mais uniquement de la constater. D'autre part, l'obligation de se rendre régulièrement dans un poste de police, assorti du dépôt d'une pièce d'identité n'est pas non plus de nature à réduire suffisamment le risque de fuite, mais ne fait que la compliquer. Les contrôles aux frontières ne sont en effet pas systématiques. De telles mesures ne sont pas propres à exclure le risque que l'intéressé puisse se soustraire à l'extradition⁸⁸.

⁸⁷ Cour des plaintes, décision du 31 août 2018, RH.2018.12 c. 2.2.2 et les réf. cit.

⁸⁸ Ibidem c. 2.2.4 et les réf. cit.

c. Extradition et infraction fiscale

90. Aux termes de l'article 5 CEEXtr, en matière de taxe et impôt, de douane et de change, l'extradition est accordée seulement s'il en a été ainsi décidé entre les parties contractantes pour chaque infraction ou catégorie d'infractions. La Suisse n'a pas conclu d'accord en la matière et n'a pas souscrit à l'article 2 du 2^e Protocole additionnel de la CEEXtr qui permet l'extradition pour des infractions fiscales. Quant au droit interne, celui-ci n'autorise pas non plus l'extradition en matière fiscale. En effet, l'article 3 al. 3 in fine ne permet l'octroi de la collaboration internationale en matière d'escroquerie fiscale, que pour les actes d'entraide au sens de la 3^e partie de la loi, ce qui exclut l'extradition⁸⁹.

91. Concrètement, en présence d'une demande d'extradition, il convient de rechercher si les faits reprochés à la personne concernée constituent des infractions exclusivement de nature fiscale ou s'il s'agit de faits constitutifs d'une infraction de droit commun. A ce titre, l'examen relève de considérations légales et jurisprudentielles relatives au principe de la double incrimination. Concrètement, il n'est pas nécessaire que les faits incriminés revêtent, dans les Etats concernés, 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. Contrairement à ce qui prévaut en matière de petite entraide, la condition de la double incrimination doit être remplie pour chacune des infractions faisant l'objet d'une demande d'extradition⁹⁰. Dans la mesure où les infractions recherchées relèvent de droit commun, puis de délit fiscal, l'extradition doit être accordée⁹¹.

d. Double incrimination

92. La condition de la double incrimination est satisfaite lorsque l'état de fait exposé dans la demande correspond, *prima facie*, aux éléments constitutifs objectifs d'une infraction réprimée par le droit suisse, à l'exclusion des conditions particulières en matière de culpabilité et de répression. Il n'est donc pas nécessaire que les faits incriminés revêtent, dans les deux législations concernées, la même qualification juridique, qu'ils soient soumis aux mêmes conditions

⁸⁹ Cour des plaintes, décision du 14 août 2018, RR.2018.100 c. 2.1.1 et les réf. cit.

⁹⁰ Cour des plaintes, *ibidem* c. 2.1.2 et les réf. cit.

⁹¹ Cour des plaintes, *ibidem* c. 2.2 et les réf. cit.

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. A la différence de ce qui prévaut en matière de petite entraide, la condition de double incrimination doit être remplie pour chacune des infractions faisant l'objet d'une demande d'extradition⁹².

e. Prescription de l'infraction

93. Selon l'article 10 CEEXtr (dans sa version antérieure au 4^e Protocole additionnel entré en vigueur pour la Suisse le 1^{er} novembre 2016, RS.0.353.14), l'extradition ne sera pas accordée si la prescription de l'action ou de la peine est acquise d'après la législation soit de la partie requérante, soit de la partie requise. L'article 5 al. 1^{er} let. c EIMP impose également le refus de la collaboration internationale lorsque la prescription absolue empêche, en droit suisse, d'ouvrir l'action pénale ou d'exécuter une sanction. Cette disposition est plus favorable à l'extradition puisqu'elle ne tient pas compte de la prescription selon le droit de l'Etat requérant⁹³.

94. Les délais de prescription s'apprécient à la date à laquelle l'autorité suisse prend des mesures de contrainte pour l'exécution de la demande. Dès lors qu'aucune mise en détention extraditionnelle n'est prononcée à l'encontre de l'intéressé, l'acquisition de la prescription doit être appréciée au jour de la décision d'extradition⁹⁴. En droit suisse, à l'instar de ce qui prévaut pour l'examen de la double incrimination, l'application de la prescription s'examine au regard du droit en vigueur au moment du prononcé de la décision de l'autorité suisse, sous réserve de la *lex mitior* prévue par l'article 389 al. 1^{er} Cp⁹⁵.

f. Etat de santé et procédure extraditionnelle

95. Dans le cadre d'une demande d'extradition présentée par la Suède aux autorités suisses, la réserve émise par la Suède doit-elle être prise en considération par la Suisse? Selon les réserves formulées par cet Etat à la CEEXtr, la Suède conserve le droit de ne pas accorder l'extradition dans certains cas particuliers si cette mesure, en raison de l'âge, de l'état de santé ou de toute autre condition liée à la personne visée et compte tenu de la demande et de la nature

⁹² Cour des plaintes, *ibidem* c. 2.1.2 et les réf. cit.

⁹³ Cour des plaintes, *ibidem* c. 3.1 et les réf. cit.

⁹⁴ Cour des plaintes, *ibidem* c. 3.1 in fine et les réf. cit.

⁹⁵ Cour des plaintes, *ibidem* c. 3.2 et les réf. cit.

de l'infraction et des intérêts de l'Etat requérant, est manifestement inconciliable avec les devoirs humanitaires. Sous l'angle de la réciprocité, la Suisse, comme Etat requis, peut opposer à la Suède cette réserve, même si elle n'en a pas formulé de semblable et se montrerait sur ce point plus favorable à l'extradition. Cela ne signifie toutefois pas que la Suisse, en tant qu'Etat requis, se doive de coopérer avec l'Etat requérant dans la même mesure que celui-ci. L'Etat requis dispose à ce titre d'une marge d'appréciation et le jeu des réserves ne doit pas conduire les Etats à mieux s'entraider que dans la mesure de la réciprocité⁹⁶.

96. Contrairement à ce qu'affirme l'intéressé, la Suisse n'est pas tenue de refuser l'extradition à cet Etat quand bien même celui-ci est susceptible de lui opposer, dans le cadre de relations extraditionnelles futures, la réserve qu'elle a émise à la CEEXtr. Cela dit, tout extradable de santé fragile s'expose à des désagréments et l'octroi de l'extradition à l'encontre de l'intéressé ne signifie pas qu'il sera ipso facto placé en détention ou si elle l'est, dans des conditions incompatible avec son état de santé. L'intéressé ne prétend en outre pas que l'Etat requérant (in casu la Suède) ne disposerait pas des infrastructures médicales suffisantes nécessaires à son état de santé ni que cet Etat n'appliquerait pas les mêmes standards que la Suisse en matière de devoirs humanitaires. Le cas échéant, il appartiendra aux autorités compétentes de cet Etat de décider de sa détention. Il est ainsi possible que ces autorités y renoncent, compte tenu de son état de santé ou prennent des mesures adéquates à cet égard. Il conviendra à l'Office fédéral de la justice de rappeler au plus tard, au moment de l'exécution de l'extradition, aux autorités suédoises, la teneur des troubles psychiatriques et la dépendance à l'alcool dont souffre l'intéressé⁹⁷.

g. Extradition et compatibilité avec l'article 8 CEDH

97. Selon l'article 8 § 1 CEDH, toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence soit prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, soit nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou

⁹⁶ Cour des plaintes, *ibidem* c. 4.1.1 et les réf. cit.

⁹⁷ Cour des plaintes, *ibidem* c. 4.1.2 et les réf. cit.

encore à la protection des droits et des libertés d'autrui (art. 8 al. 1 et 2 CEDH).

98. Cette disposition ne confère toutefois pas le droit de résider sur le territoire d'un Etat ou de ne pas être extradé. Une extradition peut toutefois, dans certaines circonstances, conduire à la violation de l'article 8 CEDH, si elle a pour conséquence de détruire les liens familiaux. Cette condition n'est pas remplie lorsque la famille de l'extradé reste en Suisse, car une telle limitation de la vie familiale découlant de l'extradition est inhérente à toute détention à l'étranger. Elle n'est pas disproportionnée lorsque les proches ont le droit de rendre visite à l'extradé, de lui écrire et de lui téléphoner. A titre d'exemple, le Tribunal fédéral a été amené à refuser l'extradition à l'Allemagne, requise pour l'exécution d'un solde de peine de 473 jours d'emprisonnement pour un délit de recel. L'intéressé était père de deux filles mineures en Suisse et l'incarcération avait mis sa compagne, invalide à 100 %, et enceinte d'un troisième enfant, dans un état anxio-dépressif générateur d'idées suicidaires. La Suisse pouvait se charger, dans ce cas particulier, de l'exécution sur son territoire du solde de la peine. Dans une autre cause, le Tribunal fédéral a précisé qu'un tel refus demeurerait l'exception et n'entraînerait pas en ligne de compte dans d'autres circonstances (par exemple l'extradition requise pour une poursuite et une non-exécution de peine, coauteurs ou complices poursuivis à l'étranger et empêchant un jugement en Suisse), circonstances familiales différentes⁹⁸.

99. Lorsque la procédure d'extradition n'a pas pour but l'exécution d'une peine mais la poursuite pénale ouverte à son encontre et pour laquelle est dominante la présomption d'innocence, une telle circonstance exclut, en principe, à elle seule, un refus d'extradition⁹⁹.

h. Exécution de la peine dans l'Etat requis

100. Selon l'article 37 al. 1^{er} EIMP, l'extradition peut être refusée si la Suisse est en mesure d'assumer la poursuite de l'infraction ou l'exécution du jugement rendu dans l'Etat requérant, et que le reclassement social de la personne poursuivie le justifie. De jurisprudence constante toutefois, cette disposition n'est pas applicable à l'égard d'un Etat qui, comme le Portugal, est lié à la Suisse par un Traité bilatéral ou multilatéral fondant une obligation d'extrader, à l'image de la CEEXtr. Une solution contraire heurterait en effet la primauté du

⁹⁸ Cour des plaintes, *ibidem* c. 4.2.1 et les réf. cit.

⁹⁹ Cour des plaintes, *ibidem* c. 4.2.2.

droit international. La Convention CEEExtr ne contient pas de règle analogue à l'article 37 EIMP et interdit par conséquent à la Suisse de refuser l'extradition pour des motifs tendant au reclassement de la personne poursuivie. Supposé applicable, l'article 37 al. 1^{er} EIMP ne serait d'ailleurs d'aucun secours pour le recourant. La Suisse doit en effet, selon cette disposition, être en mesure d'assumer la poursuite de l'infraction, ce qui suppose, d'une part, que le délit relève de sa compétence et, d'autre part, que l'Etat du lieu de commission de l'infraction demande expressément à la Suisse de procéder à sa place, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. En particulier, dans le cas précité, les faits poursuivis ne présentent aucun lien avec la Suisse et les autorités de poursuite portugaises, optant pour l'extradition, ont clairement exprimé qu'elles n'entendaient pas se dessaisir de la procédure ouverte à l'encontre du recourant¹⁰⁰.

i. Procédure de recours devant le Tribunal pénal fédéral

101. Les griefs relatifs au bien-fondé de la demande d'extradition doivent être en principe soulevés dans le cadre de la procédure d'extradition proprement dite. Pour le reste, s'il s'agit d'un recours fondé sur l'article 48 al. 2 EIMP, la Cour des plaintes se borne à examiner la légalité de l'arrestation ainsi que les conditions de détention aux fins d'extradition. La question de savoir si les conditions qui justifient l'annulation d'un mandat d'arrêt aux fins d'extradition sont remplies doivent être examinées selon des critères rigoureux, de manière à ne pas rendre illusoire l'engagement pris par la Suisse de remettre toute personne poursuivie, en cas d'admission d'une demande d'extradition, à l'Etat qui en fait la demande¹⁰¹.

C. Recours au Tribunal fédéral

a. Généralités

102. Selon l'article 84 LTF, le recours est recevable à l'encontre d'un arrêt du Tribunal pénal fédéral en matière d'entraide judiciaire internationale, si celui-ci a pour objet la transmission de renseignements concernant le domaine secret. Il doit toutefois s'agir d'un cas particulièrement important (al. 1^{er}). Un cas est particulièrement important, notamment lorsqu'il y a des raisons de supposer que la procédure à l'étranger viole les principes fondamentaux ou comporte

¹⁰⁰ Cour des plaintes, décision du 21 août 2018, RR.2018.183 c. 3 et les réf. cit.

¹⁰¹ Cour des plaintes, décision du 31 août 2018, RH.2018.12 c. 2.1.1 et les réf. cit.

d'autres vices graves (al. 2). Ces motifs d'entrée en matière ne sont toutefois pas exhaustifs et le Tribunal fédéral peut être amené à intervenir lorsqu'il s'agit de trancher une question de jurisprudence suivie jusque-là (référence jurisprudentielle). La jurisprudence constante exige de celui qui se prétend victime d'un traitement prohibé dans l'Etat requérant, qu'il rende vraisemblable sur la base d'indices concrets l'existence d'un risque sérieux et objectif d'un tel traitement. Le fait que la norme pénale étrangère contienne une présomption – réfragable – n'est pas à lui seul constitutif d'une violation de la présomption d'innocence¹⁰².

b. Violation des principes fondamentaux

103. Contrairement à la rédaction française de l'article 84 al. 2 LTF, une violation grave des principes fondamentaux peut constituer un cas particulièrement important – et donc justifier la recevabilité du recours de droit public – non seulement si elle concerne la procédure à l'étranger, mais également si elle affecte la procédure d'entraide en Suisse. Le droit d'être entendu du recourant est violé si l'autorité fonde sa décision sur des arguments qu'elle n'a pas évoqués lors d'un arrêt précédent, dans la même cause, sans avoir préalablement donné l'occasion au recourant de s'exprimer à leurs propos¹⁰³.

IV. Conclusion

104. L'année écoulée marque une confirmation, mais également une précision des principes dégagés par la Cour des plaintes dans le domaine de la procédure pénale et de la coopération judiciaire pénale. On signalera l'arrêt du Tribunal fédéral, récent, qui ouvre le recours en matière de droit public au Tribunal fédéral en présence de violations de principes fondamentaux dans la procédure suisse en matière d'EIMP.

¹⁰² Arrêt du TF 1C_255/2018 du 1^{er} juin 2018, c. 1.1 et 1.3 et les réf. cit.

¹⁰³ Arrêt du TF 1C_393/2018 du 14 décembre 2018, in SJ 2019 I 152 et les réf. cit.