

Bundesstrafgericht
Tribunal pénal fédéral
Tribunale penale federale
Tribunal penal federal



Numéro de dossier: BB.2020.13-15

Décision du 12 mai 2020

Cour des plaintes

Composition

Les juges pénaux fédéraux
Roy Garré, président,
Giorgio Bomio-Giovanascini et
Patrick Robert-Nicoud,
le greffier Federico Illanez

Parties

1. A. GmbH,
2. B. GmbH,
3. C. SA,
représentées par Me Elizaveta Rochat,
recourantes

contre

MINISTÈRE PUBLIC DE LA CONFÉDÉRATION,
intimé

Objet

Ordonnance de non-entrée en matière (art. 310 en
lien avec l'art. 322 al. 2 CPP)

Faits:

- A. Le 4 décembre 2019, les sociétés A. GmbH, B. GmbH, et C. SA ont déposé une plainte contre inconnu auprès du Ministère public de la Confédération (ci-après: MPC) pour abus d'autorité, gestion déloyale contre les intérêts publics et violation du secret de fonction (act. 1.10, p. 5, 9 et 11 ch. 13, 31 et 36).

Les sociétés susmentionnées estiment, en substance, que la modification de l'ordonnance sur l'imposition du tabac du 14 octobre 2009 (OITab; RS 641.311) décidée par le Conseil fédéral le 29 avril 2015 et entrée en vigueur le 1^{er} mai 2015 – qui assimilait le tabac pour pipe à eau au tabac à coupe fine – a entraîné une hausse massive de l'impôt sur le tabac et une chute spectaculaire des importations. De ce fait, les plaignantes, actives dans le secteur de l'importation et la distribution en Suisse du type tabac susmentionné auraient subi, en raison de leurs engagements contractuels, de lourdes pertes.

À l'appui de leur plainte, les sociétés susmentionnées soulignent que le Tribunal administratif fédéral a constaté, que le Conseil fédéral, en adoptant la réforme de l'OITab, a outrepassé les règles sur la délégation législative et a porté atteinte au principe de la légalité en matière fiscale (v. arrêts du Tribunal administratif fédéral A-882/2016 du 6 avril 2017 spéc. consid. 4; A-5193/2016 du 5 mars 2018 spéc. consid. 4, 7.3 et 7.4). Suite au recours de l'Administration fédérale des douanes (ci-après: AFD) contre l'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 5 mars 2018, le Tribunal fédéral a également retenu qu'en « assimilant le tabac pour pipe à eau au tabac à coupe fine, alors que le premier ne présente pas les caractéristiques du second, le Conseil fédéral a outrepassé les limites des pouvoirs qui lui ont été conférés par la loi » et que c'est à bon droit que le Tribunal administratif fédéral « a considéré que l'imposition de l'importation de 18 kg de tabac pour pipe à eau en 2015 ne pouvait pas être effectuée sur la base du tarif de l'annexe III relatif au tabac à coupe fine, mais devait l'être sur la base du tarif de l'annexe IV relatif aux autres tabacs manufacturés. Certes, la modification légale du 17 mars 2017 prévoit dorénavant l'imposition du tabac pour pipe à eau selon le tarif de l'annexe III en raison de son adjonction à l'art. 10 al. 1 let. b LTab. Il n'en demeure pas moins que cette modification n'est entrée en vigueur que le 1^{er} septembre 2017, c'est-à-dire postérieurement à l'importation des 18 kg de tabac en cause » (arrêt du Tribunal fédéral 2C_343/2018 du 11 octobre 2018 consid. 4.6 et 4.7).

Les recourantes considèrent, en outre, que la modification de l'OITab a été « conçue et promue *sur mesure* pour nuire *précisément* à A. GmbH », à ses

intérêts économiques et pour mener une « chasse à l'homme »; que le comportement indigne des fonctionnaires relève, entre autres, d'un « abus d'autorité inacceptable et une flagrante gestion déloyale des intérêts publics » (act. 1.10, p. 5 et 6 ch. 13 et 14; act. 1, p. 3 et 4 ch. 10); que E. (organisation faitière de la branche) a été avertie de la modification imminente de l'OITab et de l'augmentation des impôts sur le tabac pour pipe à eau (act. 1.2; act. 1.10, p. 6, 9 et 10 ch. 16, 30 et 31; act. 1, p. 8 et 11 ch. 20, 33 ss); et, que cette dernière a eu lieu nonobstant le rapport de l'Office fédéral de la justice concluant à son inconstitutionnalité (act. 1.10, p. 7 ch. 10; act. 1, p. 8 ss ch. 22 ss).

- B.** Le 24 janvier 2020, le MPC a rendu une ordonnance de non-entrée en matière selon laquelle les conditions d'ouverture d'une procédure pénale ne sont pas remplies, les éléments présentés par les plaignantes ne permettant pas de conclure à la commission d'une quelconque infraction (act. 1.11).
- C.** Le 7 février 2020, A. GmbH, B. GmbH, et C. SA, sous la plume de leur conseil, Me D., ont interjeté recours à l'encontre de l'ordonnance susmentionnée. Elles considèrent que les faits dénoncés auprès du MPC seraient constitutifs d'abus de confiance (art. 312 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 [CP; RS 311.0]), de gestion déloyale des intérêts publics (art. 314 CP), voire de violation du secret de fonction (art. 320 CP). Elles concluent dès lors à l'annulation de l'ordonnance du 24 janvier 2020 et à ce qu'il soit ordonné au MPC de réaliser les actes d'instruction nécessaires à l'éclaircissement de la vérité (act. 1, p. 22).
- D.** Par courrier du 28 février 2020, Me D. a informé la Cour des plaintes de l'impossibilité de continuer à assurer, pour des raisons professionnelles, la défense des intérêts de ses clientes (act. 6). Par missive du 10 mars 2020, la Cour des plaintes a requis des recourantes des précisions quant à la personne habilitée à les représenter (act. 7). Par acte du 23 mars 2020, Me Elizaveta Rochat a communiqué à la Cour de céans représenter les intérêts de ces dernières (act. 8).
- E.** Invité à se déterminer au sujet du recours le MPC s'abstient, le 27 mars 2020, de commenter les faits en raison de l'absence de soupçons suffisants (act. 10). Cet écrit a été transmis, pour information, au conseil des recourantes (act. 11).

Les arguments et moyens de preuve invoqués par les parties seront repris, si nécessaire, dans les considérants en droit.

La Cour considère en droit:

1. Les décisions de non-entrée en matière du MPC peuvent faire l'objet d'un recours devant la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral (art. 322 al. 2 du Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 [CPP; RS 312.0] applicable par renvoi des art. 310 al. 2, 393 al. 1 let. a CPP et art. 37 al. 1 de la loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération du 19 mars 2010 [LOAP; RS 173.71]; v. ATF 144 IV 81 consid. 2.3.1). Aux termes de l'art. 393 al. 2 CPP, le recours 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 (let. a), la constatation incomplète ou erronée des faits (let. b) ou l'inopportunité (let. c).
2. En tant qu'autorité de recours, la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral examine avec plein pouvoir de cognition en fait et en droit les recours qui lui sont soumis (v. MOREILLON/DUPUIS/MAZOU, La pratique judiciaire du Tribunal pénal fédéral en 2011, *in* JdT 2012 IV 5, p. 52 n° 199 et les références citées; Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005 [ci-après: Message CPP], FF 2006 1057, 1296 *in fine*; KELLER, Donatsch/Hansjakob/Lieber [édit.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2^e éd. 2014, n° 39 *ad* art. 393 CPP).
3.
 - 3.1 Toute partie qui a un intérêt juridiquement protégé à l'annulation ou à la modification d'une décision dispose de la qualité pour recourir contre celle-ci (art. 382 al. 1 CPP). Cet intérêt doit être actuel (ATF 144 IV 81 précité *ibidem* et références citées; décision du Tribunal pénal fédéral BB.2013.88 du 13 septembre 2013 consid. 1.4 et références citées). La notion de partie visée par cette disposition doit être comprise au sens des art. 104 et 105 CPP (ATF 139 IV 78 consid. 3.1; arrêt du Tribunal fédéral 6B_307/2019 du 13 novembre 2019 consid. 2.2.2). L'art. 104 al. 1 let. b CPP reconnaît notamment cette qualité à la partie plaignante soit, selon l'art. 118 al. 1 CPP, au « lésé qui déclare expressément vouloir participer à la procédure pénale comme demandeur au pénal ou au civil ». Conformément à l'art. 115 al. 1 CPP, est considérée comme lésée, « toute personne dont les droits ont été touchés directement par une infraction ». L'art. 105 CPP reconnaît également la qualité de partie aux autres participants à la procédure, tels

que le lésé (al. 1 let. a) ou la personne qui dénonce les infractions (al. 1 let. b), lorsqu'ils sont directement touchés dans leurs droits et dans la mesure nécessaire à la sauvegarde de leurs intérêts (al. 2). L'art. 115 al. 2 CPP ajoute que sont toujours considérées comme des lésés les personnes qui ont qualité pour déposer plainte pénale. Selon le Message CPP, ce dernier alinéa apporte une précision en statuant que les personnes qui ont qualité pour déposer plainte pénale selon l'art. 30 al. 1 CP, en d'autres termes les titulaires des biens juridiques auxquels on a porté atteinte, doivent toujours être considérés comme des lésés (Message CPP, p. 1148).

- 3.2** La qualité pour recourir de la partie plaignante, du lésé ou du dénonciateur contre une ordonnance de classement ou de non-entrée en matière est subordonnée à la condition qu'ils soient directement touchés par l'infraction et qu'ils puissent 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 juridique protégé par la disposition pénale qui a été enfreinte (ATF 141 IV 1 consid. 3.1 et références citées; arrêts du Tribunal fédéral 6B_92/2018 du 17 mai 2018 consid. 2.1 et références citées; 6B_671/2014 du 22 décembre 2017 consid. 1.2). Les droits touchés sont les biens juridiques individuels tels que la vie et l'intégrité corporelle, la propriété, l'honneur, etc. (Message CPP, *ibidem*).

En revanche, 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 que leur dommage apparaît comme la conséquence directe de l'acte dénoncé (ATF 138 IV 258 consid. 2.3 et référence citée; arrêts du Tribunal fédéral 6B_92/2018, précité *ibidem*; 1B_723/2012 du 15 mars 2013 consid. 4.1 et références citées; décisions du Tribunal pénal fédéral BB.2017.227 du 17 septembre 2019 consid. 1.3.1 et 1.3.2; BB.2012.67 du 22 janvier 2013 consid. 1.3; v. PERRIER DEPEURSINGE, Commentaire romand, 2^e éd. 2019, n° 11 *ad* art. 115 CPP). Le lésé doit donc, pour être directement touché, subir une atteinte en rapport de causalité directe avec l'infraction poursuivie, ce qui exclut les dommages par ricochet (arrêt du Tribunal fédéral 6B_694/2019 du 11 juillet 2019 consid. 2.1). L'atteinte doit par ailleurs revêtir une certaine gravité. À cet égard, la qualification de l'infraction n'est pas déterminante; sont décisifs les effets de celle-ci sur le lésé (ATF 129 IV 216 consid. 1.2.1), lesquels doivent être appréciés de manière objective et non en fonction de la sensibilité personnelle et subjective de ce dernier (arrêt du Tribunal fédéral 6B_266/2009 du 30 juin 2009 consid. 1.2.1).

Lorsque l'infraction protège (seulement) des biens juridiques collectifs, le titulaire du bien juridique individuel qui serait le cas échéant atteint par la

commission de l'infraction n'est pas touché directement dans ses droits. Il ne peut ainsi se prévaloir que d'une atteinte indirecte et ne dispose pas de la qualité de lésé au sens de l'art. 115 CPP (v. ATF 141 IV 454 consid. 2.3.1; 138 IV 258 consid. 2.3 et 3.2; 129 IV 95 consid. 3.5; décision du Tribunal pénal fédéral BB.2013.72+73 du 13 septembre 2013 consid. 1.2 non publié *in* TPF 2013 164).

En l'espèce, les recourantes considèrent que les agissements ayant abouti à leur plainte (v. *infra* let. A) serait constitutifs de trois infractions – qui figurent dans le titre dix-huitième du Code pénal relatif aux infractions contre les devoirs de fonction et les devoirs professionnels – à savoir, l'abus de confiance (art. 312 CP), la gestion déloyale des intérêts publics (art. 314 CP) et la violation du secret de fonction (art. 320 CP). Il convient, *in casu*, d'analyser si les recourantes disposent de la qualité pour recourir en ce qui concerne chacune des infractions précitées.

3.3 Abus d'autorité (art. 312 CP)

3.3.1 Il est généralement admis que l'infraction d'abus d'autorité protège tant l'intérêt de l'État à pouvoir compter sur des fonctionnaires fiables faisant usage raisonné du pouvoir de puissance publique qui leur a été conféré que celui des citoyens à n'être pas en but à un exercice incontrôlé, arbitraire, du pouvoir ainsi confié (ATF 127 IV 209 consid. 1b p. 212; arrêts du Tribunal fédéral 6B_694/2019 du 11 juillet 2019 consid. 2.3.1; 6B_1318/2017 du 9 février 2018 consid. 7.2.3 et références citées; PERRIER DEPEURSINGE, *op. cit.*, p. 596, n° 11 *ad* art. 115 CPP; DUPUIS et al., *Petit Commentaire, Code pénal*, 2^e éd. 2017, n° 3 *ad* art. 312 CP et références citées; HEIMGARTNER, *Basler Kommentar*, 4^e éd. 2019, n° 4 *ad* art. 312 CP). L'art. 312 CP, en instituant le dessein de nuire à autrui en condition subjective, plaide clairement en faveur de la protection, en plus des intérêts publics, de ceux privés de tiers (arrêt du Tribunal fédéral 6B_1318/2017 précité *ibidem*). Il appartient toutefois à celui qui entend déduire la lésion d'un intérêt privé par une infraction à l'art. 312 CP d'alléguer, sous peine de se voir dénier la qualité pour recourir, les faits déterminants et d'exposer précisément en quoi consiste l'atteinte affirmée à un droit juridiquement protégé de nature privée (arrêts du Tribunal fédéral 6B_694/2019 précité *ibidem*).

3.3.2 En l'espèce, A. GmbH considère que, contrairement à ses concurrents, elle n'a reçu aucune information de l'AFD concernant la modification de la OITab envisagée par voie extraordinaire (et de la hausse d'impôts qui en découlait) et cela nonobstant le fait que, suite à la requête de la Direction générale des douanes (ci-après: DGD), elle avait fourni à cette dernière des informations

concernant ses intentions d'importer d'importantes quantités de tabac pour pipe à eau. Une telle manière de procéder de la part des fonctionnaires de l'AFD, conçue afin de lui nuire, aurait abouti à ce qu'elle réalise des actes préjudiciables à ses intérêts pécuniaires. Dès lors, dans la mesure où A. GmbH allègue et expose, au sens de la jurisprudence précitée, que ses intérêts privés ont été lésés, il doit être admis qu'elle dispose de la qualité pour recourir.

A contrario, lorsque C. SA, mentionne payer le prix d'être « arrivée au mauvais moment » puisqu'elle réalisait « sa toute première opération d'importation » (act. 1, p. 5 ch. 13) et que C. SA et B. GmbH subissent les « conséquences » de la modification de l'OITab destinée à nuire aux intérêts de A. GmbH (act. 1.10, p. 11 n° 36), elles ne démontrent pas que l'atteinte à leurs droits juridiquement protégés est en rapport de causalité directe avec l'infraction alléguée; étant précisé que la qualité de lésé est exclue en cas de dommages par ricochet (v. *supra* consid. 3.2). Partant de ce qui précède, la qualité pour recourir doit être déniée à C. SA et B. GmbH.

3.4 Gestion déloyale des intérêts publics (art. 314 CP).

3.4.1 Conformément à l'art. 314 CP, les membres d'une autorité et les fonctionnaires qui, dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un avantage illicite, auront lésé dans un acte juridique les intérêts publics qu'ils avaient mission de défendre seront punis d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. La gestion déloyale des intérêts publics protège, en première ligne, des intérêts collectifs. Le titulaire du bien juridique protégé est donc l'État – et plus particulièrement son patrimoine –, à l'exclusion des personnes privées qui ne peuvent, cas échéant, être atteintes qu'indirectement (arrêts du Tribunal fédéral 6B_1318/2017 précité consid. 7.2.4 et références citées; 1B_201/2011 du 9 juin 2011 consid. 2.2; NIGGLI, Basler Kommentar, *op. cit.*, n° 7 *ad* art. 314 CP et références citées).

3.4.2 En l'occurrence, le préjudice dont se prévalent les recourantes – à savoir celui consécutif au fait que le Conseil fédéral a modifié l'OITab le 29 avril 2015 (v. *supra* let. A) – n'apparaît pas comme la conséquence directe d'une infraction à l'art. 314 CP. Ce préjudice, qui résulterait du non-respect du principe de la légalité en matière fiscale par le Conseil fédéral, serait la conséquence indirecte du fait que ce dernier aurait lésé un intérêt public. Dès lors, comme on l'a vu plus haut, puisqu'une lésion indirecte ne suffit pas, il convient de dénier aux recourantes la qualité pour recourir au sens de l'art. 382 al. 1 CPP.

3.5 Violation du secret de fonction (art. 320 CP).

3.5.1 Aux termes de l'art. 320 ch. 1 al. 1 CP, celui qui aura révélé un secret à lui confié en sa qualité de membre d'une autorité ou de fonctionnaire, ou dont il avait eu connaissance à raison de sa charge ou de son emploi, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Sont couverts par le secret de fonction les faits dont l'agent public a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions et qui doivent rester secrets en raison de leur nature, des circonstances ou d'instructions spéciales (arrêt du Tribunal fédéral 6B_439/2016 du 21 avril 2017 consid. 2.2.1 et références citées).

3.5.2 L'infraction de violation du secret de fonction a pour but de protéger tant la collectivité publique, pour que les tâches de l'État puissent être accomplies sans entrave, que les particuliers, lesquels ne doivent pas subir des indiscretions préjudiciables à leurs intérêts légitimes (ATF 142 IV 65 consid. 5.1 et références citées; arrêts du Tribunal fédéral 6B_439/2016 du 21 avril 2017 consid. 2.2.3 et références citées; 6B_28/2012 du 11 décembre 2012 consid. 1.4.3 et références citées; VERNIORY, Commentaire romand, *op. cit.*, 2017, n° 5 *ad* art. 320 CP; CORBOZ, Les infractions en droit suisse, vol. II, 3^e éd. 2010, n° 3 *ad* art. 320 CP; OBERHOLZER, Basler Kommentar, *op. cit.*, n° 1 *ad* art. 320 CP). Le but de protection est double puisqu'il s'agit, d'une part, de permettre à la collectivité publique d'étudier les questions et préparer ses décisions sereinement, sans être sous pression ou sans crainte que les citoyens puissent se soustraire à des mesures étatiques et, d'autre part, d'éviter que des particuliers subissent des indiscretions portant atteinte à leurs intérêts légitimes (CORBOZ, *op.cit.*, *ibidem*).

3.5.3 Dans la mesure où le secret de fonction concerne un fait devant être maintenu secret car appartenant à la sphère privée d'un particulier, l'art. 320 CP protège également l'intérêt au maintien du secret dudit particulier (ATF 142 IV 65 consid. 5.1 et références citées; arrêt du Tribunal fédéral 6B_28/2012 précité consid. 1.4.3). La disposition pénale susmentionnée protège ainsi les particuliers lorsqu'ils remettent des données personnelles sensibles à l'administration ou aux tribunaux; le secret de fonction étant la contrepartie au devoir de collaborer, car celui qui est conforté dans un sentiment de sécurité et de confiance livrera plus facilement à l'autorité les renseignements que cette dernière lui demande (DUPUIS et al., *op. cit.*, n° 3 *ad* art. 320 CP). Celui qui a transmis des informations sensibles concernant sa sphère secrète ou privée à l'État doit par conséquent pouvoir veiller à ce qu'elles demeurent confidentielles et à ce que les autorités étatiques n'aillent pas au-delà de ce qui est indispensable pour l'accomplissement de leurs tâches (arrêt du Tribunal fédéral 6B_439/2016 précité. 2.3.2; OBERHOLZER,

op. cit., n° 4 *ad art.* 320 CP). Dès le moment où la violation du secret porte sur des données personnelles, le particulier, atteint dans sa sphère privée, a la qualité de lésé (ATF 120 la 220 consid. 3b p. 224; arrêts du Tribunal fédéral 6B_761/2016 du 16 mai 2017 consid. 3.4.3; 6B_439/2016 précité consid. 2.2.3 et références citées; VERNIORY, *ibidem*; OBERHOLZER, *op. cit.*, n° 13 *ad art.* 320 CP; PERRIER DEPEURSINGE, p. 596 n° 11 *ad art.* 115 CPP).

3.5.4 En l'occurrence, les recourantes n'allèguent pas d'atteinte à un secret privé les concernant – par exemple la violation du secret d'affaires –, mais reprochent aux fonctionnaires de l'AFD d'avoir violé leur secret de fonction en informant uniquement la concurrence (E.) de la hausse d'impôt planifiée. Une telle manière de procéder aurait permis à certaines personnes, de contourner l'effet-surprise recherché et de « faire des bonnes affaires avant l'entrée en vigueur de la modification de l'OITab » (act. 1, p. 5, 12, 17, 19 n° 11, 37, 38, 53, 64). Dès lors, puisque les recourantes ne se prévalent pas de la violation d'un secret concernant *leur* sphère privée, mais du fait que l'administration aurait révélé à des tiers un *autre* secret, le dommage qu'elles allèguent ne peut pas être considéré comme la conséquence directe du comportement reproché. Il s'agirait tout au plus d'une lésion indirecte ou par ricochet qui ne permet pas, au sens de la jurisprudence susmentionnée (v. *supra* consid. 3.2), de leur reconnaître la qualité de lésés. Partant, la qualité pour recourir doit leur être déniée.

3.6 Au vu de l'ensemble des éléments qui précèdent, B. GmbH et C. SA sont dépourvues de la qualité pour recourir contre l'ordonnance de non-entrée en matière du MPC du 24 janvier 2020. Quant à A. GmbH, elle ne dispose de cette qualité que dans la mesure où elle considère avoir été victime d'un abus d'autorité (v. *supra* consid. 3.3.2).

4. Le recours contre les décisions notifiées par écrit ou oralement est motivé et adressé par écrit, dans le délai de dix jours, à l'autorité de recours (art. 396 al. 1 CPP). *In casu*, ledit délai a été respecté.

5. A. GmbH conteste le bien-fondé de l'ordonnance de non-entrée en matière et requiert, en substance, qu'elle soit annulée et qu'il soit ordonné au MPC de procéder aux actes d'instruction nécessaires à l'éclaircissement de la vérité, ni le Tribunal fédéral, ni le Tribunal administratif fédéral n'ayant eu à se prononcer sur l'éventuel caractère pénal de l'affaire.

5.1

5.1.1 Aux termes de l'art. 310 CPP, le ministère public rend immédiatement une ordonnance de non-entrée en matière s'il ressort de la dénonciation ou du

rapport de police, entre autres, que les éléments constitutifs de l'infraction ou les conditions à l'ouverture de l'action pénale ne sont manifestement pas réunis (al. 1, let. a; v. act. 1.11).

5.1.2 Une ordonnance de non-entrée en matière ne peut être rendue que dans des cas clairs du point de vue des faits et du droit (ATF 137 IV 285 consid. 2.3). Parmi les motifs de fait, lorsque la preuve d'une infraction n'est pas apportée par les pièces à disposition du ministère public – étant rappelé que ce dernier doit agir activement (art. 6 CPP) – et qu'aucun acte d'enquête ne paraît pouvoir amener des éléments utiles. Quant aux motifs de droit, ils existent, par exemple, lorsqu'il apparaît d'emblée que le comportement dénoncé n'est pas punissable (GRODECKI/CORNU, Commentaire romand, *op. cit.*, n° 9 et 10 *ad* art. 310 CPP; MOREILLON/PAREIN-REYMOND, Petit Commentaire, Code de procédure pénale, 2^e éd. 2016, n° 6 et 7 *ad* art. 310 CPP). En cas de doute il convient toutefois d'ouvrir une instruction (ATF 137 IV 285 précité *ibidem*). Les indices quant à la commission d'une infraction, nécessaires à l'ouverture d'une enquête pénale, doivent donc être sérieux et de nature concrète. De simples rumeurs ou présomptions ne sont pas suffisantes. Une enquête ne doit pas davantage être engagée pour pouvoir acquérir un soupçon (arrêt du Tribunal fédéral 6B_830/2013 du 10 décembre 2013 consid. 1.4).

5.1.3 Le principe *in dubio pro duriore* découle du principe de la légalité (art. 5 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [Cst.; RS 101] et art. 2 al. 2 CPP en relation avec les art. 319 al. 1 et 324 CPP; ATF 138 IV 86 consid. 4.2). Il signifie, qu'en principe, une non-entrée en matière ne peut être prononcée par le ministère public que lorsqu'il apparaît clairement que les faits ne sont pas punissables ou que les conditions de la poursuite pénale ne sont pas remplies. Tant le ministère public que l'autorité de recours disposent, dans ce contexte, d'un important pouvoir d'appréciation. *A contrario*, lorsqu'une condamnation apparaît plus vraisemblable qu'un acquittement ou lorsque les probabilités d'acquittement et de condamnation apparaissent équivalentes, en particulier en présence d'une infraction grave, une procédure doit être ouverte (ATF 138 IV 86 consid. 4.1.2; 137 IV 285 consid. 2.5; arrêts du Tribunal fédéral 6B_1153/2016 du 23 janvier 2018 consid. 3.1; 6B_701/2014 du 14 novembre 2014 consid. 2.1). Lorsque les faits sont peu clairs et que des éléments de fait ou de droit doivent être approfondis, la non-entrée en matière est exclue. Le ministère public doit donc être certain que l'état de fait n'est constitutif d'aucune infraction avant de rendre une ordonnance de non-entrée en matière. C'est le cas, entre autres, lorsque les litiges sont purement civils (ATF 137 IV 285 consid. 2.3) même si l'existence d'une procédure civile n'exclut pas *ipso facto* l'existence d'une infraction pénale (GRODECKI/CORNU,

op. cit., n° 10b *ad art.* 310 CPP; MOREILLON/ PAREIN-REYMOND, *op. cit.*, n° 9 *ad art.* 390 CPP).

5.2 La recourante reproche aux fonctionnaires de l'AFD un abus d'autorité.

5.2.1 Conformément à l'art. 312 CP, les membres d'une autorité et les fonctionnaires qui, dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un avantage illicite, ou dans le dessein de nuire à autrui, auront abusé des pouvoirs de leur charge, seront punis d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Cette disposition réprime l'emploi de pouvoirs officiels dans un but contraire à celui recherché (ATF 127 IV 209 consid. 1b, p. 212).

5.2.2 Sur le plan objectif, l'infraction requiert que l'auteur soit membre d'une autorité ou fonctionnaire au sens de l'art. 110 al. 3 CP, qu'il ait agi dans l'accomplissement de sa tâche officielle et qu'il ait abusé des pouvoirs inhérents à cette tâche. Cette dernière condition est réalisée lorsque l'auteur use illicitement des pouvoirs qu'il détient de sa charge, c'est-à-dire lorsqu'il décide ou contraint en vertu de sa charge officielle dans un cas où il ne lui était pas permis de le faire (ATF 127 IV 209 consid. 1a/aa p. 211; 114 IV 41 consid. 2 p. 43; 113 IV 29 consid. 1 p. 30). L'infraction peut aussi être réalisée lorsque l'auteur poursuit un but légitime, mais recourt, pour l'atteindre, à des moyens disproportionnés (ATF 113 IV 29 consid. 1 p. 30; 104 IV 22 consid. 2 p. 23; arrêt du Tribunal fédéral 6B_1169/2014 du 6 octobre 2015 consid. 2.1).

5.2.3 Du point de vue subjectif, l'infraction suppose un comportement intentionnel, au moins sous la forme du dol éventuel, ainsi qu'un dessein spécial, qui peut se présenter sous deux formes alternatives, le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un avantage illicite ou le dessein de nuire à autrui (arrêts du Tribunal fédéral 6B_1169/2014 précité *ibidem* et références citées; 6B_699/2011 du 26 janvier 2012 consid. 1.1).

L'intention de l'auteur doit porter sur tous les éléments constitutifs de l'infraction. Il est ainsi nécessaire de se demander si l'auteur acceptait l'éventualité d'abuser des pouvoirs à sa charge; une réponse négative conduisant à la conclusion que l'infraction n'est pas réalisée (CORBOZ, *op. cit.*, n° 9 *ad art.* 312 CP; POSTIZZI, Commentaire romand, *op. cit.*, n° 30 *ad art.* 312 CP). L'intention fait défaut lorsque l'auteur pensait agir conformément au droit (arrêt du Tribunal fédéral 6S.885/2000 du 26 février 2002 consid 4a/bb) ou quand il croyait exercer ses pouvoirs de manière consciencieuse (HEIMGARTNER, *op. cit.*, n° 22 *ad art.* 312 CP).

Le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un avantage illicite comprend tout type d'avantage visé par l'auteur indépendamment de sa

nature matérielle ou immatérielle (CORBOZ, *op. cit.*, n° 10 *ad art.* 312 CP; HEIMGARTNER, *op. cit.*, n° 23 *ad art.* 312 CP). L'avantage peut être destiné tant au patrimoine de l'auteur lui-même qu'à celui d'un tiers sans qu'il soit nécessaire, dans cette dernière hypothèse, que l'auteur sache en quoi consiste exactement l'avantage que le tiers escompte en retirer. Il suffit que le patrimoine de l'auteur ou d'un tiers bénéficie d'une amélioration (DUPUIS et al., *op. cit.*, n° 24 *ad art.* 312 et n°s 53 et 55 *ad art.* 251 CP et références citées; KINZER, Commentaire romand, *op. cit.*, n°s 127 et 129 *ad art.* 251 CP).

Enfin, le dessein spécial de nuire autrui a lieu dès que l'auteur utilise des moyens excessifs, même s'il poursuit un but légitime (CORBOZ, *op. cit.*, n° 10 *ad art.* 312 CP et références citées). L'auteur agit dans le but de porter atteinte aux intérêts pécuniaires d'autrui. Plus largement, le dessein de nuire peut également consister à vouloir porter atteinte aux droits d'autrui, notion qui englobe non seulement les droits patrimoniaux, mais aussi des droits subjectifs comme ceux de la personnalité (DUPUIS et al., *op. cit.*, n° 25 *ad art.* 312 et n°s 51 et 52 *ad art.* 251 CP et références citées; KINZER, *op. cit.*, n°s 122 et 123 *ad art.* 251 CP; BOOG, Basler Kommentar, *op. cit.*, n° 186 *ad art.* 251 CP).

- 5.3** En l'espèce, aucun élément au dossier ne permet de retenir que les fonctionnaires de l'AFD ont intentionnellement abusé des pouvoirs inhérents à leurs tâches officielles. Les seuls éléments apportés par la recourante à l'appui de ses dires sont, d'une part, les décisions du Tribunal fédéral et du Tribunal administratif fédéral où il a été constaté que le Conseil fédéral a outrepassé les règles sur la délégation législative et porté atteinte au principe de la légalité en matière fiscale (v. *supra* let. A) et, d'autre part, les divers échanges de courriels entre elle et l'AFD et entre l'AFD et E. (organisation faitière de la branche du tabac). Or, à la lecture de ces courriels, il ne ressort nullement que les fonctionnaires de l'AFD ont commis une quelconque infraction pénale. S'agissant des premiers, ils concernent des questions liées au calcul du prix du tabac à pipe à eau (act. 1.9). Quant aux seconds, qui font certes référence à de possibles ajustements fiscaux (act. 1.2), ils ne permettent pas de rendre vraisemblable un quelconque comportement de l'administration tendant à se procurer ou à procurer à un tiers un avantage illicite ou à porter atteinte aux intérêts de la recourante. Aucun indice quant au contenu de la modification légale et/ou à la date de son entrée en vigueur ne ressort d'ailleurs de ces divers échanges. Dans ces conditions, n'en déplaie à la recourante, les actes dont elle se prévaut ne dénotent nullement une quelconque intention de la nuire, un acharnement caractérisé à son égard ou l'exercice d'une puissance publique qui puisse être qualifié d'incontrôlé ou d'arbitraire.

Faute pour la recourante d'avoir rendu vraisemblable l'existence d'une quelconque infraction, c'est à bon droit que le MPC n'est pas entrée en matière. Certes l'existence d'une autre procédure – *in casu* à caractère administratif – n'exclut pas *ipso facto* l'existence d'une infraction pénale (v. *supra* consid. 5.1.3), mais le MPC s'est posé cette question puisqu'il a considéré, dans un premier temps, que les faits décrits par la recourante « ne s'apparentent pas à une plainte à caractère pénal, mais plutôt administratif » pour, par la suite, retenir qu'après analyse des éléments présentés, il n'était pas possible de conclure à la commission d'une quelconque infraction pénale.

6. Au vu de ce qui précède, le recours est rejeté dans la mesure de sa recevabilité et l'ordonnance du MPC du 24 janvier 2020 est confirmée.
7. En tant que parties qui succombent, les recourantes supportent solidairement, en application de l'art. 428 al. 1 CPP, les frais de la présente procédure. Ceux-ci prendront en l'espèce la forme d'un émolument fixé, en vertu des art. 5 et 8 al. 1 du règlement du Tribunal pénal fédéral sur les frais, émoluments, dépens et indemnités de la procédure pénale fédérale du 31 août 2010 (RS 173.713.162), à CHF 2'000.--.

Par ces motifs, la Cour des plaintes prononce:

1. Le recours est rejeté dans la mesure de sa recevabilité.
2. Un émolument fixé à CHF 2'000.-- est mis à la charge solidaire des recourantes.

Bellinzone, le 13 mai 2020

Au nom de la Cour des plaintes
du Tribunal pénal fédéral

Le président:

Le greffier:

Distribution

- Me Elizaveta Rochat
- Ministère public de la Confédération

Indication des voies de recours

Il n'existe pas de voie de recours ordinaire contre la présente décision.