

Bundesstrafgericht

Tribunal pénal fédéral

Tribunale penale federale

Tribunal penal federal



Numéro de dossier: BB.2011.130
(Procédure secondaire: BP.2011.69)

Décision du 20 mars 2012 Cour des plaintes

Composition

Les juges pénaux fédéraux Stephan Blättler, président, Patrick Robert-Nicoud et Joséphine Contu, le greffier Philippe V. Boss

Parties

A.,
représenté par Mes Shelby du Pasquier, Miguel Oural et Olivier Unternaehrer, avocats,

recourant

et

OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, Unité Entraide judiciaire internationale,

autorité de surveillance de l'entraide internationale en matière pénale

contre

MINISTÈRE PUBLIC DE LA CONFÉDÉRATION,

et

RÉPUBLIQUE DE TUNISIE,
représentée par Me Enrico Monfrini, avocat,

intimés

Objet

Admission de la partie plaignante (art. 118 ss CPP);
accès au dossier (art. 107 al. 1 let. a CPP et 65a al. 1
EIMP)

Faits:

- A.** Le 19 janvier 2011, le Conseil fédéral a adopté l'ordonnance instituant des mesures à l'encontre de certaines personnes originaires de Tunisie (ci-après: Ordonnance Tunisie; RS 946.231.175.8). Celle-ci prévoit que *les avoirs [...] appartenant à ou sous contrôle de A. sont gelés* (art. 1 al. 1 et annexe de l'Ordonnance Tunisie). Le 24 février 2011, le Ministère public de la Confédération (ci-après: MPC) a ouvert une instruction SV.11.0035 à l'encontre de A. pour blanchiment d'argent (art. 305^{bis} du Code pénal, ci-après: CP, RS 311) (act. 1.3), étendue à l'infraction de participation à une organisation criminelle (art. 260^{ter} CP) le 1^{er} septembre 2011 (act. 1.4) en raison de sa proximité au clan de l'ancien président tunisien Zine El Abidine Ben Ali (ci-après: Ben Ali). Le 20 avril 2011, le MPC a ordonné le blocage de différents comptes dont A. est titulaire ou ayant droit économique ouverts dans les livres de la banque B. à Genève (act. 1.8). Dans ce cadre, les autorités tunisiennes ont, le 10 septembre 2011, adressé une requête d'entraide aux autorités suisses aux fins d'identifier certains comptes dont A. est titulaire ou ayant droit économique (act. 1.42). Cette procédure d'entraide RH.11.0112 est en cours d'exécution par le MPC au jour de la présente décision (act. 1.43 et 1.44).
- B.** Par courrier du 21 octobre 2011, la République de Tunisie s'est adressée au MPC par son mandataire en Suisse et s'est constituée partie plaignante dans le cadre de la procédure pénale ouverte, «s'interdi[sant] formellement et sans réserve d'utiliser, directement ou indirectement, les pièces obtenues dans le cadre de [la] procédure que [le MPC instruit], ou d'autres procédures pénales connexes, dont elle lèvera copie en qualité de partie plaignante, pour les besoins de toute procédure pénale, civile ou administrative en Tunisie, jusqu'à décision de clôture et d'exécution complète et définitive de la procédure d'entraide pendant relative aux commissions rogatoires décernées par les autorités tunisiennes vers la Suisse concernant les actes de l'organisation criminelle Ben Ali» (act. 1.45). Par décision du 27 octobre 2011, le MPC a admis la République de Tunisie en qualité de partie plaignante (act. 1.46). Le 28 octobre 2011, le MPC a adressé aux conseils de A. les lignes suivantes: «Je vous informe par la présente – suite à ma décision d'accepter la République de Tunisie en qualité de partie plaignante – octroyer à celle-ci l'accès au dossier pénal aux conditions mentionnées [...] dans son courrier du 21 octobre 2011. Je vous octroie dès lors un délai au 10 novembre 2011 pour me faire part de vos déterminations [...]» (act. 1.47).

C. Par mémoire du 10 novembre 2011 adressé à la Ire Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral (devenue Cour des plaintes unique dès le 1^{er} janvier 2012; RO 2011 4495), A. forme recours contre les décisions du MPC des 27 et 28 octobre 2011 dont il demande l'annulation, subsidiairement que la République de Tunisie ne puisse accéder au dossier jusqu'à entrée en force de la décision de clôture de la procédure d'entraide. Plus subsidiairement, il requiert qu'il soit fait interdiction à la République de Tunisie ou à ses représentants, pour six mois au moins, de transmettre à ses propres représentants ou à des tiers hors de Suisse tout document de la procédure pénale en cours (act. 1). Par ordonnance du 21 novembre 2011, le Président de la Ire Cour des plaintes a concédé au recours l'effet suspensif en outre requis (act. 3). Par réponse du 5 décembre 2011, le MPC a conclu au rejet du recours pour ce qu'il concerne la qualité de partie plaignante de la République de Tunisie et à la transmission de la cause à la Ile Cour des plaintes pour ce qui a trait à l'accès au dossier. Il conclut alors principalement à ce que la Ile Cour des plaintes déclare irrecevable le recours sur ce volet là (act. 6). Ce même jour la République de Tunisie s'est déterminée sur une version anonymisée du recours et conclut au rejet (act. 7). C., unique autre prévenu ayant élu domicile en Suisse, a été invité à se déterminer sur la procédure en date du 19 décembre 2011 (act. 8) et ne s'est pas manifesté. A. a maintenu ses conclusions par écriture du 29 décembre 2011 (act. 11), la République de Tunisie également (act. 15). Invité à se déterminer sur la question de l'accès au dossier, l'Office fédéral de la justice (ci-après: OFJ), par observations du 8 février 2012, a conclu à l'admission du recours et à la suspension du droit d'accès au dossier jusqu'à droit connu sur le sort des requêtes d'entraide (act. 18). Le recourant, le MPC et la République de Tunisie se sont déterminés sur l'écriture de l'OFJ et ont persisté dans leurs conclusions respectives (act. 21, 22 et 23). Leurs écritures ont été adressées pour information à toutes les parties le 1^{er} mars 2012 (act. 24). Tous les actes remis à la République de Tunisie étaient anonymisés.

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. La Cour des plaintes examine d'office et en pleine cognition la recevabilité des recours qui lui sont adressés (ATF 122 IV 188 consid. 1 et arrêts cités).
- 1.1 A cet égard, il s'agit de différencier les deux objets du recours: d'une part, la qualité de partie plaignante (*infra* consid. 1.1.1), d'autre part, l'accès au dossier de cette dernière (*infra* consid. 1.1.2).
- 1.1.1 Les décisions du MPC peuvent faire l'objet d'un recours devant la Cour de céans (art. 393 al. 1 let. a du Code de procédure pénale, CPP, RS 312; 37 al. 1 de la loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération [LOAP; RS 173.71] en lien avec l'art. 19 al. 1 du règlement sur l'organisation du Tribunal pénal fédéral [ROTPF; RS 173.713.161]). A cet égard, la décision du MPC d'admettre la qualité de partie plaignante est attaquable en vertu des dispositions du CPP.
- 1.1.2 S'agissant de l'accès au dossier, il convient tout d'abord de déterminer si le courrier du MPC du 28 octobre 2011 est une décision. Dans ses observations du 5 décembre 2011, le MPC a précisé que le courrier du 28 octobre 2011 adressé au prévenu n'octroyait pas tel quel l'accès au dossier à la République de Tunisie mais, bien que formulé de manière ambiguë, l'informait de sa volonté de le faire après avoir recueilli les déterminations des parties (mémoire de réponse, act. 6, p. 7, § 5). Ceci admis, la Cour devrait considérer que l'écriture querellée ne constitue pas une décision à proprement parler et doit échapper à sa cognition. Néanmoins, les mêmes observations du MPC révèlent que l'intention de ce dernier «était et sera» de faire signer un engagement de non utilisation des documents préalablement à toute consultation du dossier par la République de Tunisie (*ibid.*). Dès lors, au vu de la volonté clairement exprimée du MPC de rendre une décision positive d'octroi de l'accès au dossier si la Cour ne tranche pas cette question, de la possibilité qu'ont eue les parties de s'exprimer extensivement sur la question et compte tenu de l'exigence de célérité de la procédure pénale (art. 5 al. 1 CPP), il y a lieu de tenir le courrier du 28 octobre 2011 comme décision d'octroi de l'accès au dossier.

Ainsi dirigé contre une décision régissant le droit de consulter le dossier d'une procédure pénale étroitement connexe à une procédure d'entraide, le recours est recevable au regard de l'art. 37 al. 2 let. a LOAP, mis en relation avec les art. 80b et 80e de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP; RS 351.1) (ATF 127 II 198 consid. 2; arrêt du Tribunal fédéral 1A.57/2001 du 7 décembre 2001, consid. 2). Ce sont ainsi

les règles du droit de l'entraide internationale en matière pénale qui régissent la procédure de résolution de cette question (v. ég. à cet égard *infra* l'indication des voies de recours), et non les règles de procédure pénale. Il ne saurait être retenu qu'une telle solution ne s'imposait que lorsque le droit de procédure, cantonal à l'époque de l'ATF 127 précité, pouvait être utilisé pour supplanter le droit de l'entraide, fédéral. En effet, aujourd'hui fédérale, la procédure pénale ne doit, pas plus que lorsqu'elle était de compétence cantonale, permettre d'éluider les règles de l'EIMP. L'art. 54 CPP (lu en lien avec l'art. 1 al. 1 EIMP) ne prévoit pas une telle soumission. Dès lors, les règles développées par le Tribunal fédéral dans l'ATF 127 II 198 consid. 2 restent de pleine application. Le recours est ainsi recevable sur ce point également. Vu la fusion des deux Cours des plaintes, la conclusion du MPC visant au renvoi de cet objet du recours à la IIe Cour a perdu son objet. Compte tenu des implications relevant de l'EIMP, l'OFJ a été admis comme partie à la présente procédure et invité à se déterminer sur la question relative à l'accès au dossier (art. 17 al. 2, 25 al. 3, 80h let. a EIMP et 3 de l'ordonnance d'exécution de cette dernière [OEIMP; RS 351.1]).

- 1.2** Le recours contre les décisions notifiées par écrit ou oralement doit être motivé et adressé par écrit dans le délai de dix jours à l'autorité de céans (art. 396 al. 1 CPP et 80k EIMP, 2^{ème} phrase). Les décisions entreprises datées des 27 et 28 octobre 2011 ont été notifiées le 31 octobre 2011 (act. 1.1). Le recours a été déposé en temps utile le 10 novembre 2011.
- 1.3** La qualité pour former le recours diffère selon ses deux objets.
 - 1.3.1** Le recours est recevable à la 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 CPP). Le recourant doit avoir subi une lésion, c'est-à-dire un préjudice causé par l'acte qu'il attaque et doit avoir un intérêt à l'élimination de ce préjudice (PIQUEREZ/MACALUSO, Procédure pénale suisse, 3^e éd. Genève, Zurich, Bâle 2011, p. 632, n° 1911). En l'espèce, le recourant prévenu dans la procédure est directement concerné par l'admission de la République de Tunisie en qualité de partie plaignante (v. arrêt du Tribunal pénal fédéral BB.2010.20-21 du 21 septembre 2010, consid. 1.2).
 - 1.3.2** S'agissant de l'accès au dossier, il s'agit de considérer la question à l'égal de la participation des fonctionnaires étrangers à la procédure. A cet égard, le recours est recevable si dite présence cause un préjudice immédiat et irréparable aux recourants (art. 80e al. 2 let. b EIMP). Un dommage immédiat et irréparable n'est envisageable que dans le cas visé à l'art. 65a al. 3

EIMP, c'est-à-dire lorsque la présence de fonctionnaires étrangers a pour conséquence de porter à la connaissance des autorités de l'Etat requérant des faits touchant au domaine secret avant le prononcé d'une décision définitive sur l'octroi et l'étendue de l'entraide. Ce risque peut être évité par la fourniture, par l'autorité requérante, de garanties de nature à empêcher l'utilisation prématurée des informations (ATF 128 II 211 consid. 2.1; arrêts du Tribunal fédéral 1A.3/2007 du 11 janvier 2007, consid. 2.3 et 1A.217/2004 du 18 octobre 2004, consid. 2.6; ZIMMERMANN, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 3^{ème} éd., Berne 2009, n° 409, p. 376 s.). En l'espèce, la consultation du dossier par la République de Tunisie permettrait certainement d'accéder, notamment, à des informations touchant au domaine secret de A., par exemple des informations bancaires. En outre, la question de savoir si les garanties proposées par la République de Tunisie sont de nature à empêcher l'utilisation des informations avant la clôture de la procédure d'entraide est l'un des points discutés par le recourant. Ainsi, la décision donnant à la République de Tunisie un accès inconditionnel et illimité à la procédure pénale cause à la personne touchée par cette divulgation prématurée un dommage analogue à celui visé à l'art. 80e al. 2 let. b EIMP (v. ATF 127 II 198 consid. 2b). Dans ces conditions, il y a lieu de considérer que le recours est également recevable s'agissant de la question de l'accès au dossier.

- 1.4 Le recours de A. (ci-après: le recourant) est ainsi recevable.
- 1.5 En tant qu'autorité de recours, la Cour des plaintes examine avec plein pouvoir de cognition en fait et en droit les recours qui lui sont soumis (v. arrêt du Tribunal pénal fédéral BB.2011.184 du 23 novembre 2011, consid. 1.2 et les références citées).
2. Le recourant conteste la qualité de partie plaignante de la République de Tunisie estimant que celle-ci ne serait pas directement touchée par les infractions soupçonnées.
 - 2.1 Aux termes de l'art. 118 al. 1 CPP, on entend par partie plaignante le lésé qui déclare expressément vouloir participer à la procédure pénale comme demandeur au pénal ou au civil. On entend alors par lésé toute personne dont les droits ont été touchés directement par une infraction (art. 115 al. 1 CPP). Le lésé est en règle générale défini comme la personne physique ou morale qui prétend être atteinte immédiatement et personnellement dans ses droits protégés par la loi lors de la commission d'une infraction. Le lésé est le titulaire du bien juridique protégé par la disposition pénale enfreinte

(PIQUEREZ/MACALUSO, *op. cit.*, p. 296, § 850; v. PERRIER, Commentaire romand du CPP [Kuhn/Jeanneret, éd.], Bâle 2011, n° 8 ad art. 115; LIEBER, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], [Donatsch/Hansjakob/Lieber, éd.], Genève, Zurich, Bâle 2010, n°1 ad art. 115). La lésion n'est immédiate que si le lésé ou ses ayants cause ont subi l'atteinte directement et personnellement, ce qui interdit aux tiers qui ne sont qu'indirectement touchés (par contrecoup ou ricochet; dommage réfléchi) par un acte punissable de se constituer parties civiles (arrêt du Tribunal fédéral 1P.620/2001 du 21 décembre 2001, consid. 2). Il importe en outre qu'il existe un lien de causalité direct entre l'acte punissable et le préjudice subi. Pour qu'il y ait un rapport de causalité naturelle entre l'évènement et le comportement coupable, il faut que celui-ci en constitue la condition *sine qua non* (MOREILLON/DUPUIS/MAZOU, La pratique judiciaire du Tribunal pénal fédéral, *in* Journal des Tribunaux (JdT) 2008, IV, p. 97 ss n^{os} 82 et 83 et références citées). N'est donc notamment pas reconnue la qualité de partie plaignante aux créanciers de la victime, aux cessionnaires de la créance résultant de l'infraction, aux personnes subrogées contractuellement ou légalement, aux actionnaires et aux administrateurs d'une société lorsque le préjudice est éprouvé par la personne morale (v. arrêt du Tribunal pénal fédéral BB.2010.20-21 du 21 septembre 2010, consid. 4.2 et références citées; PIQUEREZ/MACALUSO, *op. cit.*, p. 297, § 853). Lorsque l'infraction protège en première ligne l'intérêt collectif, les particuliers ne sont considérés comme des 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 123 IV 183 consid. 1c; ATF 119 la 342 consid. 2b).

- 2.2** L'ordonnance d'ouverture indique que le recourant est le frère de l'épouse de l'ancien président Ben Ali, et donc beau-frère de ce dernier. Il est également l'époux de la fille du chef de l'organisation patronale tunisienne. Il aurait concentré ses pouvoirs dans le domaine de l'aviation avant de siéger au conseil d'administration de la banque de Tunisie (act. 1.4). Selon le rapport de la Police judiciaire fédérale du 23 août 2011 (ci-après: rapport de la PJF), le recourant était un magnat de l'industrie, des banques et des médias, propriétaire de compagnies aériennes, de chaînes de radio et télévisions, d'une entreprise productrice de ciment et était influent dans les domaines de l'immobilier, du tourisme et l'hôtellerie, de la production sucrière ou du montage automobile (act. 1.33, p. 15). Le clan, dont le recourant semble avoir été l'homme fort, contrôlait également les douanes et la contrebande [sic] (Ordonnance d'obligation de dépôt du MPC à la banque B. du 24 février 2011, act. 1.6, p. 5, § 11). Selon le rapport de la PJF, les conseillers présidentiels et les ministres de l'ombre n'étaient en général pas

connus du public (act. 1.33, p. 12). Selon une ordonnance de jonction rendue par le MPC le 5 septembre 2011, «les familles [Ben Ali] ont veillé à ce que l'économie tunisienne soit dans un monopole appartenant à la famille et le processus d'enrichissement a duré aussi longtemps que le président Ben Ali était au pouvoir. L'existence d'un réseau criminel ne peut être exclue». Il y est également indiqué que le recourant aurait accumulé sa fortune grâce à ses relations familiales et que ses avoirs dissimulés en Suisse pourraient provenir d'actes de corruption commis en Tunisie (act. 1.37, p. 2).

2.3 L'instruction ouverte par le MPC repose sur les chefs d'accusation de blanchiment d'argent (art. 305^{bis} CP) et de participation à une organisation criminelle (art. 260^{ter} CP). C'est ainsi la lésion directe de la République de Tunisie par la commission de ces deux infractions qui doit être examinée.

2.3.1 Il convient d'examiner en premier lieu la lésion découlant de l'infraction présumée de blanchiment d'argent.

a) Celui qui aura commis un acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales dont il savait ou devait présumer qu'elles provenaient d'un crime sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire (art. 305^{bis} CP). Cette disposition ne protège pas seulement l'administration de la justice, mais également les intérêts patrimoniaux de ceux qui sont lésés par le crime préalable, dans le cas où les valeurs patrimoniales proviennent d'actes délictueux contre des intérêts individuels (ATF 129 IV 322 consid. 2.2.4 p. 329). Par ailleurs, le Tribunal fédéral a retenu que l'Etat pouvait être lésé par des opérations de corruption (v. arrêt du Tribunal fédéral 6B_908/2009 du 3 novembre 2010, consid. 2.3.2). En conclusion, si des actes de corruption atteignent l'Etat directement, les actes de blanchiment les ayant suivis le seront également. Ainsi, les actes de corruption imputés au recourant s'étant, le cas échéant, effectués au détriment de l'Etat tunisien, ils peuvent avoir lésé directement ce dernier.

Il convient donc d'examiner si, au regard du droit suisse (v. art. 305^{bis} ch. 3 CP; ATF 126 IV 255, consid. 3a; FAVRE/PELLET/STOUDMANN, Code pénal annoté, Lausanne 2011, ad art. 305^{bis} § 3.1; TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEIN *in*: Trechsel [éd.], Schweizerisches Strafgesetzbuch, Zurich, Saint-Gall 2008, ad art 305^{bis}, n° 10), des actes de corruption peuvent être imputés au recourant compte tenu de sa position.

Celui qui, agissant pour un Etat étranger ou une organisation internationale en tant que membre d'une autorité judiciaire ou autre, en tant que fonction-

naire, en tant qu'expert, traducteur ou interprète commis par une autorité, en tant qu'arbitre ou militaire, aura sollicité, se sera fait promettre ou aura accepté, en sa faveur ou en faveur d'un tiers, un avantage indu pour l'exécution ou l'omission d'un acte en relation avec son activité officielle et qui soit contraire à ses devoirs ou dépende de son pouvoir d'appréciation sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire (art. 322^{septies} al. 2 CP). La notion de membre d'une autorité, au contraire de celle de fonctionnaire (art. 110 al. 3 CP), n'est pas définie par le code pénal. Elle doit être interprétée largement (PERRIN, La répression de la corruption d'agents publics étrangers en droit pénal suisse, Bâle 2008, p. 132). Par membre d'une autorité, on entend une personne qui exerce, individuellement ou au sein d'un collège, l'un des trois pouvoirs de l'Etat (pouvoir législatif, exécutif ou judiciaire) (CORBOZ, Les infractions en droit suisse, vol. II, 3^{ème} éd., Berne 2010, ad art. 312 CP, n° 1, par renvoi d'ad art. 322^{ter} CP, n° 4). Dès lors qu'il existe des fonctionnaires formels (de droit) et matériels (de fait) (v. PERRIN, *op. cit.*, p. 135; PIETH, *Strafrecht II*, [Niggli/Wiprächtiger, éd.], Bâle 2007, n°4 ad art. 322^{ter}) et que la différence entre fonctionnaires et membres d'une autorité n'est pas décisive (JOSITSCH, *Das Schweizerische Korruptionsstrafrecht*, Berne 2004, p. 317), il convient de retenir que les membres d'une autorité, eux aussi, peuvent exister de droit ou de fait. Dans ce dernier cas, il n'existe aucun rapport de service et ils exercent leur pouvoir de par leur seule situation.

Il convient enfin de mentionner que, dans la mesure où les faits ne sont pas définitivement arrêtés, il faut se fonder sur les allégués de celui qui se prétend lésé pour déterminer si tel est effectivement le cas (ATF 119 IV 339 consid. 1d/aa). En effet, dans le cadre d'une constitution de partie plaignante, les infractions indiquées ne sont à examiner qu'au stade de la vraisemblance (sur la précision de la déclaration de constitution de partie plaignante, v. JEANDIN/MATZ, *Commentaire romand du CPP*, *op. cit.*, n° 9 ad art. 119). Ainsi, à ce stade précoce de l'enquête, il ne saurait s'agir de tenir le caractère illicite des fonds concernés pour «établi» (mémoire de réplique du recourant, act. 11, p. 3, pt. 1.2) mais de se satisfaire de la vraisemblance des soupçons évoqués.

b) En l'espèce, au vu des éléments factuels tels qu'ils ressortent du dossier (v. *supra*, consid. 2.2), le recourant semblait occuper une position privilégiée au sein du clan Ben Ali qui peut lui avoir donné l'opportunité de participer aux actes de corruption imputés audit clan. Par ailleurs, au stade actuel de l'enquête, il n'est pas encore définitivement établi de quelle manière le recourant aurait acquis des biens illicitement. La requête d'entraide présentée par les autorités tunisiennes évoque notamment, pour l'ensemble

du clan Ben Ali, des actes de détournements de fonds commis par un fonctionnaire public (act. 1.42) dont la qualification en droit suisse pourra, le cas échéant, conduire à retenir d'autres modalités d'enrichissement (art. 137 ss CP) que la seule corruption, voire la forme active de celle-ci (art. 322^{septies} al. 1 CP). Enfin, le recourant ne dût-il aucunement revêtir la qualité de membre d'une autorité ou de fonctionnaire, on ne saurait écarter, au stade actuel de l'instruction, qu'il n'a pas été l'instigateur ou le complice des actes de corruption soupçonnés (CORBOZ, *op. cit.*, ad art. 322^{ter} CP, n° 27).

Ainsi, les actes de corruption, ou d'autres, qui pourraient lui être imputés peuvent vraisemblablement avoir lésé directement les intérêts de la République de Tunisie, puis été blanchis par le versement de leurs fruits sur le compte ouvert auprès de la banque B. Au vu des règles rappelées ci-dessus (consid. 2.3.1/a), il n'y a pas lieu d'examiner, en l'état, si des actes concrets de corruption ont été exécutés. Seule la question théorique de la lésion directe de la République de Tunisie doit être résolue.

Dès lors, il est admis que les droits de la République de Tunisie peuvent avoir été lésés par l'infraction supposée de blanchiment d'argent.

2.3.2 Concernant l'instruction ouverte du chef de participation à une organisation criminelle, il s'agit de déterminer le titulaire du bien juridique protégé.

Celui qui aura participé à une organisation qui tient sa structure et son effectif secrets et qui poursuit le but de commettre des actes de violence criminels ou de se procurer des revenus par des moyens criminels sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire (art. 260^{ter} CP). Cette disposition protège la paix publique (v. titre douzième du CP). En réalité, la paix publique est généralement protégée, de manière indirecte, par toutes les normes pénales (BAUMGARTNER, *Strafrecht II* [Niggli/Wiprächtiger, éd.], Bâle 2007, ad art. 260^{ter}, n° 3; v. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht*, BT II, 6^{ème} éd., Berne 2008, p. 225, n° 1). La question de savoir si des biens juridiques individuels peuvent être atteints par la commission de l'infraction de participation à une organisation criminelle est disputée en doctrine.

Selon MONFRINI/KLEIN, l'organisation criminelle, lorsqu'elle prend une forme kleptocratique, a pour unique objectif le pillage des ressources de l'Etat. Dès lors, l'Etat serait le lésé direct de l'infraction de l'art. 260^{ter} CP (MONFRINI/KLEIN *in*: *Etat de droit et confiscation internationale*, Giroud/Borghini [éd.], Genève, Lugano, Bruxelles 2010, p. 135). BAUMGARTNER estime lui que l'art. 260^{ter} CP poursuit, avant tout, un but préventif dans la mesure où

il tente de protéger divers biens menacés par des *actes de violence* ou d'*enrichissement criminels* (BAUMGARTNER, *op. cit.*, ad art. 260^{ter}, n° 3). Selon CORBOZ, la commission de *crimes violents* et l'*enrichissement criminel* sont, à teneur du texte légal, les *buts* de l'organisation (CORBOZ, *op. cit.*, ad art. 260^{ter} CP, n° 5; v. ég. TRECHSEL/VEST *in*: Trechsel, *op. cit.*, ad art. 260^{ter}, n° 6). Ainsi que le relève ARZT, en tant que les biens protégés ne sont pas encore individualisés, la menace représentée par les *actes de violence* ou l'*enrichissement criminel* projetés par l'organisation criminelle n'est encore qu'un danger général (ARZT *in*: Schmid [éd.], *Kommentar, Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei*, Vol. 1., 2^{ème} éd. Zurich, Bâle, Genève 2007, ad art. 260^{ter} CP, n° 110). De même selon STRATENWERTH, l'art. 260^{ter} CP concerne la préparation de différentes infractions et, à l'instar de l'art. 260^{bis} CP, est surtout une disposition de caractère pénal général (STRATENWERTH, *op. cit.*, p. 225). En définitive, les biens juridiques menacés par les *actes de violence* ou l'*enrichissement criminel* visés par l'organisation criminelle ne sont pas lésés par celle-ci, mais par les actes concrets qu'elle réalise. Aussi, conformément au caractère subsidiaire de l'art. 260^{ter} CP (ATF 133 IV 235 consid. 4.2), la qualité de lésé ne découle pas déjà de l'existence de l'organisation criminelle mais s'examine à l'aune des biens directement atteints par les actes dont celle-ci permet la commission (v. SCHMID *in*: Schmid [éd.], *Kommentar, Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, op. cit.*, ad art. 73 CP, n° 24).

En l'espèce, comme mentionné ci-dessus, le clan Ben Ali, que le MPC considère comme une organisation criminelle, aurait permis la commission de nombreux cas de corruption. Or, ainsi qu'il a pu être indiqué auparavant (*supra*, consid. 2.3.1), lesdits actes de corruption supposés auront lésé directement l'Etat tunisien. Ainsi, la question de déterminer si la simple existence d'une organisation criminelle (hors commission d'actes concrets tels la corruption) peut créer une lésion directe chez une personne individualisée peut demeurer ouverte.

Dès lors, il est également admis que les droits de la République de Tunisie peuvent avoir été lésés par l'infraction supposée d'organisation criminelle.

- 2.4 En définitive, le grief relatif à la constitution de partie plaignante de la République de Tunisie doit être rejeté.

3. Le recourant considère que la République de Tunisie ne saurait accéder pleinement au dossier. Cela lui permettrait en effet d'obtenir les pièces qu'elle cherche précisément à obtenir par le biais d'une procédure

d'entraide initiée parallèlement (mémoire de recours, act. 1, pp. 24 ss). Pour le MPC et la République de Tunisie, un tel risque peut être pallié par la fourniture de garanties écrites que les documents consultés ne seront pas utilisés dans le cadre de procédures en Tunisie, garanties similaires à celles exigées des fonctionnaires étrangers venant consulter le dossier d'une procédure d'entraide pendante en Suisse (observations, act. 6, p. 7 et act. 7, p. 15). Pour l'OFJ, une telle possibilité ne doit pas exister en dehors de la procédure d'entraide et le grief doit être accueilli favorablement (act. 18).

3.1 Comme indiqué auparavant, l'exercice du droit d'accès au dossier par la partie plaignante d'une procédure pénale suisse qui se trouve être Etat requérant dans le cadre d'une procédure d'entraide connexe s'apprécie au regard des règles de l'EIMP et non du CPP (*supra* consid. 1.1.2).

3.1.1 L'entraide ne peut être accordée, pour autant que les conditions légales soient remplies, qu'après l'entrée en force de l'ordonnance de clôture (art. 80d EIMP). Avant que cette étape ne soit franchie, aucun renseignement, document ou information ne peut être transmis à l'Etat requérant. La jurisprudence a souligné maintes fois ce principe, en insistant sur la nécessité d'éviter tout risque de dévoilement intempestif d'informations en cours de procédure (v. ATF 127 II 104 consid. 3d; 125 II 238), au regard notamment des principes de la spécialité et de la proportionnalité. Ainsi, la présence des personnes qui participent à la procédure à l'étranger ne peut avoir pour conséquence que des faits ressortissant au domaine secret soient portés à leur connaissance avant que l'autorité compétente ait statué sur l'octroi et l'étendue de l'entraide (art. 65a al. 3 EIMP). A noter que le mandataire d'un tel Etat requérant dans la procédure pénale en Suisse doit être considéré comme une personne participant à la procédure à l'étranger (arrêt du Tribunal fédéral 1A.157/2001 du 7 décembre 2001, consid. 5b/bb).

Un dommage immédiat et irréparable est envisageable lorsque la présence de fonctionnaires étrangers (respectivement, le conseil de l'Etat étranger requérant/partie plaignante) a pour conséquence de porter à la connaissance des autorités de l'Etat requérant des faits touchant au domaine secret avant le prononcé d'une décision définitive sur l'octroi et l'étendue de l'entraide (v. arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2009.205-206 du 24 juin 2009, p. 3). Comme indiqué auparavant (*supra* consid. 1.3.2), ce risque peut être évité par la fourniture, par l'autorité requérante, de garanties quant à la non utilisation prématurée des informations.

3.1.2 Ainsi, et tel que le rappelle le MPC (observations, act. 22, pp. 3-4), l'économie générale du droit suisse de l'entraide internationale en matière pénale ne fait pas obstacle à la consultation du dossier d'une procédure pénale en cours par un Etat étranger.

Par exemple, l'art. 67 al. 3 EIMP prévoit l'autorisation d'assister aux actes d'entraide et de consulter le dossier. Le Message précise que cet alinéa a été modifié afin de tenir compte de l'ensemble des personnes autorisées à prendre part, y compris l'Etat étranger, à une procédure pénale en Suisse en tant que lésées (FF 1995 III 1 ad art. 67, p. 24). Précisant cette disposition, l'art. 34 al. 2 OEIMP prévoit que, si une autorité étrangère reçoit l'autorisation de consulter un dossier suisse en dehors d'une procédure d'entraide, les autorités suisses compétentes attirent son attention sur le fait que les renseignements fournis ne peuvent pas être utilisés dans une procédure pour laquelle l'entraide est exclue (art. 34 al. 1 let. a OEIMP) et que toute autre utilisation des renseignements est subordonnée au consentement de l'office fédéral (art. 34 al. 1 let. b OEIMP; v. ég. 67 al. 2 EIMP).

3.1.3 Le Tribunal fédéral a entrevu trois possibilités de respecter le droit d'être entendu des parties dans le cadre d'une procédure pénale tout en ménageant les exigences de l'entraide rappelées ci-avant (*infra* consid. 3.1.1). La première option serait l'examen de chaque pièce par l'autorité d'exécution afin d'apprécier si sa consultation peut être dommageable à la procédure d'entraide. La seconde serait de suspendre la procédure pénale ou d'interdire à l'Etat étranger de faire usage de ces documents jusqu'à l'entrée en force de la décision de clôture. Enfin, une troisième solution résiderait dans la prise de décisions de clôture partielle à mesure de l'avancement de la procédure d'entraide (v. ATF 127 II 198 consid. 4c). Il s'agit là de simples exemples de sorte qu'une autre solution peut paraître préférable dans un cas d'espèce (arrêt du Tribunal fédéral 1A.157/2001 du 7 décembre 2001, consid. 3).

3.2 Dans sa requête d'admission en qualité de partie plaignante, la République de Tunisie a indiqué «s'interdi[re] formellement et sans réserve d'utiliser, directement ou indirectement, les pièces obtenues dans le cadre de procédures que [le MPC instruit], ou d'autres procédures pénales connexes, dont elle lèvera copie en qualité de partie plaignante, pour les besoins de toute procédure pénale, civile ou administrative en Tunisie, jusqu'à décision de clôture et d'exécution complète et définitive de la procédure d'entraide pendant relative aux commissions rogatoires décernées par les autorités tunisiennes vers la Suisse concernant les actes de l'organisation criminelle Ben Ali» (act. 1.45, p. 2). Elle a réitéré cet engagement dans sa réponse au recours (act. 7, p. 15). Le MPC indique que c'est à de telles conditions seu-

lement qu'il envisage de donner accès au dossier (act. 6, p. 7, § 6). Le MPC et la République de Tunisie entendent, par cette mesure, limiter le droit de la République de Tunisie de consulter le dossier de la procédure pénale dans toute la mesure nécessaire pour préserver le dossier de la procédure d'entraide, conformément à la pratique en la matière (v. ATF 127 II 198 consid. 4c).

Dans les mêmes écritures, la République de Tunisie indique en revanche qu'elle doit de toute urgence obtenir l'accès au dossier «afin de pouvoir, par l'action civile en Suisse et dans d'autres juridictions (hors de Tunisie), identifier, bloquer et recouvrer les avoirs détournés de ses coffres publics, ainsi qu'entamer les actions en responsabilité contre ceux qui ont rendu possibles ou ont blanchi les crimes qui l'ont lésée» (act. 7, p. 15). Elle indique que «l'accès au dossier revêt pour elle une importance fondamentale pour lui permettre d'obtenir, notamment par les voies civiles, les mesures judiciaires dans d'autres pays que la Suisse en vue de saisir les avoirs patrimoniaux sous le contrôle de l'organisation criminelle Ben Ali» (act. 7, p. 16).

Ainsi, la République de Tunisie fait la distinction entre deux usages différents des documents dont elle pourrait avoir à connaître par l'accès au dossier concédé. D'une part, elle s'en interdit formellement l'usage dans le cadre de procédures se déroulant en Tunisie. D'autre part, elle se considère légitimée à les produire dans des procédures engagées dans toute autre juridiction.

L'OFJ considère qu'une telle distinction n'a pas lieu d'être. Il estime que l'interdiction d'utilisation est absolue avant l'entrée en force de la décision de clôture de la procédure d'entraide (act. 18).

- 3.3** Dans son arrêt du 7 décembre 2001, le Tribunal fédéral a examiné ce point. Il ne semble pas en avoir fait une question de principe et n'a pas eu à s'y pencher à nouveau depuis. Néanmoins, après avoir jugé que la République du Nigéria devait être autorisée à avoir accès au dossier moyennant garanties, il a indiqué qu'il n'y avait pas lieu de lui interdire d'utiliser les documents et informations dont elle adviendrait à connaître dans la suite du déroulement de la procédure pénale, pour les besoins de demandes d'entraide qu'elle pourrait adresser ultérieurement à la Suisse ou à des Etats tiers. Une telle restriction, outre qu'elle serait invérifiable, porterait atteinte à la souveraineté de l'Etat étranger, laquelle ne peut être entravée dans la conduite de ses relations internationales par une décision unilatérale de l'autorité suisse (arrêt du Tribunal fédéral 1A.157/2001 du 7 décembre 2001, consid. 5b/dd).

Ainsi, il convient de retenir que la connaissance, par l'autorité étrangère, de documents et informations avant la clôture de la procédure d'enquête par le biais d'une procédure pénale, subit une double conséquence: d'une part, l'Etat étranger ne peut faire usage de ces documents dans le cadre des procédures nationales qu'il mène, d'autre part, en revanche, il est libre de se servir des informations obtenues pour la formulation de requêtes d'entraide à l'étranger ou le déclenchement d'autres procédures tendant à l'identification et au recouvrement des sommes d'origine criminelle.

Il s'agit dès lors de déterminer, dans le respect du principe de proportionnalité, le moyen à même de permettre à la République de Tunisie d'obtenir les informations aptes à réaliser son objectif d'identification internationale des avoirs prétendument détournés par le recourant tout en s'assurant qu'aucun document ne sera utilisé dans des procédures pénales en Tunisie d'ici à la clôture de l'entraide.

- 3.4** La concession pure et simple de l'accès au dossier ne paraît pas envisageable en l'espèce. En effet, le MPC indique seulement que les garanties fournies sont «suffisantes», sans fonder son argumentation ni motiver les raisons du respect escompté de ces garanties (observations, act. 6, p. 7, § 6). La Cour de céans n'est ainsi pas en mesure d'en juger. Rien ne permet en l'état de s'assurer que les photocopies de pièces du dossier ne seront utilisées comme moyens de preuve avant la clôture de l'entraide. S'il apparaît légitime de permettre à la République de Tunisie d'obtenir certaines *informations*, il paraît prématuré de lui fournir des *moyens de preuve*, quelles que soient les garanties fournies. A cet égard, la solution retenue par le MPC ne peut être suivie et la décision sera réformée sur ce point.

La suspension de l'accès au dossier dans le cadre de la procédure pénale en l'attente de la clôture de la procédure d'entraide ou la prise de décisions de clôture partielle paraissent des solutions inadaptées, respectivement malaisées à mettre en œuvre en l'espèce dans la mesure où elles empêchent la République de Tunisie d'avoir accès rapidement aux informations utiles à la poursuite de ses recherches internationales.

Compte tenu des incertitudes relatives aux garanties, il paraît préférable de se limiter à autoriser le mandataire de la République de Tunisie à consulter le dossier, sans toutefois pouvoir lever de copies, afin d'obtenir les informations nécessaires à la poursuite de la recherche internationale des fonds potentiellement détournés (*infra* consid. 4). En effet, cette solution permet tant de favoriser la poursuite de la trace financière que de prévenir toute utilisation prématurée des moyens de preuve, de sorte que l'usage de la

précaution de l'art. 73 al. 2 CPP, requise par le recourant, apparaît inutile. Sans doute le relevé manuel de ces informations pourra-t-il s'avérer fastidieux, mais il est le moyen le mieux à même de prévenir la transmission précoce de moyens de preuve.

- 3.5** Certes, la jurisprudence de la Cour de céans relative à la présence de fonctionnaires étrangers exige en tous les cas que les notes prises lors de l'exécution restent dans le dossier suisse (TPF 2008 116 consid. 5.1 et les références citées). Il pourrait en être déduit *mutatis mutandis* pour le conseil de l'Etat requérant/partie plaignante (v. *supra* consid. 3.1.1), que les indications obtenues par le mandataire dudit Etat lors de sa consultation du dossier sont l'équivalent de notes et que ces indications ne sauraient être emportées par ledit conseil. Par ailleurs, à l'égal de ce qu'avait mentionné le Tribunal fédéral dans le cadre de l'ATF 127 II 198 consid. 4d, la stricte application de la jurisprudence rappelée au TPF 2008 116 conduirait au résultat paradoxal de traiter de manière plus défavorable l'Etat étranger qui requiert l'entraide et use de ses droits de partie plaignante à la procédure pénale, par rapport à celui qui, sans demander l'entraide à la Suisse, interviendrait uniquement dans la procédure pénale.

Il convient pourtant de retenir que, dans son arrêt du 7 décembre 2001, le Tribunal fédéral a clairement envisagé la possibilité de donner un certain accès au dossier aux représentants (fonctionnaires ou mandataires) de l'autorité étrangère avant la clôture de la procédure d'entraide (v. *supra* consid. 3.3), de sorte que la jurisprudence rappelée au TPF 2008 116 ne peut pas être appliquée strictement ici.

Ceci dit, tant afin de garantir le respect des règles de l'entraide que d'éviter à l'avenir toute inégalité entre Etats requérants, il conviendra de donner priorité opérationnelle à l'exécution de demandes d'entraide et de favoriser leur clôture rapide.

- 4.** En définitive, la République de Tunisie remettra au MPC l'engagement formel et sans réserve de ne pas utiliser, directement ou indirectement, les informations obtenues dans le cadre de la présente procédure pénale, ou d'autres procédures pénales connexes, pour les besoins de toute procédure pénale, civile ou administrative en Tunisie, ainsi paraphé par les personnes autorisées selon la loi tunisienne. Ceci vaudra jusqu'à décision de clôture et d'exécution complète et définitive de la procédure d'entraide pendante relative aux commissions rogatoires décernées par les autorités tuni-

siennes vers la Suisse concernant les actes de l'organisation criminelle supposée Ben Ali. Le mandataire de la République de Tunisie, au besoin accompagné d'un collaborateur voire d'un émissaire de l'Etat tunisien, sera alors autorisé à se rendre dans les locaux du MPC et y consulter le dossier de la procédure pénale selon les directives de cette autorité. Il pourra, sans prendre de copies toutefois, relever manuellement les informations nécessaires à la recherche internationale des fonds potentiellement détournés, essentiellement les détails d'opérations bancaires qui s'apparenteraient, d'une part, au crédit du compte suisse de sommes d'origine criminelle et, d'autre part, au débit vers d'autres comptes à des fins de blanchiment. Une copie des garanties ainsi que des notes prises par le mandataire de la République de Tunisie sera adressée à l'OFJ.

5. Vu ce qui précède, le recours doit être admis partiellement et la décision réformée dans le sens du consid. 4.
6. Outre les parties, l'arrêt est notifié à C., prévenu dans la procédure pénale, et à l'OFJ.
7. Les frais de la procédure de recours sont mis à la charge des parties dans la mesure où elles ont obtenu gain de cause ou succombé (art. 428 al. 1 CPP et 63 al. 1 de la loi fédérale sur la procédure administrative [RS 172.021; PA] applicable par renvoi de l'art. 12 al. 1 EIMP). Ainsi, en application 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 (RFPPF; RS 173.713.162), ils seront fixés à CHF 1'000.-- pour le recourant, couverts par l'avance de frais acquittée. Le solde par CHF 500.-- lui sera retourné par la caisse du Tribunal pénal fédéral.

La partie qui obtient gain de cause a droit à une indemnité pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits de procédure (art. 436 al. 1 en lien avec l'art. 429 al. 1 let. a CPP et 64 al. 1 PA). Selon l'art. 12 al. 1 RFPPF, les honoraires sont fixés en fonction du temps effectivement consacré à la cause et nécessaire à la défense de la partie représentée. Selon l'art. 12 al. 2 du même règlement, lorsque l'avocat ne fait pas parvenir le décompte de ses prestations dans la procédure devant la Cour des plaintes, avec son unique ou sa dernière écriture, le montant des honoraires est fixé selon l'appréciation de la cour. En l'espèce, une indemnité

d'un montant de CHF 800.-- (TVA incluse) en faveur du recourant paraît équitable pour le travail déployé, à charge solidaire du MPC et de la République de Tunisie. Une indemnité d'un montant de CHF 1'500.-- est allouée à la République de Tunisie, à charge du recourant. Vu l'appel en cause tardif de l'OFJ, il ne sera pas débiteur de cette indemnité.

Par ces motifs, la Cour des plaintes prononce:

1. Le recours est admis partiellement.
2. La République de Tunisie est admise à la procédure pénale SV.11.0035 en qualité de partie plaignante.
3. La décision est réformée et le droit d'accès au dossier est concédé à la République de Tunisie selon les termes du considérant 4 de la présente décision.
4. Un émolument de CHF 1'000.--, couvert par l'avance de frais acquittée, est mis à la charge du recourant. Le solde par CHF 500.-- lui sera retourné par la caisse du Tribunal pénal fédéral.
5. Il est octroyé une indemnité d'un montant de CHF 800.-- (TVA incluse) en faveur du recourant, à la charge solidaire du MPC et de la République de Tunisie.
6. Il est octroyé une indemnité d'un montant de CHF 1'500.-- (TVA incluse) en faveur de la République de Tunisie, à la charge du recourant.

Bellinzona, le 20 mars 2012

Au nom de la Cour des plaintes
du Tribunal pénal fédéral

Le président:

Le greffier:

Distribution

- Mes Shelby du Pasquier, Miguel Oural et Olivier Unternaehrer, avocats,
- Ministère public de la Confédération
- Me Enrico Monfrini, avocat
- Me Nicholas Antenen, avocat
- Office fédéral de la justice, Domaine de direction Entraide judiciaire internationale

Indication des voies de recours

S'agissant de la qualité de partie plaignante:

Il n'existe pas de voie de droit ordinaire contre cet arrêt (art. 79 LTF).

S'agissant de l'accès au dossier:

Le recours contre une décision en matière d'entraide pénale internationale doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les 10 jours qui suivent la notification de l'expédition complète (art. 100 al. 1 et 2 let. b LTF).

Le recours n'est recevable contre une décision rendue en matière d'entraide pénale internationale que s'il a pour objet une extradition, une saisie, le transfert d'objets ou de valeurs ou la transmission de renseignements concernant le domaine secret et s'il concerne un cas particulièrement important (art. 84 al. 1 LTF). Un cas est particulièrement important notamment lorsqu'il y a des raisons de supposer que la procédure à l'étranger viole des principes fondamentaux ou comporte d'autres vices graves (art. 84 al. 2 LTF). En matière d'entraide pénale internationale, les décisions préjudicielles et incidentes ne peuvent pas faire l'objet d'un recours (art. 93 al. 2 LTF).