betroffenen Einvernahmeprotokolle verwertbar sind, kann erst nach Vorliegen eines rechtskräftigen richterlichen Urteils im abgekürzten Verfahren feststehen. Die angefochtene Schlussverfügung der Beschwerdegegnerin erging mithin verfrüht, soweit die Herausgabe der delegierten Einvernahme der Kantonspolizei Zürich vom 2. Juni 2017, der delegierten Einvernahme der Kantonspolizei Zürich vom 22. Juni 2017 und der Konfrontationseinvernahme der Bundesanwaltschaft vom 10. Juli 2017 verfügt wird.

4.6 Im Ergebnis ist die Beschwerde in diesem Punkt gutzuheissen und die angefochtene Schlussverfügung vom 5. Februar 2018 ist insoweit aufzuheben, als sie die Herausgabe der delegierten Einvernahme der Kantonspolizei Zürich vom 2. Juni 2017, der delegierten Einvernahme der Kantonspolizei Zürich vom 22. Juni 2017 und der Konfrontationseinvernahme von B. und dem Beschwerdeführer als Mitbeschuldigte durch die Beschwerdegegnerin vom 10. Juli 2017 vorsieht.

Auf die weiteren Rügen hinsichtlich der Herausgabe der betroffenen Einvernahmeprotokolle braucht bei diesem Ergebnis nicht weiter eingegangen zu werden.

TPF 2018 151

25. Extrait de la décision de la Cour des plaintes dans la cause A. contre Ministère public de la Confédération et Rifaat Al-Assad du 14 novembre 2018 (BB.2018.167)

Crimes de guerre; classement de la procédure; présence de l'auteur en Suisse

Art. 264m CP

La condition de la présence de l'auteur sur sol suisse ne doit pas être interprétée trop restrictivement au regard de la *ratio legis* de l'art. 264m CP. Il suffit que la présence de l'auteur en Suisse ait été réalisée à l'ouverture de l'action pénale. De plus, si sa présence est attendue ou annoncée, l'autorité de poursuite devrait déjà pouvoir ouvrir une instruction (consid. 2.3).

Kriegsverbrechen; Einstellung des Verfahrens; Anwesenheit des Täters in der Schweiz

Art. 264m StGB

Das Erfordernis der Anwesenheit des Täters in der Schweiz darf angesichts der *ratio legis* des Art. 264m StGB nicht zu restriktiv ausgelegt werden. Es genügt, dass der Täter bei der Eröffnung des Strafverfahrens in der Schweiz anwesend war. Zudem kann die Strafverfolgungsbehörde bereits dann eine Untersuchung eröffnen, wenn dessen Anwesenheit erwartet wird oder angekündigt wurde (E. 2.3).

Crimini di guerra; abbandono della procedura; presenza in Svizzera dell'autore del reato

Art. 264m CP

La condizione della presenza in Svizzera dell'autore del reato non deve essere interpretata in maniera troppo ristretta vista la *ratio legis* dell'art. 264m CP. È sufficiente che l'autore si trovasse in Svizzera all'apertura del procedimento penale. Inoltre, se la presenza dell'autore è prevista o preannunciata, l'autorità di perseguimento penale può già aprire un'istruttoria (consid. 2.3).

Résumé des faits:

Le Ministère public de la Confédération (MPC) a ouvert, le 19 décembre 2013, une instruction pénale à l'encontre de Rifaat Al-Assad (Al-Assad) du chef de crimes de guerre pour des faits commis dans la ville de Hama (Syrie) en février 1982. Cette instruction a été ouverte suite à la dénonciation pénale de l'ONG B. le 13 décembre 2013. L'ONG B. a adressé des dénonciations complémentaires les 4 janvier et 28 mars 2017, toujours dirigées contre Al-Assad, mais pour des faits portant sur le massacre du 27 juin 1980 de prisonniers détenus dans la prison de Tadmor (Palmyre), en Syrie. Suite à ces dernières dénonciations, A. a déposé plainte contre Al-Assad le 19 mai 2017 pour ces faits. La Police judiciaire fédérale a, suite à la mission confiée par le MPC, conclu que la présence de Al-Assad sur le territoire suisse n'avait pas pu être établie depuis la dénonciation de A., le 19 mai 2017. Le MPC a dès lors rendu une ordonnance de non-entrée en matière le 6 septembre 2018, la présence de l'auteur en Suisse, condition requise par l'art. 264m CP, n'ayant pas pu être constatée. A. a recouru à l'encontre de cette décision par mémoire du 17 septembre 2018. Il a conclu à son annulation et au renvoi de la cause au MPC, en lui enjoignant d'entrer en matière sur la plainte pénale qu'il a déposée.

La Cour des plaintes a rejeté le recours.

Extrait des considérants:

2. Le recourant soutient que les faits visés par la présente procédure auraient été dénoncés en présence de Al-Assad en Suisse, de sorte que les conditions de l'art. 264^m CP seraient réalisées. Dès lors que la dénonciation initiale de l'ONG B. du 13 décembre 2013 faisait état du massacre à la prison de Tadmor du 27 juin 1980 et que Al-Assad se trouvait à Genève au moment de la dénonciation, les conditions d'ouverture de l'action pénale étaient réunies. Par ailleurs, l'instruction ouverte par le MPC ne se limiterait pas aux exactions commises pendant le massacre de Hama, mais s'étendrait aux actes commis à Tadmor le 27 juin 1980.

2.1 En vertu de l'art. 264^m al. 1 CP, quiconque commet à l'étranger un des actes visés aux titres 12^{bis} (Génocide et crimes contre l'humanité) et 12^{er} (Crimes de guerre) ou à l'art. 264^k CP (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. Cet article est une disposition spéciale par rapport à l'art. 7 CP. En effet, ce dernier permet également à la Suisse, par l'application du principe de la compétence universelle subsidiaire, de poursuivre les crimes de génocide, de guerre et contre l'humanité. Toutefois, l'art. 7 CP prévoit que l'acte doit être aussi réprimé dans l'Etat où il a été commis (al. 2 let. b en relation avec l'al. 1 let. a), le principe du droit le plus favorable (art. 7 al. 3 CP) et le principe *ne bis in idem* (art. 7 al. 4 CP) devant également s'appliquer. Or, soumettre sans aucune restriction les crimes très graves dont il est question ici à ces règles générales n'aurait pas été opportun, raison pour laquelle une règle spécifique pour les crimes contre l'humanité se justifiait (Message du 23 avril 2008 relatif à la modification de lois fédérales en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale [ci-après: Message relatif à la mise en œuvre du Statut de Rome]; FF 2008 3547; décision du Tribunal pénal fédéral BB.2011.140 du 25 juillet 2012 consid. 2.3).

2.2 La poursuite pénale en vertu de cet article est conditionnée à la présence de l'auteur en Suisse, condition essentielle de la conduite d'une procédure en Suisse concernant un acte commis à l'étranger (Message relatif à la modification du Statut de Rome, FF 2008 3547). La loi ne précise en

revanche pas à quel stade de la procédure la condition de la 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 (art. 309 CPP), dès lors que celle-ci se limite à établir l'éventuelle présence en Suisse de l'auteur, à défaut à 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 procéder, malgré l'absence de l'auteur, à l'audition de victimes présentes en Suisse ainsi qu'à l'administration d'autres preuves dont la disparition serait à craindre. Une telle instruction préliminaire en l'absence de l'auteur est conforme au texte et à l'esprit de l'art. 264^m CP ainsi qu'aux principes de proportionnalité et d'efficacité de la procédure, et suit la recommandation de l'Institut de droit international (MALEH, Commentaire romand CP II, 2017, n. 16 ad art. 264^m CP). Ainsi, si la présence de l'auteur en Suisse peut être *attendue*, l'ouverture d'une instruction est possible (VEST/NOTO, *in*: Vest/Ziegler/Lindenmann/Wehrenberg [éd.], Die Völkerstrafrechtlichen Bestimmungen des StGB, Kommentar, 2014, n. 17 ad art. 264^m CP).

2.3 Le MPC et Al-Assad soutiennent, en se fondant sur un arrêt de l'autorité de céans, que la condition de la présence de l'auteur en Suisse doit être réalisée au moment de l'ouverture de la procédure (décision du Tribunal pénal fédéral BB.2011.140 du 25 juillet 2012 consid. 3.1). Dans la décision précitée, la Cour de céans a en effet indiqué que la condition de la présence de l'auteur en Suisse devait être réalisée à l'ouverture de l'action pénale. Cette phrase 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, dans cette affaire était contestée l'application de l'art. 264^m CP au motif que la présence de l'auteur en Suisse avait seulement pu être constatée le jour de son interpellation, et partant le jour de l'ouverture de l'instruction. Une présence aussi brève aurait été, selon l'auteur visé par l'enquête, insuffisante pour faire application de la disposition légale précitée. La Cour a alors estimé que le départ ultérieur de l'auteur n'éteignait pas forcément la compétence de la Suisse, en précisant qu'«il en va de l'efficacité de la poursuite d'infractions particulièrement graves, qui par leur nature, sont commises à l'étranger par des étrangers qui ne se rendent qu'occasionnellement ou ne font que transiter par la Suisse. Sous cet angle, une interprétation trop stricte de la condition de la présence sur sol suisse reviendrait à laisser décider l'auteur de l'infraction de la poursuite de celle-ci. Ce n'est pas ce qu'a voulu le législateur en adaptant son droit

national pour permettre à la Suisse de participer efficacement à l'effort international dans la répression de la violation des droits humains» (arrêt BB.2011.140 précité consid. 3.1). Il convient ainsi de préciser que dite jurisprudence doit être appliquée dans le sens que la condition de la présence sur sol suisse ne saurait être interprétée trop restrictivement au regard de la *ratio legis* de l'art. 264^m CP. Par conséquent, il *suffit* que la présence de l'auteur en Suisse ait été réalisée à l'ouverture de l'action pénale (voir dans ce sens

DUPUIS/MOREILLON/PIGUET/BERGER/MAZOU/RODIGARI, Petit Commentaire, 2017, n. 2 ad art. 264^m CP). De plus, si la présence de l'auteur en Suisse est attendue ou annoncée, l'autorité de poursuite devrait déjà pouvoir procéder à des actes d'instruction et partant, ouvrir une instruction même avant que l'auteur présumé ne soit effectivement sur territoire helvétique. A la lumière des éléments qui précèdent, l'on ne saurait dès lors d'emblée exclure la possibilité de mener une instruction à l'encontre de Al-Assad au motif qu'il ne se trouvait pas en Suisse au moment du dépôt de la plainte du recourant.

2.4

2.4.1 Il est incontesté par les parties que Al-Assad ne s'est pas trouvé en Suisse après la dénonciation de l'ONG B. du 28 mars 2017 relative aux faits survenus à la prison de Tadmor en 1980. Les parties s'opposent en revanche sur l'étendue des faits dénoncés par l'ONG B. le 13 décembre 2013, dénonciation ayant conduit le MPC à ouvrir une instruction contre Al-Assad. Le recourant soutient ainsi que la première dénonciation de l'ONG B. relatait déjà les événements qu'il a lui-même ultérieurement dénoncés, et que l'instruction ouverte alors par le MPC s'étendait également à ces faits. Le MPC retient en revanche, dans sa décision de clôture, que les faits dénoncés par le recourant le 19 mai 2017 ne concernent pas les faits pour lesquels l'instruction SV.13.1633 a été ouverte le 19 décembre 2013, soit la commission de crimes de guerre lors du siège d'une durée d'environ un mois de la ville syrienne d'Hama en février 1982.

2.4.2 Dans sa dénonciation du 13 décembre 2013, l'ONG B. expose à titre préliminaire brièvement l'histoire de Al-Assad et des Brigades de défense (ci-après: les Brigades) qu'il a créées et dont il est devenu le commandant suprême. Ces brigades, qui avaient pour fonction de protéger la *révolution* et Hafez Al-Assad (frère de Al-Assad), étaient considérées comme les mieux armées, les mieux entraînées et les mieux payées dans l'armée syrienne. B. décrit ensuite la création, dès 1971, de la lutte armée islamiste

(l'Avant-garde combattante) et des différents partis de l'opposition, qui ont pris de l'ampleur jusqu'en 1975. A cette période, le pouvoir en place a alors découvert les activités du groupe armé de l'opposition. Différents actes de violence s'en sont suivis pendant de nombreux mois: plusieurs centres du Baath ont explosé simultanément à Damas, Alep et Hama (février 1977), une école d'artillerie à Alep a été la cible d'un attentat faisant au moins 83 morts (juin 1979), puis les actions violentes sont devenues quotidiennes dans les grandes villes du pays. Ces attentats seraient ainsi le fruit de l'Avant-garde combattante. L'ONG B. poursuit l'historique par un sous-chapitre intitulé «La politique de répression aveugle du pouvoir: les prémices du massacre». Y est ainsi expliquée la réaction du régime au pouvoir suite à l'attaque de l'école d'artillerie. Suite à une vague d'arrestations massives et un procès télévisé ayant conduit à l'exécution de quinze personnes, la décision d'écraser le groupe armé de l'Avant-garde combattante a été prise, ce entre décembre 1979 et janvier 1980. Al-Assad a alors réaffirmé publiquement l'intention de recourir à la violence révolutionnaire armée pour contrer la violence réactionnaire. La politique de répression ne s'est toutefois pas limitée à combattre l'Avant-garde mais était également dirigée contre la société civile. L'ONG B. cite à cet égard plusieurs cas de disparitions forcées, d'associations dissoutes, de dirigeants arrêtés, torturés et exécutés ainsi que des personnes massacrées (près de deux mille en une semaine) et des arrestations massives (environ huit mille en une semaine). C'est à cette période que se sont déroulés les faits dénoncés par le recourant. L'ONG B. indique à cet égard, toujours dans le sous-chapitre consacré à la «politique de répression aveugle du pouvoir» que «deux unités de ses Brigades de défense sont envoyées à la prison de Palmyre, dans laquelle entre quatre cents à un millier de détenus sont massacrés sous prétexte d'appartenir à l'organisation des Frères musulmans». S'ensuit l'adoption d'une loi punissant de mort la simple appartenance à l'organisation des Frères musulmans. La promulgation de cette loi a conduit à de nombreux massacres dans différentes villes de Syrie. Cette première partie, développée par l'ONG B. dans sa dénonciation, explique ainsi l'historique ayant conduit au massacre de Hama de février 1982, lequel constitue la deuxième partie de la dénonciation du 13 décembre 2013. Le massacre y est alors décrit sur une quinzaine de pages, de même que l'implication de Al-Assad et de ses troupes.

2.4.3 Force est ainsi de constater que l'objet central de cette dénonciation est bien le massacre de Hama survenu en février 1982 et que l'introduction faite par l'ONG B. permet de comprendre le contexte historique ainsi que

l'enchaînement des événements ayant mené audit massacre. On constate ainsi que, si les faits survenus à la prison de Tadmor (Palmyre) en 1980 y sont brièvement évoqués, d'autres actes pouvant notamment relever de la torture y sont également mentionnés et décrits plus ou moins succinctement. Si l'on suivait le recourant, l'on devrait ainsi considérer que tous les faits décrits par l'ONG B. dans sa première dénonciation et pouvant potentiellement constituer, *prima facie*, des actes punissables en vertu de l'art. 264^m CP, auraient dû faire l'objet d'une instruction immédiate par le MPC ou du moins étaient implicitement compris dans l'instruction alors ouverte. Cette interprétation ne saurait être suivie, dans la mesure où les premiers faits pouvant être constitutifs de crime de guerre sont survenus dès 1977 et dans plusieurs villes de Syrie. Ainsi la première dénonciation de l'ONG B. avait bien pour but de mener les autorités à instruire les faits survenus à Hama en 1982. Les faits survenus à la prison de Tadmor (Palmyre) ont quant à eux fait l'objet d'une seconde dénonciation, distincte, quand bien même B. indiquait que cette dénonciation était complémentaire à la première. L'on ne saurait ainsi attendre du MPC, au vu de la dénonciation initiale, une enquête portant sur tous les événements évoqués alors qu'un massacre particulier y est décrit et documenté. Au vu de ce qui précède, il convient de retenir que le massacre de février 1982 à Hama faisait l'objet de la dénonciation de l'ONG B. du 13 décembre 2013, et non le massacre à la prison de Tadmor, qui lui a fait l'objet d'une dénonciation ultérieure, de sorte que les faits n'ont pas été dénoncés en présence de Al-Assad en Suisse comme le soutient le recourant.

2.4.4 Le recourant estime ensuite que l'instruction ouverte par le MPC ne se limite pas aux exactions commises pendant le massacre de Hama, l'ensemble des actes diligentés par le MPC tendant à démontrer que l'instruction s'étend aux actes commis à Tadmor en juin 1980. Selon l'ordonnance d'ouverture d'instruction du 19 décembre 2013, l'ouverture a été ordonnée au vu des «suspçons, documentés par des rapports et articles de presse, selon lesquels Rifaat Al-Assad, en tant que commandant des Brigades de défense, serait impliqué dans des meurtres, des actes de torture, des exécutions extrajudiciaires, des viols, des bombardements de civils et d'hôpitaux, des actes visant à affamer la population et la destruction de biens culturels commis lors du siège d'une durée d'environ un mois de la ville syrienne d'Hama en février 1982». Sur ce vu, force est de constater que l'ordonnance d'ouverture concernait uniquement le massacre de Hama et non les violences commises à la prison de Tadmor en 1980. Quant aux actes diligentés par l'autorité de poursuite évoqués par le recourant – à

savoir l'audition du prévenu, de deux parties plaignantes, de trois témoins, ainsi que le rapport établi par la Police judiciaire fédérale sur mandat du MPC – il appert que ceux-ci se situent dans le cadre de l'enquête portant sur les faits de Hama et que les faits de Tadmor y sont évoqués uniquement dans le cadre du contexte historique, de la même manière qu'ils étaient exposés dans la dénonciation de l'ONG B. du 13 décembre 2013. Le recourant ne saurait ainsi être suivi lorsqu'il indique que l'ensemble des actes diligentés par le MPC depuis plus de 5 ans tendent à démontrer que l'instruction s'étend aux actes commis à Tadmor le 27 juin 1980. Par conséquent, dès lors que Al-Assad ne s'est pas trouvé en Suisse depuis la plainte du recourant et que l'instruction menée par le MPC depuis décembre 2013 ne concerne que le massacre de Hama en février 1982, les conditions de l'art. 264^m CP ne sont manifestement pas réunies et ne permettent pas l'ouverture d'une instruction pénale.

TPF 2018 158

26. Extrait de l'arrêt de la Cour des plaintes dans la cause Office fédéral de la justice, Office central USA, contre Ministère public de la Confédération du 14 novembre 2018 (RR.2018.291)

Entraide internationale en matière pénale aux Etats-Unis; procédure de mise sous scellés; répartition des compétences entre l'Office central et l'autorité d'exécution

Art. 31 al. 2 TEJUS, art. 7 al. 2, 12 al. 1 LTEJUS

L'autorité exécutant la demande dispose de toutes les compétences et de tous les pouvoirs qu'elle détient dans une procédure ordinaire. Elle est chargée de la phase d'exécution de la demande, qui est considérée comme exécutée, dans le cas d'une commission rogatoire provenant des Etats-Unis, lorsque tous les documents estimés pertinents sont transmis à l'Office central USA. En l'espèce, la compétence pour mener la procédure de scellés appartient dès lors au MPC (consid. 2.3).

Internationale Rechtshilfe in Strafsachen an die USA; Verfahren der Siegelung; Abgrenzung der Zuständigkeiten der Zentralstelle und der ausführenden Behörde

Art. 31 Abs. 2 RVUS, Art. 7 Abs. 2, 12 Abs. 1 BG-RVUS

Die das Rechtshilfeersuchen ausführende Behörde verfügt über alle Befugnisse und die Zwangsgewalt, die ihr auch in einem ordentlichen Verfahren zustehen. Sie ist mit der Ausführung der Rechtshilfehandlungen betraut. Diese sind im