



Décision du 5 novembre 2020

Cour des plaintes

Composition

Les juges pénaux fédéraux
Roy Garré, président,
Giorgio Bomio-Giovanascini et
Patrick Robert-Nicoud,
la greffière Victoria Roth

Parties

A., représentée par Me Pierre-Damien Eggly,
avocat,

plaignante

contre

- 1. B.**, AFC,
- 2. C.**, AFC,
- 3. D.**, AFC,
- 4. E.**, AFC,

parties adverses

Objet

Récusation (art. 29 al. 1 et 2 DPA)

Faits:

- A.** Le 13 mars 2017, le Chef du Département fédéral des finances a autorisé l'Administration fédérale des contributions (ci-après: AFC) à mener une enquête fiscale spéciale au sens des art. 190 ss de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD; RS 642.11) contre F. ainsi que contre les sociétés G. Ltd et H. Ltd en raison de soupçons fondés de graves infractions fiscales (act. 1.2, annexe 1).
- B.** B., Chef de la Division I. de l'AFC, a étendu l'enquête à A. le 20 octobre 2017 car, dans le cadre de l'enquête précitée, il est apparu que des commissions à hauteur de plusieurs dizaines de millions de CHF ont été versées par G. Ltd et H. Ltd sur des sociétés dont A. est l'ayant-droit économique. Il est soupçonné que A. – domiciliée en Suisse au moment des faits – ait bénéficié directement ou indirectement des revenus en question, revenus n'ayant pas été déclarés et qui constitueraient une soustraction fiscale. La procédure a ainsi été étendue à A. en tant qu'inculpée (act. 1.7).
- C.** Par courrier du 16 juin 2020 adressé au défenseur de A., l'enquêteur de la division I., D. lui a transmis une « procédure écrite », soit un interrogatoire écrit afin que A. puisse exercer son droit d'être entendue dans le cadre de la procédure, celle-ci ne pouvant se déplacer en Suisse pour une audition en raison de la crise sanitaire due au Covid-19 et de ses problèmes de santé. Un délai au 30 juin 2020, non prolongeable, lui a été imparti pour ce faire (annexe 5 aux act. 1.2 et 1.3).
- D.** Le 30 juin 2020, le défenseur de A. a indiqué à l'AFC qu'en raison des problèmes de santé de sa mandante, elle ne pouvait répondre aussi rapidement aux questions, et a partant sollicité une prolongation de délai au 31 juillet 2020. Il a en outre requis que l'AFC lui indique le fondement de la procédure dirigée contre A., soit l'autorisation du Chef du Département fédéral des finances. Si celle-ci devait être inexistante, il requiert la mise sous scellés de l'ensemble du dossier fiscal constitué par l'AFC et annonce le refus de sa mandante de répondre aux questions annexées au courrier du 16 juin 2020 (annexe 6 aux act. 1.2 et 1.3).
- E.** Par courrier du 9 juillet 2020, B. a indiqué que l'audition par voie écrite transmise le 16 juin 2020 formule un soupçon faux, qu'il s'agit d'une erreur de l'enquêteur de sorte que la pièce est immédiatement retranchée du

dossier ainsi que la lettre d'accompagnement. Il a précisé que l'étendue de l'enquête contre A. ne portait pas sur des soustractions qu'elle aurait elle-même commises mais qu'il s'agissait de déterminer son rôle dans celles commises par F., H. Ltd et G. Ltd. Les actes d'enquêtes qui seront exécutés dans le cadre de l'enquête instruite à son encontre seront fondés seulement sur le soupçon de participation selon l'art. 177 LIFD (annexe 7 aux act. 1.2 et 1.3).

- F.** En réponse à ce courrier, A., sous la plume de son conseil, a invité l'AFC à constater la nullité absolue des mesures spéciales dirigées contre A. et à restituer l'intégralité des pièces la concernant. En cas de refus, elle exige la mise sous scellés immédiate de l'ensemble du dossier fiscal (annexe 8 aux act. 1.2 et 1.3).
- G.** Le 24 juillet 2020, A. a déposé une plainte au sens de l'art. 26 DPA auprès de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral (ci-après: la Cour de céans) à l'encontre de la décision de l'AFC du 20 juillet 2020 maintenant sous séquestre les actes au dossier. Elle a requis, à titre suspensif, qu'il soit interdit à l'AFC, à titre provisionnel et jusqu'à droit connu sur la plainte, d'entreprendre des mesures de contrainte et autres actes d'enquête (annexe 12 aux act. 1.2 et 1.3 et cause BV.2020.29).
- H.** Le 28 juillet 2020, l'enquêteur D. a adressé à A. un courrier aux fins de fixer une audition dans le courant du mois d'août et a précisé que l'audition porterait sur sa participation aux contraventions fiscales reprochées à F., G. Ltd et H. Ltd (annexe 13 aux act. 1.2 et 1.3).
- I.** Le 3 août 2020, A. a adressé deux demandes de récusation, l'une à J., Chef de la division K, dirigée contre B. (act. 1.2), et l'autre à B., dirigée contre les enquêteurs C. et D. et la juriste E. (act. 1.3).
- J.** Par décision du 31 août 2020, l'AFC, division K., sous la plume de J., a intégralement rejeté, dans la mesure de leur recevabilité, les demandes de récusation du 3 août 2020 portées à l'encontre de B., C., D. et E. ainsi que de tout autre membre du personnel de la division I. dans la procédure GKASU-3012 (act. 1.4).

- K.** Par mémoire du 7 septembre 2020, A. dépose une plainte au sens de l'art. 29 al. 2 DPA auprès de la Cour de céans à l'encontre de la décision précitée. Elle conclut, à titre préalable, d'ordonner à l'AFC l'apport à la présente procédure du dossier relatif à la procédure GKASU-3012 et, à titre principal et en substance, à l'annulation de la décision du 31 août 2020, au prononcé de la récusation de B., C., D. et E., à l'annulation des actes la concernant et qui ont été réalisés par ces personnes, ainsi qu'à la restitution de ces pièces (act. 1, p. 20).
- L.** Invités à ce faire, les parties visées par les demandes de récusation ont déposé leurs observations. E. a, le 15 octobre 2020, contesté fermement toutes les accusations portées à son encontre (act. 7) tout comme C. le 19 octobre 2020 (act. 8) et D. le 20 octobre 2020 (act. 9). B. a quant à lui répondu le 21 octobre 2020 et a également contesté les allégations de la plaignante formées à son encontre (act. 10). Les observations des précités ont été transmises à la plaignante le 22 octobre 2020 (act. 11).
- M.** Par décision du 28 octobre 2020, la Cour de céans a rejeté la plainte déposée le 24 juillet 2020 par la plaignante relative à la validité des mesures d'enquêtes entreprises par l'AFC à son encontre (décision du Tribunal pénal fédéral BV.2020.29 du 28 octobre 2020).

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.**
- 1.1** Dans le cadre d'une enquête de droit pénal administratif de l'AFC, la question de la récusation est réglée selon deux renvois différents contenus dans la LIFD, à savoir: un renvoi général au droit pénal administratif prévu à l'art. 191 al. 1 LIFD, d'une part, et un renvoi spécifique prévu à l'art. 195 al. 2 LIFD, d'autre part. Les conditions matérielles de récusation dans le cadre d'enquête de l'AFC sont réglées par l'art. 109 al. 1 LIFD, par renvoi de l'art. 195 al. 2 LIFD, tandis que la procédure qu'il y a lieu d'appliquer en cas de litige en matière de récusation est, quant à elle, réglée par l'art. 29 al. 2 et 3 de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA; RS 313.0), par renvoi de l'art. 191 al. 1 LIFD.

- 1.2** Ainsi, en matière de récusation sous l'angle du DPA, la plainte à la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral est ouverte contre la décision rendue par le supérieur hiérarchique du fonctionnaire qui conteste la demande de récusation (art. 29 al. 2 DPA en lien avec les art. 25 al. 1 et 27 DPA et l'art. 37 al. 2 let. b de la loi fédérale du 19 mars 2010 sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération [LOAP; RS 173.71]). En l'occurrence, la demande de récusation est formée contre l'enquêteur chargé de la procédure à l'encontre de la recourante, soit D., contre le chef d'équipe au sein de la division I., C., contre E., juriste au sein de la division I. et contre le Chef de la division I., B. J., Chef de la division K., a rendu la décision litigieuse. Dès lors que la division I. dépend de la division K., J. est bien le supérieur hiérarchique des fonctionnaires de la division I., de sorte que la plainte a été correctement déposée contre la décision de J.
- 1.3** A qualité pour déposer plainte quiconque est atteint par l'acte d'enquête qu'il attaque, l'omission qu'il dénonce ou la décision sur plainte et a un intérêt digne de protection à ce qu'il y ait une annulation ou modification (art. 28 al. 1 DPA). En l'espèce, la plainte porte sur la décision de J. rejetant les demandes de récusation formées par A. à l'encontre de B., C., D. et E. La plaignante, atteinte par cette décision, est dès lors légitimée à se plaindre de la décision rejetant les récusations (v. décisions du Tribunal pénal fédéral BV.2019.20 du 25 juillet 2019 consid. 1.3; BV.2018.4 du 25 juillet 2018 consid. 1.3; BV.2009.25-28 du 20 mai 2009 consid. 1.2).
- 1.4** Pour le surplus, la saisine de la Cour des plaintes intervient dans le respect des modalités et des délais prévus. La plainte est ainsi recevable.
- 2.** La plaignante invoque dans un premier temps l'incompétence de l'autorité précédente à statuer (art. 29 al. 2 DPA). Elle soutient que la décision entreprise n'a pas été rendue par le Chef de la division K. de l'AFC – comme cela aurait dû être le cas –, mais par l'AFC elle-même, alors qu'elle n'a aucune compétence pour statuer dans la présente affaire. Le fait que le Chef de la division K. ait signé la décision dont il est question ne saurait contrebalancer les multiples désignations de l'AFC comme autorité ayant statué. La décision querellée serait ainsi frappée de nullité absolue dès lors que rendue par une autorité dénuée de compétence *ratione materiae* (act. 1, p. 5-10).
- 2.1** Selon l'art. 29 al. 2 DPA, lorsque la récusation est contestée, la décision est prise, sous réserve de la plainte à la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral (art. 27 al. 3), par le supérieur du fonctionnaire en cause ou de celui qui a fait appel à l'expert, traducteur ou interprète.

- 2.2** La décision entreprise a été rendue par J., Chef de la division K., comme l'attestent tant sa signature au pied de dite décision que l'entête de celle-ci (act. 1.4). Il va de soi que cette décision a bien été rendue par J. en tant que supérieur hiérarchique des personnes dont la récusation est demandée. L'on ne saurait exiger, comme semble le souhaiter la plaignante, que l'AFC n'apparaisse ni dans le dispositif de la décision ni dans l'exposé des motifs. Le raisonnement singulier de la plaignante ne saurait pour le surplus être suivi, de sorte que ce grief doit être rejeté.
- 3.** Dans un deuxième grief d'ordre formel, la plaignante allègue que son droit d'être entendue a été violé (art. 29 al. 2 Cst. et 37 al. 2 DPA). Elle estime que l'autorité précédente a rejeté, par une administration anticipée des preuves, ses conclusions préalables tendant à faire auditionner de façon contradictoire les personnes visées par les demandes de récusation. Ainsi, l'AFC aurait elle-même délimité les participants aux faits dénoncés en auditionnant le personnel de la division I., hors de la présence de la plaignante (act. 1, p. 10-12).
- 3.1** L'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.; RS 101) consacre le droit d'être entendu, lequel découle également du droit à un procès équitable (art. 6 par. 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en vigueur pour la Suisse depuis le 28 novembre 1974 [CEDH; RS 0.101]). Le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour la partie intéressée de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision touchant sa situation juridique ne soit prise (ATF 137 II 266 consid. 3.2 p. 270). Ce droit porte avant tout sur les questions de fait. Les parties doivent éventuellement aussi être entendues sur les questions de droit lorsque l'autorité concernée entend se fonder sur des normes légales dont la prise en compte ne pouvait pas être raisonnablement prévue par les parties (ATF 129 II 492 consid. 2.2 et les références citées).
- 3.2** Selon l'art. 37 al. 2 DPA, l'inculpé peut proposer en tout temps qu'il soit procédé à des actes d'enquête déterminés. Il peut également requérir un complément d'enquête après notification du procès-verbal final (art. 61 al. 2 DPA). Le DPA ne règle expressément ni la manière dont l'autorité d'enquête doit traiter les requêtes au sens des art. 37 al. 2 et 61 al. 2 DPA ni la question de l'appréciation anticipée des preuves. De jurisprudence constante, les dispositions du CPP trouvent application par analogie lorsque le DPA ne règle pas (différemment) certaines questions (ATF 139 IV 246 consid. 1; arrêt du Tribunal fédéral 1B_437/2018 du 6 février 2019 consid. 2.2). Depuis l'entrée en vigueur du CPP, le droit de proposer des moyens de preuve ne

découle donc plus directement de l'art. 29 al. 2 Cst. mais se fonde sur les art. 139 al. 2 et 318 al. 2 CPP (GLESS, Basler Kommentar, 2^e éd. 2014, n° 11 *ad* art. 139 CPP, note de bas de page n° 20). Il en découle qu'en principe, l'institution de l'appréciation anticipée des preuves vaut également en matière de droit pénal administratif (*cf.* EICKER/FRANK/ACHERMANN, *Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsstrafverfahrensrecht*, 2012, p. 176). Pour peu qu'elle soit concrétisée de manière licite, dite institution ne viole pas le principe général du procès équitable tel que prévu par l'art. 6 ch. 1 CEDH, ni les dispositions particulières de l'art. 6 ch. 3 CEDH.

- 3.3** Il sied de relever qu'en procédure de récusation, et comme le prévoit expressément le CPP, le litige est tranché sans administration supplémentaire de preuves (v. art. 59 al. 1 CPP). Il doit ainsi être statué au plus vite et, si une administration des preuves n'est en soi pas exclue, elle doit demeurer l'exception (v. décision du Tribunal pénal fédéral BB.2020.61 du 8 juillet 2020 consid. 1.4). En l'espèce, le fait de simplement indiquer les personnes ayant participé à diverses étapes de la procédure ou collaboré à différentes phases de celle-ci ne constitue certainement pas une mesure probatoire. De tels informations font partie des actes ou documents internes qui ne constituent pas des éléments du dossier de la procédure auxquels les parties ont accès (v. décision du Tribunal pénal fédéral BB.2019.202 du 7 février 2020 consid. 2). Le grief relatif à la violation du droit d'être entendue de la plaignante doit partant être écarté.
- 4.** La plaignante soutient enfin que les règles sur la récusation ont été violées et que les faits ont été constatés de façon arbitraire (act. 1, p. 12-19).
- 4.1** La garantie d'un tribunal indépendant et impartial instituée par les art. 6 par. 1 CEDH et 30 al. 1 Cst. permet d'exiger la récusation d'un juge dont la situation ou le comportement est de nature à faire naître un doute sur son impartialité (ATF 126 I 68 consid. 3a). La jurisprudence reconnaît des garanties similaires pour les cas où une décision est prise, non par un tribunal, mais par une autorité administrative (ATF 120 IV 226 consid. 4b). A cet égard, l'art. 29 al. 1 DPA dispose que « Les fonctionnaires qui sont appelés à procéder à une enquête, à prendre une décision ou à la préparer, [...] sont tenus de se récuser: s'ils ont un intérêt personnel à l'affaire (let. a); s'il existe des circonstances de nature à leur donner l'apparence de prévention dans l'affaire (let. c) ». Dans la mesure où en droit pénal administratif l'administration concernée est compétente tant pour l'instruction que pour le jugement (art. 20 al. 1 et 21 al. 1 DPA), elle revêt à rigueur de loi également des fonctions judiciaires (TPF 2009 84 consid. 2.3). Il est ainsi possible de faire appel à l'art. 56 du CPP pour interpréter l'art. 29 DPA précité

(EICKER/FRANK/ACHERMANN, *op. cit.*, p. 158). L'art. 56 let. f CPP impose la récusation de toute personne exerçant une fonction au sein d'une autorité pénale lorsque d'autres motifs, notamment un rapport d'amitié étroit ou d'inimitié avec une partie ou son conseil juridique, sont de nature à la rendre suspecte de prévention. Cette dernière disposition a la portée d'une clause générale recouvrant tous les motifs de récusation non expressément prévus à ses lettres précédentes (ATF 138 IV 142 consid. 2.1). Elle permet d'exiger la récusation d'un magistrat dont la situation ou le comportement est de nature à faire naître un doute sur son impartialité (ATF 126 I 68 consid. 3a). Elle tend notamment à éviter que des circonstances extérieures à la cause ne puissent influencer le jugement en faveur ou au détriment d'une partie. Elle n'impose pas la récusation seulement lorsqu'une prévention effective du juge est établie, car une disposition interne de sa part ne peut guère être prouvée; il suffit que les circonstances donnent l'apparence de la prévention et fassent redouter une activité partielle du magistrat. Seules les circonstances constatées objectivement doivent être prises en considération; les impressions purement individuelles d'une des parties au procès ne sont pas décisives (ATF 136 III 605 consid. 3.2.1; 134 I 20 consid. 4.2; 131 I 24 consid. 1.1; 127 I 196 consid. 2b). Dans l'intérêt d'une administration efficace de la justice, il ne faut pas admettre à la légère une demande de récusation (arrêt du Tribunal fédéral 1B_22/2007 du 29 mai 2007 consid. 3.3).

- 4.2** La teneur de l'art. 109 al. 1 LIFD est semblable à celle de l'art. 29 al. 1 DPA et dispose que toute personne appelée à prendre une décision ou à participer de manière déterminante à l'élaboration d'une décision ou d'un prononcé, en application de la présente loi, est tenue de se récuser, si elle a un intérêt personnel dans l'affaire (let. a) ou si, pour d'autres raisons, elle peut avoir une opinion préconçue dans l'affaire (let. d). La récusation peut être demandée par toute personne participant à la procédure (art. 109 al. 2 LIFD). Le cas du devoir de récusation de celui qui, pour d'autres raisons, pourrait avoir une opinion préconçue dans l'affaire est conçu comme une clause générale. Il y a prévention lorsque certaines circonstances sont de nature à faire naître le doute sur l'impartialité de l'autorité ou du juge. Ces circonstances peuvent consister en un comportement subjectif déterminé de celui-ci ou en certains faits objectifs de fonctionnement ou d'organisation (PEDROLI, Commentaire romand, 2017, n° 27 *ad* art. 109 LIFD).
- 4.3** La plaignante soutient qu'elle a démontré que les personnes mises en cause avaient manifestement menti de manière répétée en 2020 en prétendant que, depuis 2017, l'enquête spéciale menée à son encontre avait toujours visé à poursuivre sa participation aux infractions fiscales commises par des tiers, soit F., G. Ltd et E. Ltd. Ces mensonges viseraient à couvrir une erreur

de procédure commise par l'AFC, soit le fait de mener des mesures spéciales d'enquête à son encontre sans autorisation préalable du Chef du DFF. Pour éviter l'annulation des mesures illicites entreprises par l'AFC, celle-ci aurait entrepris de construire un édifice de contre-vérités tendant à fonder artificiellement la procédure dirigée à son encontre sur celle dirigée contre F. et consorts. La plaignante soutient ainsi que, dans cette procédure de récusation, l'élément de fait central est celui de savoir si, depuis 2017, la division I. la poursuit en raison de sa participation aux infractions fiscales reprochées à F. et consorts ou au contraire en raison de ses propres infractions. Dans le premier cas, la présente procédure serait juste et la demande de récusation infondée (act. 1, p. 12 ss, n° 35 en particulier).

- 4.4** Dans la décision BV.2020.29 du 28 octobre 2020, statuant sur la plainte de A. concernant la licéité des mesures spéciales d'enquête menées par l'AFC, la Cour de céans a considéré que les mesures d'enquête diligentées par l'AFC dans le cadre de cette enquête – étendue à la plaignante en octobre 2017 – reposaient bien sur l'autorisation du Chef du DFF, contrairement aux affirmations de la plaignante. Elle a ainsi conclu que la division I. la poursuivait effectivement en raison de sa participation aux infractions fiscales reprochées à F. et consorts, et non en raison de ses propres infractions (décision BV.2020.29 consid. 2.3.3). Au vu des constatations qui précèdent, la demande de récusation se révèle infondée, de sorte que la plainte y relative doit être rejetée.
- 5.** Sur la base de l'art. 73 LOAP, applicable par renvoi de l'art. 25 al. 4 DPA et de l'art. 8 al. 1 du règlement du 31 août 2010 du Tribunal pénal fédéral sur les frais, émoluments, dépens et indemnités de la procédure pénale fédérale (RFPPF; RS 173.713.162), un émolument de CHF 2'000.--, réputé couvert par l'avance de frais déjà versée, sera mis à la charge de la plaignante.

Par ces motifs, la Cour des plaintes prononce:

1. La plainte est rejetée.
2. Un émolument de CHF 2'000.--, entièrement couvert par l'avance de frais acquittée, est mis à la charge de la plaignante.

Bellinzona, le 5 novembre 2020

Au nom de la Cour des plaintes
du Tribunal pénal fédéral

Le président:

La greffière:

Distribution

- Me Pierre-Damien Eggly, avocat
- B., AFC
- C., AFC
- D., AFC
- E., AFC

Indication des voies de recours

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