

NEWSLETTER

du 5 au 16 août 2024 | n° 86



I. PROCÉDURE PÉNALE

[TF 7B_203/2023](#)

Violation du droit d'être entendu dans une procédure de scellés pour absence de déterminations possibles par le prévenu sur la requête de levée formée par le Ministère public [p. 2]

[TF 7B_86/2023](#)

Portée du déni de justice formel au sens strict [p. 3]

[TF 7B_541/2024](#)

Assistance judiciaire gratuite accordée [p. 3]

II. DROIT PÉNAL ÉCONOMIQUE

[TF 7B_139/2023](#)

Absence de violation du principe *in dubio pro duriore* lors de la confirmation d'une ordonnance de classement pour faux dans les titres [p. 5]

III. DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

[TF 5A_861/2023](#)

Reconnaissance d'un concordat australien et licéité d'un *Deed of Company Arrangement* [p. 7]

IV. DROIT DE LA POURSUITE ET DE LA FAILLITE

-

V. ENTRAIDE INTERNATIONALE

-

Quelques propos introductifs

La présente Newsletter de Monfrini Bitton Klein vise à offrir, de manière hebdomadaire, un tour d'horizon de la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral dans les principaux domaines d'activité de l'Etude, soit le droit pénal économique et le recouvrement d'actifs (*asset recovery*).

Sans prétendre à l'exhaustivité, seront reproduits ci-après les considérants consacrant le raisonnement juridique principal développé par notre Haute juridiction sur les thématiques suivantes : droit de procédure pénale, droit pénal économique, droit international privé, droit de la poursuite et de la faillite, ainsi que le droit de l'entraide internationale.

I. PROCÉDURE PÉNALE

TF 7B_203/2023 du 26 juillet 2024 | **Violation du droit d'être entendu dans une procédure de scellés pour absence de déterminations possibles par le prévenu sur la requête de levée formée par le Ministère public (art. 6 par. 1 CEDH, art. 29 al. 2 Cst., art. 3 al. 2 let. c CPP)**

- Le Ministère public zurichois a mené une enquête pénale contre le Recourant pour lésions corporelles graves. Le 21 octobre 2022, après une perquisition à son domicile, deux ordinateurs ainsi qu'un iPhone ont été saisis. Les données enregistrées sur le téléphone portable du Recourant ont été sauvegardées à titre préventif sur deux disques durs.
- Le 2 décembre 2022, le Recourant a requis la mise sous scellés des appareils électroniques et des supports de données. Par décision du 5 janvier 2023, le *Zwangsmassnahmengericht* a constaté que la requête de mise sous scellés du Recourant était tardive si bien qu'il n'était donc pas nécessaire d'entrer en matière sur la requête de levée des scellés formée par le Ministère public zurichois le 20 décembre 2022. Cette décision a été confirmée sur recours. Le 8 février 2023, le Recourant a recouru auprès du Tribunal fédéral.
- Devant notre Haute Cour, le Recourant a invoqué la violation de son droit d'être entendu (art. 6 par. 1 CEDH, art. 29 al. 2 Cst., art. 3 al. 2 let. c CPP). Il a fait valoir que la requête de levée des scellés ne lui avait pas été formellement notifiée et qu'il n'avait donc pas pu se déterminer sur celle-ci avant le prononcé de la décision du 5 janvier 2023 (consid. 2.1 et 2.2.1).
- Le Tribunal fédéral a commencé par rappeler que le droit d'être entendu est un droit de nature formelle. Sa violation entraîne l'annulation de la décision attaquée indépendamment des chances de succès du recours au fond, sous réserve d'une violation qui ne serait pas particulièrement grave et qui pourrait être réparée devant une instance ultérieure qui pourrait tout aussi bien revoir les faits que le droit (consid. 2.2.2).
- *In casu*, le Tribunal fédéral a constaté qu'aucune des parties ne contestait les faits. Il était donc établi que l'instance précédente n'avait pas donné l'occasion au Recourant de prendre position quant à la suite de la procédure envisagée (consid. 2.3).
- De ce fait, le grief de violation du droit d'être entendu était fondé et une réparation était d'emblée exclue (consid. 2.3).
- Partant, le recours a été admis.

TF 7B_86/2023 du 20 juin 2024 | **Portée du déni de justice formel au sens strict (art. 396 al. 2 CPP)**

- Le 8 décembre 2022, le Ministère public du canton de Schaffhouse (« **Ministère public** ») a rendu deux ordonnances de non-entrée en matière à l'encontre du Recourant. Seule une copie de ces ordonnances est parvenue au Recourant, qui a alors demandé au Ministère public de lui notifier les décisions pourvues de la signature originale du Procureur de sorte à pouvoir recourir contre celles-ci. Le Ministère public lui a répondu le 9 décembre 2022 qu'une copie suffisait à exercer son droit de recours. Le Recourant a interjeté un recours auprès du Tribunal fédéral pour déni de justice.
- Selon l'art. 396 CPP, le recours contre les décisions notifiées par écrit ou oralement doit être déposé par écrit et motivé auprès de l'autorité de recours dans les 10 jours (al. 1). Les recours pour déni de justice ne sont soumis à aucun délai (al. 2).
- En reprenant l'avis de la doctrine, notre Haute Cour a rappelé que le déni de justice formel, au sens strict, est le refus d'une autorité pénale d'accomplir un acte de procédure relevant de la puissance publique qui lui incombe en vertu de la loi. En d'autres termes, il s'agit d'une inaction alors qu'il existe une obligation d'agir expressément par écrit ou oralement, ce refus n'ayant pas été expressément communiqué (consid. 2.3.2).
- Il en va autrement lorsque l'autorité agit, mais pas de la manière ou dans la mesure demandée par le justiciable. Dans ce cas, il existe un acte de procédure relevant de la puissance publique et donc un objet de contestation contre lequel un recours peut être déposé dans les 10 jours (consid. 2.3.3).
- *In casu*, le Tribunal fédéral a souligné que le Ministère public avait répondu par la négative à la demande du Recourant. Dès lors, il ne s'agissait pas d'un cas de déni de justice (inaction), mais d'une contestation de l'attitude du Ministère public. De ce fait, le Recourant aurait dû contester cette communication du 9 décembre 2022 dans un délai de 10 jours, ce qu'il n'avait pas fait (consid. 2.4).
- Partant, le recours a été rejeté.

TF 7B_541/2024 du 22 juillet 2024 | **Cas d'assistance judiciaire gratuite accordée (art. 29 al. 3 Cst., art. 136 CPP)**

- Le 24 novembre 2022, le Tribunal régional du Jura bernois-*Seeland* (« **Tribunal de première instance** ») a rendu un jugement qui acquittait C., D. et E. des préventions de traite d'êtres humains et autres infractions contre l'intégrité sexuelle préten- dument commises au préjudice de B. (« **Recourante 1** ») et A. (« **Recourante 2** »). En outre, le jugement renvoyait les Recourantes, demande- resses au civil et au pénal, à agir par la voie civile.
- Le 6 février 2024, les Recourantes ont déposé une déclaration d'appel contre le jugement précité contenant également une requête d'assistance judi- ciaire gratuite.
- Par ordonnance du 2 avril 2024, le Juge d'appel de la 2^e Chambre pénale de la Cour suprême bernoise a rejeté la requête (« **Juge d'appel** »).
- Par acte du 7 mai 2024, les Recourantes ont inter- jeté un recours en matière pénale au Tribunal fédé- ral en concluant principalement à sa réforme en ce sens que l'assistance judiciaire leur soit accordée pour la procédure d'appel.

- Au sens de l'art. 136 CPP, il y a trois conditions qui concrétisent l'octroi de l'assistance judiciaire pour la partie plaignante et la victime dans un procès pénal : (i) l'indigence, (ii) les chances de succès et (iii) le besoin d'être assisté.
- Notre Haute Cour a rappelé qu'au regard de l'art. 136 CPP, le législateur a sciemment limité l'octroi de l'assistance judiciaire aux cas où la partie plaignante peut faire valoir des prétentions civiles (consid. 2.2.3).
- De surcroît, l'assistance judiciaire gratuite doit être accordée à la partie plaignante lorsque les chances de succès d'une action civile en cas de condamnation pénale paraissent évidentes, car elles ressortent du dossier ou s'imposent en raison de la nature de l'infraction examinée (consid. 2.2.4).
- Selon la jurisprudence, un procès est dépourvu de succès lorsque les perspectives de le gagner sont notablement plus faibles que les risques de le perdre. En revanche, ceci n'est pas le cas lorsque les chances de succès et les risques d'échec sont à peu près équivalents ou que les premières ne sont que légèrement inférieures aux secondes. En cas de doute, l'assistance judiciaire doit être accordée, le cas échéant, en la limitant à la première instance (consid. 2.2.5).
- *In casu*, le Tribunal fédéral a considéré que l'appréciation du Juge d'appel ne pouvait être suivie, car elle retenait, notamment, que les Recourantes n'avaient pas suffisamment motivé dans quelle mesure leur démarche avait de bonnes chances de succès (consid. 2.3.2).
- En particulier, les Recourantes avaient déclaré faire appel du jugement rendu le 24 novembre 2022, le contestant dans son intégralité, à l'exception de certains points. Elles avaient requis l'assistance judiciaire, relevant qu'elles y avaient eu droit dans le cadre de l'instruction préliminaire et de la procédure de première instance, que l'affaire était juridiquement complexe et d'une grande gravité (consid. 2.3.2).
- S'agissant des prévenus C., D., et E., elles avaient demandé qu'ils soient reconnus coupables des infractions contenues dans l'acte d'accusation du 8 avril 2022, tout en chiffrant précisément les prétentions civiles qu'elles avaient fait valoir contre chacun d'eux (consid. 2.3.2).
- S'il est vrai que les Recourantes n'avaient pas discuté en détail l'appréciation des preuves effectuées par le tribunal de première instance, elles avaient toutefois requis, à titre de moyens de preuve en procédure d'appel, leur audition ainsi que celle des prévenus, contestant de la sorte l'appréciation des déclarations des parties à laquelle le tribunal de première instance avait procédé (consid. 2.3.2).
- En outre, notre Haute Cour a retenu que c'était à tort que le Juge d'appel avait considéré l'appel des Recourantes dépourvu de chances de succès. En effet, le tribunal de première instance avait éprouvé des doutes sur la culpabilité des prévenus. Ainsi, notre Haute Cour a conclu que dans ces circonstances, et dès lors que les parties plaignantes contestaient l'appréciation des déclarations effectuées par le tribunal de première instance, la procédure n'était pas d'emblée vouée à l'échec (consid. 2.3.3).
- En conclusion, les Recourantes avaient droit à l'assistance judiciaire gratuite pour la procédure d'appel (consid. 2.4).
- Partant, le recours a été admis.

II. DROIT PÉNAL ÉCONOMIQUE

TF 7B_139/2023 du 25 juin 2024 | **Absence de violation du principe *in dubio pro duriore* lors de la confirmation d'une ordonnance de classement pour faux dans les titres (art. 251 CP, art. 319 al. 1 CPP)**

- Le 8 décembre 2020, A. AS (« **Recourante** ») a déposé plainte pénale contre Me B. et D. (« **Intimés** ») pour blanchiment d'argent, faux dans les titres et abus de pouvoir de représentation. Selon cette plainte, les Intimés auraient constitué et utilisé de faux documents, en particulier un « *Funding Arrangement* » et une facture datée du 20 octobre 2017, portant l'en-tête de l'étude E., où Me B. a occupé le rôle d'associé jusqu'en 2018, à l'intention de la fondation F. (« **Fondation** ») pour se faire remettre indûment USD 9,75 millions, dans le but de s'enrichir au détriment de la Recourante.
- Après avoir ouvert une instruction contre les Intimés, le Ministère public genevois a décidé de classer la procédure par ordonnance du 12 octobre 2022.
- Par arrêt du 2 février 2023, la Chambre pénale de recours de la Cour de justice genevoise (« **Chambre pénale de recours** ») a confirmé le classement de l'ordonnance précitée sur la base de ce qui suit :
- Au décès du fondateur de la Recourante, D. a occupé le rôle d'administrateur de la société avec signature collective à deux. Il a ensuite disposé d'une signature individuelle jusqu'au 8 mars 2019, avant d'être démis de ses fonctions avec effet immédiat par l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires.
- H. SA est une société dont D. et son épouse étaient les ayants-droits économiques en mains communes et dont Me B. était l'administrateur. En avril 2008, la société a ouvert un compte bancaire dont Me B. disposait seul d'un droit de signature.
- Le 11 juillet 2008, une procédure d'arbitrage pour défaut de paiements a été intentée par la Recourante contre J.-K. (« **Consortium** ») par devant la Chambre de commerce internationale. Le 15 septembre 2011, dans le cadre de la sentence, le Consortium a été condamné à verser USD 65 millions à la Recourante. Cette dernière a, dans un premier temps, obtenu USD 50 millions sur la base d'un accord transactionnel du 16 octobre 2015 (« **Settlement and Release Agreement** »). En revanche, la dernière tranche de USD 15 millions devait être versée sur le compte client de la Fondation.
- Dans une lettre adressée au Bâtonnier le 11 septembre 2020, Me B. a précisé les « éléments factuels » nécessaires à la compréhension de la *ratio-nae* derrière la réception des fonds litigieux. Au printemps 2017, D. avait décidé de formaliser un accord de financement intervenu oralement en 2008 en participant au financement de la procédure arbitrale pour le compte de la Recourante, qui était dans une situation financière difficile. À cette lettre a été joint un contrat de prêt (« **Loan agreement** ») conclu le 7 avril 2017 entre la Recourante, sous la signature de D., et H.SA. Le contrat stipulait que cette dernière octroyait à la première, une ligne de crédit pour le financement des frais liés à la procédure arbitrale dès janvier 2009. Le remboursement se chiffrait à 15% des frais recouvrés, soit à USD 9,75 millions.

- Par ailleurs, le 10 avril 2017, la Recourante, par l'intermédiaire de D., avait conclu un *Escrow Agreement* (contresigné par la Fondation) qui était mentionné dans le *Funding Agreement* (précédemment signé) et qui prévoyait l'encaissement et la répartition de la tranche finale de USD 15 millions due par le *Consortium*.
- Le 6 octobre 2017, la Recourante, par la signature de D., et le *Consortium* avaient signé un second accord remplaçant partiellement le premier, qui prévoyait le versement de USD 14,35 millions sur le compte de la Fondation, afin de considérer la créance de la sentence arbitrale comme intégralement acquittée. Ladite somme a été créditée le 11 octobre 2017, et sur ce montant, USD 9,75 millions ont été transférés du compte de la Fondation sur le compte client de Me B. avec la mention « *Funding of ICC case number yyy* ».
- Par acte du 6 mars 2023, la Recourante a interjeté un recours auprès du Tribunal fédéral afin que l'arrêt de la Chambre pénale de recours soit annulé et la cause renvoyée au ministère public pour qu'il puisse poursuivre l'instruction.
- La Recourante a reproché à la Chambre pénale de recours d'avoir établi les faits de manière arbitraire et d'avoir violé le principe *in dubio pro duriore* ainsi que les art. 146, 158, 251 et 305^{bis} CP en classant la procédure (consid. 3.6.1).
- Aux termes de l'art. 319 al. 1 CPP, le ministère public ordonne le classement de tout ou partie de la procédure lorsqu'aucun soupçon justifiant une mise en accusation n'est établi (let. a), lorsque les éléments constitutifs d'une infraction ne sont pas réunis (let. b), lorsque des faits justificatifs empêchent de retenir une infraction contre le prévenu (let. c), lorsqu'il est établi que certaines conditions à l'ouverture de l'action pénale ne peuvent pas être remplies ou que des empêchements de procéder sont apparus (let. d) ou lorsqu'on peut renoncer à toute poursuite ou à toute sanction en vertu des dispositions légales (let. e).
- Notre Haute Cour a commencé par rappeler que la décision de classer la procédure doit être prise en application du principe *in dubio pro duriore* qui signifie qu'en règle générale, un classement ne peut être prononcé par le ministère public que lorsqu'il apparaît clairement que les faits ne sont pas punissables ou que les conditions à la poursuite pénale ne sont pas remplies (consid. 3.2).
- Le Tribunal fédéral a par ailleurs rappelé qu'il intervient que sur la base des faits établis par l'autorité précédente à moins que le droit ait été établi de façon manifestement inexacte (art. 97 LTF).
- La Recourante a soutenu que la facture de USD 9,75 millions, établie le 20 octobre 2017 sur le papier à en-tête de l'étude d'avocats E., à l'attention de la Fondation aurait été un faux, à l'instar de l'*Escrow Agreement* et du *Loan Agreement* (consid. 3.6.1).
- Toutefois, la Chambre pénale de recours a retenu qu'il n'y avait pas lieu de douter de l'authenticité, ni de la véracité des documents versés à la procédure. Les remarques de la Recourante étaient uniquement de nature formelle, elles ne suffisaient pas à établir qu'il s'agissait de faux matériels. De surcroît, Me B. s'était prévalu de ce même contrat pour s'expliquer devant le Bâtonnier et avait ainsi confirmé la teneur et la véracité du document. *In fine*, la facture qui avait été émise par Me B. faisait expressément référence à la procédure arbitrale et au montant qui avait été crédité sur son compte client, au remboursement du prêt qui avait été octroyé par H. SA (consid. 3.6.2).

- De ce fait, la Chambre pénale de recours avait retenu que l'arrière-plan économique de toute cette transaction apparaissait documenté et légitime. L'autorité précédente était arrivée à la conclusion qu'il n'existait pas de prévention pénale suffisante pour les infractions analysées. Elle avait dès lors considéré que le classement de la procédure à l'égard de D. s'avérait justifié (consid. 3.6.2).
- Le Tribunal fédéral a confirmé que les constatations cantonales en lien avec la véracité du document litigieux relevaient de constatations de fait qui le liaient. Le caractère arbitraire n'ayant pas été démontré par la Recourante, cette dernière n'était pas légitimée à s'écarter des constatations qui avaient été retenues (consid. 3.6.2).
- Ainsi, notre Haute Cour a retenu que l'appréciation selon laquelle la Chambre pénale de recours avait confirmé l'ordonnance de classement qui avait été rendue par le Ministère public genevois ne violait pas, dans son résultat, le principe *in dubio pro du-riore* (consid. 3.7).
- Partant, le recours a été rejeté.

III. DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

TF 5A_861/2023 du 12 juillet 2024 |

Reconnaissance d'un concordat australien et licéité d'un *Deed of Company Arrangement* (art. 175 LDIP)

- B. Limited (« **Société** ») est une *Public Company Limited by Shares* dont le siège se trouve en Australie. Le 19 octobre 2022, sur la base du droit australien de l'assainissement, E. et F. ont été nommés administrateurs de la Société et une *External Administration* a été initiée avec effet au 20 octobre 2022.
- La Société était inscrite au registre du commerce suisse avec une succursale à Zurich. Par requête du 23 novembre 2022, les administrateurs australiens ont saisi le *Bezirksgericht* zurichois afin que l'*External Administration* du 20 octobre 2022 soit reconnue comme une procédure d'assainissement en Suisse au sens de l'art. 175 LDIP. Parallèlement, une procédure concordataire ancillaire a été ouverte sur les biens de la Société débitrice en Suisse, des dispositions concernant les effets du sursis et la désignation de co-administrateurs ont été prises.
- Le 21 mars 2023, la deuxième assemblée des créanciers en Australie a décidé d'établir un *Deed of Company Arrangement* (« **DOCA** »), entré en vigueur le 12 avril 2023. Par la suite, la Recourante a obtenu le statut de « *Subject to Deed of Company Arrangement* ».
- La Société a donc requis et obtenu du *Bezirksgericht* zurichois la reconnaissance du DOCA comme concordat (art. 175 LDIP) par jugement du 20 juillet 2023. Les co-administrateurs ont été institués comme les personnes en charge de l'exécution (art. 314 al. 2 LP), avec pour mission de veiller à l'exécution du DOCA en Suisse et d'assurer le paiement des créanciers suisses conformément au document.
- La Société A. (« **Créancière/Recourante** »), a recouru auprès de l'*Obergericht* zurichois contre la décision du 20 juillet 2023. Elle a premièrement soulevé que les tribunaux zurichois étaient incompétents pour traiter de la requête en reconnaissance du concordat (i) ; subsidiairement, elle a demandé qu'il soit constaté que les créances qu'elle avait produites étaient contestées (ii) ; puis, qu'un délai de 20 jours lui soit accordé pour tenter la

- procédure d'arbitrage (iii). Ayant été déboutée de ses conclusions, la Recourante a recouru auprès du Tribunal fédéral.
- (i) Concernant la reconnaissance du concordat australien au sens de l'art. 175 LDIP (i), notre Haute Cour a commencé par rappeler que font l'objet d'une reconnaissance au sens de ladite disposition, non seulement les procédures étrangères dont la typologie correspond à l'un des types de concordats courants en Suisse, mais également d'autres formes de procédures d'assainissement étrangères. La procédure de sursis qui accompagne l'ouverture d'une procédure concordataire étrangère peut également être reconnue (consid. 3.1).
 - La reconnaissance d'une procédure d'assainissement étrangère, qui doit être qualifiée de concordataire exige (a) l'ouverture de la procédure au domicile ou au siège du débiteur (compétence indirecte), (b) la force exécutoire de la décision étrangère et (c) l'absence de motifs de refus (contrariété à l'ordre public) (art. 27 DIP, art. 166 LDIP, art. 175 LDIP) (consid. 3.1.2).
 - *In casu*, (a) la succursale de la Société était inscrite au registre du commerce zurichois ; (b) l'objet de la reconnaissance qui avait été évaluée par l'*Obergericht* le 20 juillet 2023 était le DOCA australien, soit un plan successoral. En somme, il s'agissait d'un concordat ordinaire avec règlement des dividendes (art. 314 LP) ; (c) le DOCA prévoyait, en conformité avec le droit suisse, un article dont les termes étaient « *In payment in full of any amounts owed to the Swiss Preferential Creditors* », tout en établissant une égalité parfaite entre les créanciers non privilégiés (consid. 3.2).
 - Notre Haute Cour a donc retenu que ce premier grief était infondé (consid. 3.2).
 - (ii) Au sujet de la prise en compte des créances qui avaient été soulevées par la Recourante, le Tribunal fédéral a souligné qu'au sens de l'art. 172 al. 1 LDIP, après les créances privilégiées, les créances non privilégiées, mais liées à une succursale du débiteur, bénéficient également d'un désintéressement préalable (consid. 3.3.1).
 - Or, ceci est envisageable lorsque rentre en ligne de compte une liquidation des actifs par transfert aux créanciers ce qui nécessitent l'application des dispositions du droit de la faillite (art. 171 à 174 LDIP). En revanche, ceci n'est pas le cas en matière d'assainissement visant au maintien de l'entreprise (consid. 3.3.2 *cum* consid. 3.3.3).
 - Notre Haute Cour a rappelé que parmi les effets de la reconnaissance de l'ouverture de la procédure concordataire, en cas d'assainissement visant à maintenir l'entreprise, le commissaire doit œuvrer pour que le débiteur étranger garantisse le paiement des créances privilégiées à hauteur du dividende présumé à réaliser dans une faillite de secours (consid. 3.5).
 - *In casu*, le DOCA australien - outre la satisfaction complète des créanciers privilégiés suisses - assurait un dividende d'environ 5% en perspective pour tous les créanciers non privilégiés. Dans ces circonstances, le Tribunal fédéral a retenu que la Recourante, qui n'était au bénéfice d'aucune créance privilégiée, ne pouvait se prévaloir d'aucune garantie supplémentaire (consid. 3.5).
 - (iii) *In fine*, concernant le délai de 20 jours qui aurait dû être imparti à la Recourante afin de pouvoir introduire une procédure d'arbitrage concernant la créance découlant du contrat de vente d'actions, notre Haute Cour a considéré que d'une part, la Recourante n'avait nullement exposé en quoi le non-respect du délai pour agir lui était préjudiciable.

D'autre part, le fait de ne pas fixer un délai pour agir n'avait aucune influence sur l'existence matérielle de la créance ou sur le droit d'agir (consid. 3.6).

- Partant, la Recourante a été déboutée de toutes ses conclusions et le recours a été rejeté.

IV. DROIT DE LA POURSUITE ET DE LA FAILLITE

-

V. ENTRAIDE INTERNATIONALE

-



Elisa BRANCA
Avocate
ebranca@mbk.law



Frieda BOUMA
Juriste
fbouma@mbk.law



Serena COLASANTO
Juriste
scolasanto@mbk.law