



Décision du 19 décembre 2018
Cour des plaintes

Composition

Les juges pénaux fédéraux
Giorgio Bomio-Giovanascini, président,
Tito Ponti, Patrick Robert-Nicoud,
la greffière Claude-Fabienne Husson Albertoni

Parties

1. A.,

2. B.,

représentés tous deux par Me Gérald Page, avocat,

recourants

contre

**1. MINISTÈRE PUBLIC DE LA
CONFÉDÉRATION,**

2. C.,

représenté par Me Claude Nicati, avocat,

intimés

Objet

Classement de la procédure (art. 322 al. 2 CPP)

Faits:

A. La République du Kenya a adressé, le 25 juillet 2008, une demande d'entraide judiciaire à la Suisse dans une affaire d'escroquerie et de corruption présumées d'ampleur internationale, impliquant des personnes physiques et morales. L'affaire – connue sous le nom de « D. » – portait sur plusieurs contrats de vente conclus en particulier entre, d'une part, les sociétés E., F., G. Ltd, H. Ltd et I. Ltd et, d'autre part, la République du Kenya. L'intégralité des documents demandés par l'autorité requérante lui a été transmise. Le 2 octobre 2014, le Ministère public de la Confédération (ci-après: MPC), qui avait été désigné autorité d'exécution, a indiqué que ces commissions rogatoires étaient achevées au niveau suisse.

B. Suite à cette demande d'entraide, le MPC a ouvert en septembre 2009 une procédure pénale contre J., B. et A. pour blanchiment d'argent en lien avec des soupçons de corruption dans le cadre de la conclusion avec la République du Kenya, entre 1997 et 2004, de 13 contrats – faisant partie de ceux évoqués dans la demande d'entraide –, et ce, pour plusieurs dizaines de millions d'USD (référence: SV.09.066). Le Procureur fédéral K. (ci-après: K. ou le Procureur suisse) était en charge de cette procédure avant que L. ne lui succède en septembre 2015.

Pour les besoins de son enquête, le MPC a adressé aux autorités pénales kényanes une demande d'entraide datée du 12 juin 2014 (dossier MPC noir, pièce 27, 18-07-0001 ss) et un complément du 21 juillet 2015 (dossier MPC noir, pièce 27, 18-07-0035 ss).

Par décision du 24 juin 2015, la Cour de céans a rejeté le recours formé par les précités contre l'admission de la République du Kenya comme partie plaignante à la procédure nationale (décision du Tribunal pénal fédéral RR.2014.188-190).

A. et B. ont été entendus le 31 août 2017 par le MPC en qualité de prévenus (classeur noir MPC, pièce 28, 13-1-0004 ss).

C. Le 15 mai 2015, A. et B. (ci-après: les plaignants ou les recourants) ont déposé une plainte pénale auprès du MPC contre C. (ci-après: C. ou l'intimé), ambassadeur de Suisse au Kenya de 2010 à 2015. Ils reprochent à ce dernier un abus d'autorité ainsi qu'une violation du secret de fonction. Ils soutiennent en effet que, profitant des informations auxquelles il aurait eu accès dans le cadre de l'exécution de la procédure d'entraide ci-dessus

résumée, C. aurait fait pression sur eux, par téléphone et par sms, afin de les inciter à verser USD 55 millions pour restitution au Kenya en échange de l'abandon des poursuites pénales ouvertes à leur encontre en Suisse pour blanchiment d'argent. Il aurait par ailleurs participé à une émission de la télévision kényane le 15 novembre 2014 lors de laquelle il aurait donné son avis sur l'affaire « D. », citant nommément les prévenus, mentionnant qu'une partie de leurs avoirs était bloquée et évoquant qu'ils seraient des criminels (dossier MPC, tome I, rubrique 5).

- D.** Le 7 mars 2016, le MPC a rendu à cet égard une ordonnance de jonction et de non-entrée en matière. Il a considéré que les conditions nécessaires à la violation du secret de fonction, de l'abus d'autorité et de la contrainte dénoncés n'étaient en l'espèce pas réalisées (dossier MPC, tome I, rubrique 3).

Saisie d'un recours déposé par les plaignants, la Cour de céans a partiellement annulé ladite ordonnance en tant qu'elle ne se prononçait pas sur le grief relatif à la tentative de contrainte et a renvoyé la cause au MPC afin qu'il rende une nouvelle décision sur ce point (décision du Tribunal pénal fédéral BB.2016.61-62 du 29 juin 2016).

- E.** Sur demande du MPC (dossier MPC noir, pièce 6), le Département fédéral de justice et police lui a accordé, le 29 septembre 2016, une autorisation de poursuivre concernant C. (dossier MPC noir, pièce 7; classeur bleu MPC, tome I, rubrique 1).

Le MPC s'est récusé (classeur bleu MPC, rubrique 16) et l'enquête a été attribuée par l'autorité de surveillance du MPC à M., agissant dès lors en qualité de Procureur extraordinaire de la Confédération (ci-après: Procureur extraordinaire; classeur noir MPC, pièce 25).

Le 27 janvier 2017, C. a été auditionné par le Procureur extraordinaire en qualité de prévenu (classeur noir MPC, pièce 20/2, sous-pièce 22). Le même jour, K. a également été entendu en tant que personne appelée à donner des renseignements (classeur noir MPC, pièce 20/2, sous-pièce 23). Le Procureur extraordinaire a également mené l'audition des plaignants, en date du 24 mai 2017 (dossier MPC gris, « auditions », pièces 3 et 4). Enfin, ce dernier a auditionné, le 9 octobre 2017, N., travaillant auprès de la Division Afrique sub-saharienne et Francophonie au Département fédéral des affaires étrangères (ci-après: DFAE) au moment des faits, (dossier MPC gris, « auditions », pièce 5), et, le 30 novembre 2017, O., à l'époque directeur

de la Direction du droit international public (ci-après: DDIP; dossier MPC gris, « auditions », pièce 6).

Le Procureur extraordinaire a aussi, le 12 octobre 2017, adressé à N. une ordonnance de dépôt en vue du séquestre portant sur les échanges de courriels entre C., K., O. et elle-même (classeur noir MPC, pièce 22). Il y a été donné une suite favorable (classeur noir MPC, pièces 24 à 24/13).

Suite à un courrier de C. du 16 décembre 2017 (classeur noir MPC, pièce 29), le Procureur extraordinaire a annoncé aux parties qu'il allait clôturer la procédure et leur a demandé si elles sollicitaient d'autres actes d'instruction. C. puis les frères A. et B. ont répondu par la négative, respectivement les 24 et 26 janvier 2018 (classeur noir MPC, pièces 33/1 et 34/1).

- F.** Par ordonnance du 16 avril 2018, le Procureur extraordinaire a prononcé le classement de la procédure diligentée contre C. (act. 1.1).

- G.** Par acte du 27 avril 2018, A. et B. forment un recours auprès de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral contre ce prononcé. Ils concluent à son annulation et à ce qu'il soit ordonné au Procureur extraordinaire de rédiger un acte d'accusation renvoyant C. en jugement, sous suite de frais et dépens (act. 1).

- H.** Dans ses observations du 18 mai 2018, C. conclut, principalement, au rejet du recours et à la confirmation de l'ordonnance attaquée, sous suite de frais et dépens. A titre préjudiciel, il demande que les pièces annexées au recours soient écartées du dossier et que le recours soit déclaré irrecevable (act. 8). Egalement invité à se déterminer, le Procureur extraordinaire conclut lui aussi, le 22 mai 2018, au rejet du recours (act. 9).

Par leur réplique du 4 juin 2018, les recourants persistent dans leurs conclusions (act. 11). Le Procureur extraordinaire renonce à dupliquer (act. 14), alors que l'intimé conclut à l'irrecevabilité de ladite réplique, en plus de rappeler ses conclusions déjà évoquées (act. 13).

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. En tant qu'autorité de recours, la Cour de céans examine avec plein pouvoir de cognition en fait et en droit les recours qui lui sont soumis (Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005 [ci-après: Message CPP], FF 2006 1057, p. 1296 *in fine*, GUIDON, *in* Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, [Niggli/Heer/Wiprächtiger, édité.; ci-après: Commentaire bâlois], n° 15 *ad* art. 393 CPP; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3^e éd. 2017, n° 1512).

2.
 - 2.1 Les décisions de classement du MPC peuvent faire l'objet d'un recours devant la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral (art. 322 al. 2 du Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 [CPP; RS 312.0]; art. 393 al. 1 let. a CPP et 37 al. 1 de la loi fédérale du 19 mars 2010 sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération [LOAP; RS 173.71]). Celui-ci peut porter sur le classement lui-même mais aussi sur les frais, les indemnités et d'éventuelles confiscations (GRÄDEL/HEINIGER, Commentaire bâlois, n° 5 *ad* art. 322 CPP).
 - 2.2 Aux termes de l'art. 393 al. 2 CPP, le recours peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, le déni de justice et le retard injustifié (let. a), la constatation incomplète ou erronée des faits (let. b) ou l'inopportunité (let. c).
 - 2.3 Dans sa réponse du 18 mai 2018, C. conclut à l'irrecevabilité du recours, sous prétexte que les recourants ne font qu'y décrire les faits, selon leur propre point de vue, et n'allèguent pas en quoi l'ordonnance querellée violerait le droit ou serait inopportune, ni en quoi les faits auraient été constatés imparfaitement ou de manière incomplète (act. 8). Cette appréciation ne saurait être suivie. Même si cela ne ressort pas explicitement du recours, une lecture replacée dans son contexte, permet de comprendre, sans doute possible, quels sont les griefs et les conclusions des recourants, lesquels dénoncent une violation du droit et estiment que le Procureur extraordinaire aurait dû reconnaître la réalisation des conditions subjectives de la contrainte ce qui aurait dû amener à une mise en accusation contre C.
 - 2.3.1 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; arrêt du Tribunal fédéral 1B_657/2012 du 8 mars 2013 consid. 2.3.1). Cet intérêt doit être actuel (décision du Tribunal

pénal fédéral BB.2013.88 du 13 septembre 2013 consid. 1.4 et les références citées). La notion de partie visée à cette disposition doit être comprise au sens des art. 104 et 105 CPP. L'art. 104 al. 1 let. b CPP reconnaît notamment cette qualité à la partie plaignante soit, selon l'art. 118 al. 1 CPP, au lésé qui déclare expressément vouloir participer à la procédure pénale comme demandeur au pénal ou au civil. Conformément à l'art. 115 al. 1 CPP, est considérée comme lésée, toute personne dont les droits ont été touchés directement par une infraction.

2.3.2 La qualité pour recourir de la partie plaignante contre une ordonnance de classement ou de non-entrée en matière est ainsi subordonnée à la condition qu'elle soit directement touchée par l'infraction et puisse faire valoir un intérêt juridiquement protégé à l'annulation de la décision. En règle générale, seul peut se prévaloir d'une atteinte directe le titulaire du bien juridique protégé par la disposition pénale qui a été enfreinte (ATF 129 IV 95 consid. 3.1 et les arrêts cités). Les droits touchés sont les biens juridiques individuels, tels que la vie et l'intégrité corporelle, la propriété, l'honneur, etc. (Message CPP, p. 1148). En revanche, lorsque l'infraction protège en première ligne l'intérêt collectif, les particuliers ne sont considérés comme lésés que si leurs intérêts privés ont été effectivement touchés par les actes en cause, de sorte que leur dommage apparaît comme la conséquence directe de l'acte dénoncé (ATF 129 IV 95 précité; arrêts du Tribunal fédéral 1B_723/2012 du 15 mars 2013 consid. 4.1; 1B_489/2011 du 24 janvier 2012 consid. 1.2; décision du Tribunal pénal fédéral BB.2012.67 du 22 janvier 2013 consid. 1.3). L'atteinte doit par ailleurs revêtir une certaine gravité. A cet égard, la qualification de l'infraction n'est pas déterminante; sont décisifs les effets de celle-ci sur le lésé (ATF 129 IV 216 consid. 1.2.1), lesquels doivent être appréciés de manière objective, et non en fonction de la sensibilité personnelle et subjective de ce dernier (arrêt du Tribunal fédéral 6B_266/2009 du 30 juin 2009 consid. 1.2.1). L'art. 115 al. 1 CPP ajoute que sont toujours considérées comme lésées les personnes qui ont qualité pour déposer plainte pénale. Cet alinéa précise que les personnes qui ont qualité pour déposer plainte pénale selon l'art. 30 al. 1 du Code pénal suisse (CP; RS 301), en d'autres termes les titulaires des biens juridiques auxquels on a porté atteinte, doivent toujours être considérées comme des lésées (Message CPP, *ibid.*).

2.3.3 Une dénonciation a été déposée en l'espèce par les recourants. Dans sa décision suite au recours déposé contre la décision de non-entrée en matière du 7 mars 2016, la Cour de céans a limité la question à la tentative de contrainte (art. 181 en relation avec l'art. 22 CP) dont ils se prévalaient (décision du Tribunal pénal fédéral BB.2016.61-62 du 29 juin 2016). L'infraction de contrainte protège la liberté de vouloir et d'agir des personnes physiques (décision du Tribunal pénal fédéral BB.2016.61-62 précité

consid. 2.4.3 et les références citées). Le bien juridique protégé par cette disposition est la liberté de décision et d'action de la victime (ATF 141 IV 1 consid. 3.3.1 et les références citées). Ainsi, se prévalant de dispositions qui protègent leurs intérêts privés, les recourants sont directement lésés et disposent par conséquent de la qualité pour recourir.

2.4 Aux termes de l'art. 322 al. 2 CPP, les parties peuvent attaquer une ordonnance de classement dans les dix jours devant l'autorité de recours. Cette disposition reprend la règle générale de l'art. 396 al. 1 CPP, selon laquelle le recours contre les décisions notifiées par écrit ou oralement est motivé et adressé par écrit, dans le délai de dix jours, à l'autorité de recours. Interjeté le 27 avril 2018, le présent recours a été formé en temps utile.

2.5 Le recours est ainsi recevable et il y a lieu d'entrer en matière.

3. Aux termes de l'art. 319 al. 1 CPP, le ministère public ordonne le classement de tout ou partie de la procédure notamment lorsqu'aucun soupçon justifiant une mise en accusation n'est établi (let. a) ou lorsque les éléments constitutifs d'une infraction ne sont pas réunis (let. b).

3.1 Ces conditions doivent être interprétées à la lumière de la maxime « *in dubio pro duriore* » qui s'impose tant à l'autorité de poursuite qu'à l'autorité de recours durant l'instruction (ATF 138 IV 186 consid. 4.2.1); à l'inverse, le principe « *in dubio pro reo* » n'est pas applicable à ce stade (Message CPP, p. 1255). Cette maxime exige qu'en cas de doute quant aux faits pertinents ou au droit applicable, l'intimé soit mis en accusation. En effet, en cas de doute, il n'appartient pas à l'autorité d'instruction ou d'accusation de se prononcer, mais au juge du fond. Pratiquement, une mise en accusation s'impose lorsqu'une condamnation apparaît plus vraisemblable qu'un acquittement (ATF 143 IV 241 consid. 2.2.1 et les références citées; 138 IV 86 consid. 4.1.1). Lorsque les probabilités d'un acquittement et d'une condamnation apparaissent équivalentes et pour autant qu'une ordonnance pénale n'entre pas en considération (art. 352 al. 1 CPP), le ministère public est également tenu de mettre l'intimé en accusation en application de l'art. 324 CPP, ce d'autant plus lorsque les infractions sont graves (ATF 138 IV 86 consid. 4.1.2). L'autorité de recours ne saurait ainsi confirmer un classement au seul motif qu'une condamnation n'apparaît pas plus probable qu'un acquittement (arrêts du Tribunal fédéral 6B_874/2017 du 18 avril 2018 consid. 5.1; 6B_1177/2017 du 16 avril 2018 consid. 2.1; 6B_1356/2016 du 5 janvier 2018 consid. 3.3.3, non publié *in* ATF 144 I 37).

Dans les procédures où l'accusation repose essentiellement sur les déclarations de la victime, auxquelles s'opposent celles du prévenu, et

lorsqu'il n'est pas possible d'estimer que certaines dispositions sont plus crédibles que d'autres, le principe « *in dubio pro duriore* » impose en règle générale que l'intimé soit mis en accusation (ATF 143 IV 241 consid. 2.2.2). Cela vaut en particulier lorsqu'il s'agit de délits commis typiquement « entre quatre yeux » pour lesquels il n'existe souvent aucune preuve objective (arrêts du Tribunal fédéral 6B_874/2017 précité consid. 5.1; 6B_698/2016 du 10 avril 2017 consid. 2.4.2). Il peut toutefois exceptionnellement être renoncé à une mise en accusation lorsque la partie plaignante fait des dépositions contradictoires, rendant ses accusations moins crédibles, lorsqu'une condamnation apparaît au vu de l'ensemble des circonstances *a priori* improbable pour d'autres motifs (ATF 143 IV 241 consid. 2.2.2 et les références citées) ou encore lorsqu'il n'est pas possible de se prononcer sur la crédibilité des différentes déclarations et qu'il y a lieu de penser qu'une administration des preuves complémentaire ne donnera aucun résultat (arrêt du Tribunal fédéral 6B_1356/2016 précité consid. 3.3.3; décision du Tribunal pénal fédéral BB.2017.100 du 5 octobre 2017 consid. 3.1).

4.

- 4.1 Le litige porte sur la question de savoir si le Procureur extraordinaire a classé à bon droit la procédure ouverte contre C. pour tentative de contrainte (art. 181 et 22 CP). En effet, si dans la décision entreprise, il a admis que le comportement de C. à l'égard des recourants réalisait les critères d'une menace d'un dommage sérieux, il a par contre considéré que l'élément subjectif constitutif de cette infraction fait en l'occurrence défaut. En substance, il a retenu à cet égard que l'intimé a subjectivement fait savoir aux recourants qu'il leur était réclamé le paiement de ce qu'il pouvait légitimement tenir pour une créance. Selon les recourants en revanche, C. se serait rendu coupable d'une tentative de contrainte à leur égard. Ils allèguent en effet que l'ex-ambassadeur de Suisse au Kenya, après leur avoir envoyé des sms sur un ton qu'ils tiennent pour menaçant et mystérieux, se serait, sur invitation, rendu à leur domicile privé kényan pour les menacer directement de « graves désagréments » s'ils ne payaient pas immédiatement USD 55 millions. C. leur aurait indiqué que, s'ils s'acquittaient de ce montant, les poursuites pénales pour blanchiment d'argent ouvertes contre eux en Suisse seraient abandonnées. Sur cette base, les recourants estiment que c'est à tort que l'autorité précédente a rendu une ordonnance de classement.
- 4.2 A teneur de l'art. 181 CP, celui qui, en usant de violence envers une personne ou en la menaçant d'un dommage sérieux, ou en l'entravant de quelque autre manière dans sa liberté d'action, l'aura obligée à faire, à ne pas faire ou à laisser faire un acte sera puni d'une peine privative de liberté

de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

4.3 S'agissant d'une infraction de résultat, la contrainte n'est consommée que si le destinataire a commencé à adopter le comportement imposé par l'auteur (ATF 129 IV 262 consid. 2.4; DUPUIS *et al.*, Petit commentaire, Code pénal, n° 7 *ad art.* 181 CP; FAVRE, Macaluso/Moreillon/Queloz [édit.], Commentaire romand, Code pénal II, 2017, n° 46 *ad art.* 181 CP; CORBOZ, Les infractions en droit suisse, Vol. 1, 3^e éd. 2010, n° 41 *ad art.* 181 CP). Par conséquent, en l'espèce, seule la tentative pourrait être reconnue, dans la mesure où les plaignants, malgré les menaces qu'ils dénoncent, n'ont pas adopté le comportement prétendument imposé par les pressions du prévenu.

4.4

4.4.1 Pour qu'il y ait contrainte, la loi exige un dommage sérieux, c'est-à-dire que la perspective de l'inconvénient présenté comme dépendant de la volonté de l'auteur soit propre à entraver le destinataire dans sa liberté de décision ou d'action. La question doit être tranchée en fonction de critères objectifs, en se plaçant du point de vue d'une personne de sensibilité moyenne (ATF 122 IV 322 consid. 1a; 120 IV 17 consid. 2a/aa; arrêt du Tribunal fédéral 6B_378/2016 du 15 décembre 2016 consid. 2.1). Ainsi, le point de vue de la victime est-il pris en compte dans l'analyse de l'élément objectif du dommage sérieux (ATF 120 IV 17 consid. 2a/aa et les références citées).

4.4.2 En l'espèce, dans sa décision, pourtant limitée à l'analyse de l'élément subjectif, le Procureur extraordinaire tient compte de la réaction des recourants aux comportements adoptés par C. à leur égard. En particulier, il déduit du second rendez-vous avec C. accepté par B., de la légèreté de la plainte déposée au Kenya et du laps de temps important entre le comportement reproché et le dépôt de la plainte en Suisse, à savoir onze mois, que ces réactions ne sont pas celles d'une personne sujette à une contrainte, encore moins s'agissant d'une personne rompue aux affaires comme les recourants. Partant, il retient qu'une partie de l'élément subjectif fait défaut (v. act. 1.1, consid. 3.2.1.dc et dd, p. 26 à 28). Cette appréciation doit être rejetée. En effet, dans la mesure où le Procureur extraordinaire a retenu, à juste titre, qu'objectivement, l'alternative à l'arrangement proposé par C. aux recourants, soit l'ouverture d'une procédure pénale au Kenya et la poursuite de la procédure pénale en Suisse, avec des blocages – nombreux – d'actifs, réalisait les critères de la menace d'un dommage sérieux (act. 1.1, consid. 3.2, p. 21), cette conclusion présuppose forcément qu'il a préalablement pris en compte et mis en balance le point de vue d'une victime de sensibilité moyenne face à la situation donnée et ce, quelle que soit la sensibilité réelle des recourants (arrêt du Tribunal fédéral 6B_378/2016 précité, consid. 2.2). La réaction de ces derniers n'avait donc pas à être analysée « à nouveau » dans le cadre de l'examen de la

réalisation ou non de l'élément *subjectif* de l'infraction.

4.5 En l'occurrence, le Procureur extraordinaire a considéré que l'acte du prévenu n'était pas illicite, les procédures pénales annoncées étant en relation avec le montant réclamé lequel était censé représenter l'avantage indu que les plaignants se seraient procuré au travers des contrats « D. » (act. 1 p. 28). Les recourants font valoir pour leur part que l'examen auquel a procédé le Procureur extraordinaire n'a pas pris en considération tous les éléments déterminants pour évaluer l'illicéité. Ils retiennent en effet en substance que les moyens qui ont été utilisés sont manifestement abusifs et disproportionnés.

4.5.1 La conformité de l'acte de contrainte à l'énoncé de fait légal de l'art. 181 CP ne suffit pas à affirmer son illicéité, laquelle dépend également de l'ampleur de l'entrave, de la nature des moyens employés pour la réaliser, des objectifs visés par l'auteur et du rapport entre les moyens et ces objectifs (ATF 141 IV 437 consid. 3.2.1; 129 IV 6 consid. 3.4; arrêt du Tribunal fédéral 6B_124/2017 du 27 octobre 2017 consid. 2.1 et les arrêts cités; TRECHSEL/MONA, *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar*, Trechsel/Pieth [édit.], 3^e éd. 2018, n° 10 *ss ad art. 181 CP*; DUPUIS *et al.*, *op. cit.*, n° 20 *ad art. 181 CP*; CORBOZ, *op. cit.*, n° 17 *ad art. 181 CP*). Selon la jurisprudence, la contrainte n'est dès lors contraire au droit que si elle est illicite, soit parce que le moyen utilisé ou le but poursuivi est illicite, soit parce que le moyen est disproportionné pour atteindre le but visé, soit encore parce qu'un moyen conforme au droit utilisé pour atteindre un but légitime constitue au vu des circonstances, un moyen de pression abusif ou contraire aux mœurs (ATF 141 IV 437 consid. 3.2.1 p. 440 s.; 137 IV 326 consid. 3.3.1 p. 328; 134 IV 216 consid. 4.1 p. 218; arrêt du Tribunal fédéral 6B_153/2017 du 28 novembre 2017 consid. 3.1).

De jurisprudence constante, réclamer le paiement d'une créance ou menacer de déposer une plainte pénale (lorsque l'on est victime d'une infraction) constituent en principe des actes licites; celui qui, étant victime d'une infraction, menace de déposer une plainte pénale afin d'obtenir la réparation du préjudice subi ne commet pas une contrainte au sens de l'art. 181 CP; l'illicéité n'apparaît que si le moyen utilisé n'est pas dans un rapport raisonnable avec le but visé et constitue un moyen de pression abusif; tel est le cas en particulier si l'objet de la plainte pénale est sans rapport avec la prestation demandée ou si la menace doit permettre d'obtenir un avantage indu (cf. ATF 120 IV 17 consid. 2a/ bb; 115 IV 207 consid. 2b/cc; 101 IV 47 consid. 2b; 96 IV 58 consid. 1; 87 IV 13 consid. 1; arrêts du Tribunal fédéral 6B_415/2018 du 20 septembre 2018 consid. 2.1.3; 6B_124/2017 du 27 octobre 2017 consid. 2.1; au sujet de la contrainte susceptible d'être réalisée par un commandement de payer, cf. arrêts 6B_1188/2017 du 5 juin

2018 consid. 3.1; 6B_153/2017 du 28 novembre 2017 consid. 3.1). Ainsi, menacer de déposer une plainte pénale pour une infraction que rien ne permet sérieusement de soupçonner est un moyen en soi inadmissible (ATF 120 IV 17 consid. 2a/bb p. 20). Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a retenu toutefois que l'évocation d'une possible plainte pénale intervenant dans un contexte de négociations extrajudiciaires lors desquelles habituellement les parties à un litige exposent leurs prétentions et tentent de dissuader l'autre de faire valoir les siennes, au besoin en subordonnant l'introduction ou la poursuite d'une action judiciaire au renoncement de l'autre partie, n'était pas nécessairement illicite (arrêt du Tribunal fédéral 6B_415/2018 du 20 septembre 2018 consid. 2.4).

4.5.1.1 Il ressort des éléments au dossier qu'en décembre 2013, dans la procédure suisse, les sommes séquestrées en lien avec l'affaire D. se montaient à environ USD 2 millions (audition K. du 27 janvier 2017 p. 4). Si le Procureur suisse considérait qu'il y avait plusieurs éléments troublants dans le dossier, à ce moment-là, il n'en n'avait pas étayant des paiements corruptifs. Partant, il envisageait un classement, ce dont il a informé le défenseur des recourants (audition K. du 27 janvier 2017 p. 4 et 6).

Pour sa part, C., qui avait été nommé ambassadeur au Kenya dès 2010, a été approché, aux alentours du 10 mai 2014, par le Président de la République kenyane, le Procureur général du Kenya et par le CEO de l'autorité anti-corruption kenyane (EACC) afin de prendre contact avec B. pour solder le dossier D. (classeur noir MPC, pièce 24/5). A propos de ce dernier, l'intimé a indiqué qu'il s'agissait d'une affaire qu'il a qualifiée « de corruption massive » remontant au début des années 2000 et dont une partie des fonds aurait transité par la place financière genevoise (audition C. du 27 janvier 2017 p. 2). Suite à ce contact avec les plus hautes autorités kenyanes, C. s'est adressé notamment à K. pour lui communiquer que ces dernières étaient prêtes à lui remettre de nombreux documents qu'elles détenaient depuis longtemps en lien avec cette affaire mais qui n'avaient jamais été transmis à la Suisse. Il ressort d'un courriel de C. du 2 mai 2014 qu'à cette date, celui-ci savait que le montant bloqué en Suisse relatif à cette affaire afférait à USD 2 millions (classeur noir MPC, pièce 24/2). Ce nonobstant, avant sa rencontre avec B., il a indiqué à K. qu'il comptait proposer un accord aux recourants portant sur un montant de USD 50 millions, chiffre qui lui aurait été donné par les entités kenyanes (audition C. du 27 janvier 2017 p. 4). Il lui a alors demandé s'il pensait que c'était trop, ce à quoi le Procureur suisse a répondu que s'agissant de contrats de plus de USD 100 millions, le montant de USD 50 millions ne paraissait pas disproportionné (audition K. du 27 janvier 2017 p. 6). Par ailleurs, avant son rendez-vous avec B., C. avait reçu et pu parcourir une partie des documents – qu'il a qualifiés de « très techniques » – que les

autorités kenyanes lui avaient transmis et qui, selon lui, étayaient les soupçons de corruption (audition K. du 27 janvier 2017 p. 9; classeur noir MPC, pièces 24/5 et 24/7).

4.5.1.2 Compte tenu de ces éléments, il apparaît que C. avait des raisons légitimes de croire que les recourants étaient effectivement impliqués dans les faits de corruption qui leur étaient reprochés en lien avec l'affaire D. En effet, les plus hautes autorités kenyanes (présidence, parquet et autorité de lutte contre la corruption) s'étaient directement adressées à lui et lui avaient communiqué des informations à cet égard, lesquelles étaient confirmées par des documents qu'elles lui ont remis en main propre et qu'il a pu consulter avant sa rencontre avec B. Les échanges que C. a eus avec les autorités suisses dans ce contexte ne pouvaient que le conforter dans cette vision des choses. De fait, au MPC, il s'est entretenu directement et plusieurs fois avec le Procureur en charge de l'enquête suisse, lequel considérait avoir dans son dossier de nombreux éléments troublants, même s'il ne pouvait pas étayer les soupçons de corruption, et ce, selon ses dires, principalement faute de coopération de la part du Kenya (audition K. du 27 janvier 2017 p. 4 et 6). Au DFAE, l'intimé a eu des contacts essentiellement avec le directeur de la Division du droit international public (ci-après: DDIP) qui lui a indubitablement donné carte blanche pour agir afin de rétablir la réputation de la Suisse au Kenya. Il a également reçu l'appui juridique du représentant de l'International Center of Asset Recovery (ICAR) qui s'est rendu à Nairobi afin d'examiner les documents remis par les autorités kenyanes avant l'entretien prévu avec B. (audition N. du 9 octobre 2017 p. 6). Compte tenu de cette prémisse et vu le montant global de USD 100 millions sur lequel porte l'affaire D., le fait de demander entre USD 50 et 55 millions afin de transiger pour mettre un terme aux différentes procédures pénales n'apparaît pas disproportionné. En outre, les procédures pénales dont l'intimé a évoqué la reprise lors de son entretien avec B. étaient clairement en relation avec le montant réclamé, lequel était pour lui censé représenter une partie de l'avantage indu que les recourants étaient supposés avoir perçu en lien avec les infractions concernées.

4.5.1.3 Les recourants font certes valoir qu'un jugement genevois démontre que c'était le gouvernement kenyan qui était débiteur à l'égard de A. et B. et non l'inverse (act. 1.4). Les éléments au dossier établissent que l'intimé connaissait effectivement l'existence de ce jugement (classeur noir MPC, pièces 24/2; 24/3); cependant, ils mettent également en lumière sa conviction que les procédures dans cette affaire, notamment devant les tribunaux suisses, ont été « sabotées » par les autorités kenyanes elles-mêmes (classeur noir MPC, pièces 24/2; 24/3; 24/4; 24/5). On peut dès lors comprendre que le jugement suisse en question n'ait pas ébranlé sa

conviction que les plaignants pouvaient être légitimement soupçonnés de corruption. Il était donc fondé à croire que les montants dont il demandait le paiement étaient en lien direct avec les infractions investiguées tant par les autorités suisses que kenyanes et que les plaignants en étaient effectivement les débiteurs.

4.5.1.4 Dans la décision rendue sur recours contre l'ordonnance de non entrée en matière (*supra* let. D), la Cour de céans avait retenu à l'époque que la contrainte devait être tenue *a priori* pour illicite au motif que C. paraissait être intervenu sans pour autant avoir reçu de mandat des autorités suisses pour ce faire (décision du Tribunal pénal fédéral BB.2016.61-62 du 29 juin 2016 consid. 3.2.2). Il ressort cependant du présent dossier qu'il a été clairement chargé par le directeur de la DDIP de négocier avec les plaignants (audition O. du 30 novembre 2017 p. 3, 4, 7 et 8). L'intimé a en outre eu de nombreux contacts avec le MPC. Si ce dernier ne lui a pas donné de mandat spécifique pour agir, il n'en demeure pas moins que C. et K. ont discuté de l'état de la procédure suisse, des documents que devaient transmettre les autorités kenyanes ainsi que des procédures à suivre pour que le Procureur suisse puisse les obtenir en bonne et due forme par voie de commission rogatoire. C. lui a aussi régulièrement soumis la stratégie envisagée avec les plus hautes autorités kenyanes pour négocier avec A. et B.; de surcroît, ils ont parlé du montant que l'intimé pouvait articuler pendant la transaction avec ces derniers. Enfin, le Procureur suisse a dit à C. qu'il pouvait préciser aux plaignants qu'au cas où ils payeraient ce que les Kenyans demandaient, ils pouvaient compter sur un abandon des poursuites en Suisse (audition K. du 27 janvier 2017 p. 5 et 6). L'intimé pouvait donc légitimement considérer qu'il était habilité à agir et à parler au nom des autorités suisses et kenyanes. Le fait que le Procureur suisse n'a, à l'époque, pas répondu au mail que C. a adressé à ses interlocuteurs suisses (MPC et DFAE) dans lequel il évoquait la stratégie qu'il entendait suivre, n'est pas déterminant sous cet angle. En effet, compte tenu des diverses discussions que C. et K. avaient eues en lien avec cette affaire et dans la perspective d'une prise de contact avec les recourants, l'intimé pouvait dûment partir du principe que le Procureur suisse avait lu son courriel (audition K. du 27 janvier 2017 p. 7).

4.5.1.5 Les recourants considèrent que la pression exercée sur eux et le ton des messages envoyés couplés au fait que ces derniers émanaient de l'ambassadeur de Suisse étaient totalement abusifs. Ils relèvent à ce sujet que la disproportion est d'autant plus évidente que C. devait savoir que quelques mois auparavant, ils avaient refusé une négociation portant sur les USD 2 millions bloqués en Suisse.

Il est incontestable que le ton employé par l'intimé dans les messages qu'il

a adressés à B. était extrêmement pressant et non exempt de sous-entendus. Par ailleurs, vu que les sms étaient formulés par l'ambassadeur de Suisse qui les a signés comme tel, cela augmentait sans aucun doute l'apparence officielle de ces contacts. On ne peut cependant ignorer que ces démarches s'inscrivaient dans l'optique de négociations et dès le premier contact que l'intimé et le recourant ont eu, ce dernier savait qu'elles avaient trait à l'affaire D. (audition B. du 24 mai 2017 p. 3). Il faut admettre que dans un cadre de transaction extrajudiciaire, les formulations et le ton employés (« Dear Mr B. I really do hope that what keeps upbroad is important enough to let our lunch wait until Thursday »; « Dear Mr B., I am still waiting. Clock is ticking, I am afraid »; « My partners have agreed to hold their horses until Tuesday, which gives enough time to properly assess the situation. [...]») n'apparaissent pas inhabituels. De même, le blocage dans différents pays des fonds des recourants tel qu'évoqué par C. lors de son entretien avec B. ne constitue pas, dans ce contexte de négociations portant sur la résolution d'une affaire qui à l'époque était vieille de plusieurs années et portait sur les montants susmentionnés, un moyen de pression abusif et reste encore dans un rapport raisonnable avec le but visé. Certes, l'intimé a agi alors qu'il était ambassadeur de Suisse et, à l'occasion de leurs entretiens, B. n'était pas représenté par son avocat ce qui pourrait laisser transparaître un certain déséquilibre entre les parties. Tel n'est toutefois pas le cas. En effet, le recourant a eu du temps à disposition entre la première entrevue et la seconde, précisément pour consulter son conseil ainsi que sa famille (audition B. du 24 mai 2017 p. 5). De surcroît, il faut rappeler, ainsi que le relève la décision entreprise, qu'en l'espèce, que ce soit en cas d'aboutissement ou d'échec de l'arrangement proposé, C. n'avait aucune compétence pour mettre en œuvre la suite des opérations. Il n'était donc fondamentalement qu'un messenger. Le recourant l'a d'ailleurs bien compris puisque lors de leur première rencontre il lui a demandé de quel droit un ambassadeur suisse se permettait de tenir de tels propos à un citoyen kenyan (audition B. du 24 mai 2017 p. 5).

4.5.2 Il résulte des considérations qui précèdent que la contrainte n'apparaît en l'occurrence pas illicite. Par conséquent, l'infraction n'est pas réalisée et c'est à bon droit que le Procureur extraordinaire a rendu une ordonnance de classement.

5. Partant, le recours est rejeté.

6. Selon l'art. 428 al. 1 CPP, les frais sont mis à la charge des parties dans la

mesure où elles ont obtenu gain de cause ou succombé. Les recourants, en tant que parties qui succombent, se voient mettre à charge les frais de la procédure de recours. Le montant de l'émolument est calculé en fonction de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties, de leur situation personnelle et des frais de chancellerie (art. 73 al. 2 LOAP). Les recourants supporteront dès lors solidairement un émolument qui, en application de l'art. 8 du règlement du Tribunal pénal fédéral du 31 août 2010 sur les frais, émoluments, dépens et indemnités de la procédure pénale fédérale (RFPPF; RS 173.713.162) sera fixé à CHF 2'000.--, réputé couvert par l'avance de frais acquittée.

7. La partie qui obtient gain de cause, soit en l'espèce C., a droit à une indemnité pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits de procédure (art. 433 al. 1 let. a CPP, applicable par renvoi de l'art. 436 CPP). Selon l'art. 12 al. 2 RFPPF, lorsque, comme en l'occurrence, le conseil ne fait pas parvenir le décompte de ses prestations avant la clôture des débats ou dans le délai fixé par la direction de la procédure, ou encore, 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. *In casu*, une indemnité en faveur de l'intimé, d'un montant de CHF 1'000.-- (TVA incluse) paraît équitable et sera mise à la charge solidaire des recourants.

Par ces motifs, la Cour des plaintes prononce:

1. Le recours est rejeté.
2. Un émolument de CHF 2'000.--, réputé couvert par l'avance de frais acquittée par les recourants, est mis à leur charge solidaire.
3. Une indemnité de dépens de CHF 1'000.-- est allouée à C. à la charge solidaire des recourants.

Bellinzone, le 19 décembre 2018

Au nom de la Cour des plaintes
du Tribunal pénal fédéral

Le président:

La greffière:

Distribution

- Me Gérald Page, avocat
- Me Claude Nicati, avocat
- Ministère public de la Confédération

Indication des voies de recours

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