

Bundesstrafgericht
Tribunal pénal fédéral
Tribunale penale federale
Tribunal penal federal



Numéro de dossier: BB.2020.100
Procédure secondaire: BP.2020.58

Décision du 27 juillet 2020

Cour des plaintes

Composition

Les juges pénaux fédéraux
Roy Garré, président,
Patrick Robert-Nicoud et Stephan Blättler,
la greffière Daphné Roulin

Parties

A., représenté par Me Paolo Bernasconi, Me Jean-François Ducrest, Me Myriam Fehr-Alaoui ainsi que par Me Daniel Zappelli, avocats,

recourant

contre

MINISTÈRE PUBLIC DE LA CONFÉDÉRATION,

intimé

Objet

Actes de procédure du Ministère public de la Confédération (art. 20 al. 1 let. b en lien avec l'art. 393 al. 1 let. a CPP); déni de justice (art. 393 al. 2 let. a CPP); effet suspensif (art. 387 CPP)

Faits:

- A.** Le Ministère public de la Confédération (ci-après: MPC) mène depuis 2017 une instruction pénale – référencée sous SV.17.1802 – contre notamment A. (dossier MPC n^{os} 01.100-0001 à 0004).
- B.** Dans le cadre de la procédure précitée, le MPC a émis le 17 octobre 2019 une demande d'entraide à la Malaisie tendant à l'audition de cinq personnes. Il a sollicité que les défenseurs des prévenus, respectivement les prévenus eux-mêmes, soient autorisés à assister à ces auditions ainsi qu'à poser des questions (dossier MPC n^{os} 18.102-0225 à 0241).
- C.** Le 30 mars 2020, les autorités malaisiennes ont répondu pouvoir auditionner en Malaisie les personnes susmentionnées, en présence du MPC et des parties, respectivement de leur conseil. Afin de pouvoir se prononcer sur l'acceptation de la requête, les autorités malaisiennes ont souhaité recevoir par avance la liste des questions à poser aux personnes à auditionner (dossier MPC n^{os} 18.102-0295 à 0296).
- D.** Le 22 avril 2020, le MPC a informé le prévenu de la demande d'entraide et de la réponse des autorités malaisiennes et qu'il réitérera auprès des autorités malaisiennes sa requête tendant à la présence, lors des auditions, des défenseurs des prévenus, respectivement des prévenus eux-mêmes. Le MPC a indiqué qu'il allait transmettre, comme demandé, la liste des questions à l'attention des personnes à auditionner et a invité A. à lui communiquer ses éventuelles questions (dossier MPC n^{os} 18.102-0603 à 0604).
- E.** Le 14 mai 2020, A. a demandé au MPC, notamment, la liste claire des personnes qui allaient être auditionnées. Il a également sollicité de recevoir la liste des questions du MPC avant de déposer sa propre liste (dossier MPC n^{os} 16.104-0064 à 0067).
- F.** Par lettre du 19 mai 2020, le MPC a rappelé en substance les termes de sa lettre du 22 avril 2020. Par ailleurs, il a précisé que l'identité des personnes à auditionner se trouvait dans la demande d'entraide. Le MPC n'a pas fourni à A. la liste de questions qu'il allait adresser aux autorités malaisiennes et s'est limité à prolonger le délai imparti pour fournir ses éventuelles questions

(dossier MPC n^{os} 16.104-0073 à 0074).

- G.** Le 29 mai 2020, A. forme recours auprès de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral (act. 1). Il prend les conclusions suivantes (act. 1 p. 21 à 23):

« I. en la forme

1. Déclarer le présent recours recevable.

II. Au fond

Préalablement

2. Accorder l'effet suspensif au présent recours.
3. Par conséquent, tout acte de mise en œuvre de la demande complémentaire du MPC du 17 octobre 2019 adressée à la Malaisie est suspendu jusqu'à droit connu sur ce recours.

III. Principalement

4. Annuler et mettre à néant la décision rendue par le Ministère public de la Confédération du 19 mai 2020 dans la procédure SV.17.1802-DCA, portée à la connaissance de la partie recourante le 20 mai 2020.
5. Cela fait, le Ministère public de la Confédération mettra à disposition du recourant:
 - 5.1 la liste complète des personnes dont le MPC demande à la Malaisie l'audition par la voie de l'entraide.
 - 5.2 la liste complète des questions qu'il entend soumettre aux personnes dont le MPC a demandé l'audition à la Malaisie.
 - 5.3 la liste complète des personnes qui ont participé aux rencontres de travail en Malaisie en juillet 2018 ainsi que le 7 mars 2019, comme appartenant à la Délégation suisse ainsi qu'à la Délégation malaisienne.
 - 5.4 tous les détails concernant les actes de procédure, le contenu, le développement, l'échange de renseignements et de documents concernant les rencontres de travail en Malaisie de juillet 2018 ainsi que du 7 mars 2019.
 - 5.5 le détail des frais de la procédure relatif à ces déplacements en Malaisie.
6. Le Ministère public de la Confédération communique aux autorités judiciaires de la Malaisie que toutes les données décrites dans la demande d'entraide supplémentaire du MPC du 17 octobre 2019 ne peuvent pas être utilisées du tout, notamment dans l'intérêt des procédures pénales ou administratives concernant le Fond souverain 1MDB.
7. Le Ministère public de la Confédération retire sa demande d'entraide du 17 octobre 2019 à la Malaisie qui sera substituée, le cas échéant, par une demande d'entraide dans laquelle seront biffées toutes les transactions qui figurent dans la page 4 jusqu'à la page 11 de la demande d'entraide supplémentaire du 17 octobre 2019.
8. Le Ministère public de la Confédération sollicite des autorités judiciaires malaisiennes qu'elles confirment leur accord quant à la présence des conseils suisses de A. aux audiences en Malaisie et leur droit de poser des questions aux

personnes auditionnées.

IV. En tout état

8. Condamner la Confédération au paiement des frais de la procédure.

9. Allouer à A. une indemnité pour les dépens occasionnés par l'exercice raisonnable et légitime de ses droits de procédure.

10. Débouter le Ministère public de la Confédération et toute autre partie de toute autre contraire conclusion. »

- H. Dans le cadre de l'échange d'écritures, le MPC conclut, sous suite de frais et dépens, tant sur la requête d'effet suspensif que sur le fond, à leur irrecevabilité, subsidiairement à leur rejet (act. 5 et 13).
- I. Par réplique du 30 juin 2020, A. confirme toutes les requêtes exposées dans les conclusions de son recours du 29 mai 2020 (act. 11).

Les arguments et moyens de preuve invoqués par les parties seront repris, si nécessaire, dans les considérants en droit.

La Cour considère en droit:

- 1. La Cour de céans examine d'office la recevabilité des recours qui lui sont adressés (arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2008.13-14 du 17 mars 2009 consid. 1.2).

Le recours formé par A. est dirigé à l'encontre (i) de la demande d'entraide du MPC du 17 octobre 2019, (ii) d'une lettre du MPC du 19 mai 2020 ainsi que (iii) pour déni de justice. Il convient ainsi d'examiner individuellement la recevabilité du recours pour chacun de ces cas.

Demande d'entraide du 17 octobre 2019 en tant qu' « entraide sauvage »

- 2.
 - 2.1 Les décisions et les actes de procédure du MPC peuvent faire l'objet d'un recours devant la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral (art. 393 al. 1 let. a CPP et art. 37 al. 1 LOAP). Dite Cour est compétente pour connaître

des recours dirigés contre les décisions rendues en application de la loi fédérale sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale (EIMP; RS 351.1), comme le prévoit l'art. 37 al. 2 let. a ch. 1 LOAP. Selon l'art. 25 al. 2 EIMP, le recours n'est recevable contre une demande suisse adressée à un Etat étranger que si elle est présentée aux fins de lui faire assumer la poursuite pénale ou l'exécution d'un jugement. Dans ce cas, seule la personne poursuivie qui a sa résidence habituelle en Suisse a le droit de recourir (art. 25 al. 2 *in fine* EIMP). Un recours est également recevable contre une demande suisse tendant à obtenir d'un Etat étranger qu'il assume l'exécution d'une décision pénale en relation avec une remise au sens de l'art. 101 al. 2 EIMP (art. 25 al. 2^{bis} EIMP). Au vu de ces dispositions, le législateur a expressément limité les possibilités de recours en matière d'entraide « active » (TPF 2017 35; v. arrêts du Tribunal pénal fédéral RR.2016.77 du 21 avril 2017 et RR.2017.330 du 6 février 2018 consid. 3.1; RR.2016.77 du 13 décembre 2016 consid. 3.1). En d'autres termes, aucune voie de recours n'est ouverte contre les décisions prises pour l'exécution des demandes d'entraide adressées à l'étranger (ZIMMERMANN, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 2^{ème} éd. 2019, n° 507 *in fine*).

2.2

2.2.1 Une « entraide sauvage » consiste à ce que l'Etat qui demande l'entraide transmet, dans le cadre de cette procédure, des moyens de preuve directement et immédiatement utilisables dans la procédure pénale ouverte à l'étranger (ou qui va s'ouvrir, à la suite de la présentation de la demande suisse). Le principe cardinal est de ne pas transmettre, par le moyen d'une demande suisse adressée à l'étranger, des moyens de preuve qui ne pourraient être remis à l'autorité étrangère qu'après l'entrée en force d'une décision de clôture, portant sur la transmission à l'étranger de ces moyens de preuve, en exécution régulière d'une demande d'entraide adressée à la Suisse (ZIMMERMANN, op. cit., n° 418 p. 454 s.). On ne saurait nécessairement voir une forme d' « entraide sauvage » dans le fait, pour l'autorité suisse, de demander l'entraide à l'étranger en désignant les opérations suspectes, les comptes concernés, leurs titulaires et leurs ayants droit. Il s'agit là d'indications indispensables pour l'exécution des mesures requises (ZIMMERMANN, op. cit., n° 418 p. 457).

2.2.2 En cas d' « entraide sauvage », une voie de recours est ouverte auprès de la Cour de céans malgré la formulation restrictive des 25 al. 2 et 25 al. 2^{bis} EIMP (v. *supra* consid. 2.1; cf. notamment arrêt du Tribunal fédéral 1A.107/2002 du 8 juillet 2002 consid. 1.2 et les références citées; arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2017.330 du 6 février 2018 consid. 3.2.2). Le recourant doit démontrer qu'il est personnellement et directement touché par la transmission conformément à l'art. 80h let. b EIMP. En d'autres termes, la

transmission prétendue illégale à l'étranger de renseignements doit le concerner directement (arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2017.330 du 6 février 2018 consid. 3.2.2; RR.2015.241 du 18 mars 2016 consid. 6.5). En vertu de l'art. 9a let. a OEIMP, est notamment réputé personnellement et directement touché, en cas d'informations sur un compte, le titulaire du compte.

2.3

2.3.1 Le recourant fait grief au MPC de procéder à une « entraide sauvage » au motif que la demande d'entraide du 17 octobre 2019 (p. 4 à 11) décrit des transactions financières protégées par le secret bancaire et commercial entre des entités en Suisse et à l'étranger. D'après lui, il s'avère superflu de mettre à disposition de la Malaisie ces renseignements, dès lors que l'entraide vise uniquement des auditions. Ainsi, il conclut à ce que la Suisse indique aux autorités malaisiennes que les informations relevant de la demande d'entraide ne pourront pas être utilisées dans le cadre de procédures malaisiennes ainsi qu'à ce que la demande d'entraide soit retirée puis substituée par une nouvelle ne contenant pas les transactions litigieuses et empêchant ainsi toute forme d'entraide déguisée (act. 1 n^{os} 47 à 52; v. également *supra* let. G).

2.3.2 Le MPC soutient que A. n'a pas recouru dans le délai de trente jours après avoir pris connaissance le 22 avril 2020 de la demande d'entraide (art. 80k EIMP applicable par analogie). Par conséquent, le recours pour contester une potentielle « entraide sauvage » serait irrecevable pour cause de tardivité. Par ailleurs, selon le MPC, le recourant n'aurait pas établi les conditions pour lesquelles la demande d'entraide serait « sauvage » (act. 5 p. 8).

2.4 En l'espèce, il ressort de la demande d'entraide du 17 octobre 2019 que des sommes ont été transférées vers et depuis le compte bancaire personnel de A. auprès de la banque B. en Suisse. Ne sont pas indiqués le numéro du compte bancaire ou toute autre information y relatif. Ainsi, la demande d'entraide adressée à la Malaisie ne transmet pas de la documentation bancaire et autres pièces y relatives en lien avec une relation au nom de A. Le recourant ne l'allègue d'ailleurs pas. Partant, à défaut d'être directement et personnellement touché au sens de l'art. 80h let. b EIMP, le recourant ne dispose pas de la qualité pour recourir contre la demande d'entraide du 17 octobre 2019 dans la mesure où elle constituerait une « entraide sauvage ». La question du respect du délai de trente jours au sens de l'art. 80k EIMP applicable par analogie peut rester indécise (v. GLUTZ VON BLOTZHEIM, Die spontane Übermittlung, die unaufgeforderte Übermittlung von Beweismitteln und Informationen gemäss art. 67a IRSG, 2010, p. 180).

Cela étant, même s'il eût été recevable, le recours aurait dû être rejeté. En effet, il sied de rappeler que la jurisprudence admet qu'un magistrat suisse est, de manière générale, en droit d'informer son homologue étranger de l'existence d'un compte bancaire, sans pour autant lui communiquer des documents et correspondances bancaires et autres pièces y relatives, qui constitueraient en tout état des moyens de preuve (cf. consid. 2.2.1 ; cf. ATF 139 IV 137 consid. 4.6.2).

- 2.5** Au vu des considérants qui précèdent, le recours interjeté contre la demande d'entraide du 17 octobre 2019 est irrecevable.

Lettre du MPC du 19 mai 2020 et violation des règles de procédure

3.

- 3.1** Le recourant défend que l'art. 25 al. 2 et al. 2^{bis} EIMP n'entre *in casu* pas en ligne de compte. D'après lui, le recours ne porte pas sur la question de savoir si la demande d'entraide est bien fondée, mais porte sur l'application des art. 147 et 148 CPP ainsi que sur des modalités de conduite de la procédure pénale diligentée en Suisse par le MPC. Dans cette constellation, il soutient que si le MPC ne peut pas s'assurer préalablement que son droit de participer à des actes de procédure sera respecté au regard du droit suisse (art. 107 al. 1 et 147 CPP) lors des auditions en Malaisie, dite autorité doit renoncer à l'administration de ces preuves. Le recourant soulève encore une violation du principe de la parité des armes, dès lors que le MPC refuse de lui remettre préalablement la liste des questions qu'il soumettra aux personnes auditionnées. Enfin, il se plaint d'une violation du principe de proportionnalité au motif que le MPC lui a imparti un trop bref délai pour formuler ses questions.
- 3.2** En l'occurrence, la démarche du MPC s'inscrit clairement dans le cadre d'une demande d'entraide dite « active » portant sur la remise de moyens de preuve par les autorités malaisiennes. Une telle démarche est gouvernée par les règles applicables en matière d'entraide judiciaire, soit en l'espèce les dispositions de l'EIMP. Comme rappelé ci-avant (v. *supra* consid. 2.1), les possibilités de recours en matière d'entraide « active » sont limitées. Force est de constater que l'acte du 19 mai 2020 contesté par le recourant ne s'inscrit manifestement pas dans l'une des hypothèses embrassées par les art. 25 al. 2 et 25 al. 2^{bis} EIMP. Ainsi, le recours est manifestement irrecevable à l'aune des règles applicables en matière d'entraide pénale.

Les questions soulevées par le recourant ont trait à l'exploitabilité des

preuves qui seront, potentiellement, versées à la procédure nationale dans l'hypothèse où les autorités malaisiennes donnent suite à la demande d'entraide helvétique. Un éventuel recours portant sur ce point ne pourra être envisagé qu'une fois l'entraide exécutée et les moyens de preuve versés au dossier pénal suisse (v. GLESS/SCHAFFNER, Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, 2015, n^{os} 26 ss ad art. 25 EIMP), les raisons d'économie de procédure invoquées par le recourant ne lui étant d'aucun secours à ce stade. Vu le *numerus clausus* des décisions sujettes à recours selon l'EIMP, on ne saurait contourner la « *lex specialis* » que celle-ci constitue, en admettant d'entrer en matière sur un recours fondé sur l'art. 393 al. 1 CPP (cf. TPF 2017 35). Le recourant ne saurait donc se prévaloir d'une voie de recours à ce stade.

- 3.3** Il s'ensuit que le recours formé contre la lettre du MPC du 19 mai 2020 doit être déclaré irrecevable.

Déni de justice

4.

- 4.1** Aux termes de l'art. 29 al. 1 Cst. toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable. L'autorité qui se refuse à statuer ou ne le fait que partiellement viole l'art. 29 al. 1 Cst. (ATF 144 II 184 consid. 3.1 p. 192).

4.2

- 4.2.1** Le recourant reproche en substance au MPC son refus de le renseigner sur deux rencontres intervenues en Malaisie entre le Procureur général et les autorités malaisiennes en juillet 2018 puis en mars 2019. Il aurait requis du MPC les informations suivantes: (i) l'identité des magistrats et des personnes auxiliaires au MPC ayant participé à ces rencontres ainsi que (ii) le but, le déroulement, les actes d'instruction, les actes d'entraide, les renseignements, les documents échangés et tout autre détail. D'après le recourant, les refus répétés du MPC de le renseigner sur ce qui précède constituent un déni de justice (act. 1 n^{os} 53 à 68).

- 4.2.2** Le MPC soulève notamment que le recourant, par l'entremise de Me Bernasconi, a interpellé le MPC le 4 mai 2020 (dossier MPC n^{os} 16.105-0006 à 0007) suite à un échange de courriers que cet avocat a eu avec l'OFJ concernant une « requête de mesures urgentes concernant les demandes d'entraide présentées par le Ministère public de la Confédération dans la procédure pénale contre A. [...] ». Afin de pouvoir répondre de manière

circonstanciée à ce courrier du 4 mai 2020, le MPC a sollicité le 7 mai 2020 (dossier MPC n° 16.105-0008) une copie de la lettre adressée à l'OFJ le 10 avril 2020. Le MPC indique n'avoir pas reçu de réponse à ce jour, de sorte que le recourant est mal venu de reprocher un déni de justice au MPC.

- 4.3** A titre liminaire, il sied de relever que le recourant a déposé le 26 mars 2020 une demande de récusation dirigée contre le Procureur général, le Procureur fédéral C. et tous les membres du MPC ayant fait partie des délégations qui se sont rendues en Malaisie en juillet 2018 et mars 2019. Cette demande de récusation est enregistrée sous la référence RR.2020.68 auprès de la Cour de céans.

Il ressort des pièces de cette procédure de récusation que le MPC a répondu expressément aux requêtes formulées par le recourant. C'est ainsi que le MPC a statué sur les requêtes de A. et a refusé d'y faire droit. Le refus de faire verser des éléments au dossier de la procédure doit être assimilé à une décision incidente en matière d'administration des preuves (cf. arrêt du Tribunal fédéral 1B_428/2017 du 16 octobre 2017 consid. 2.2), et non à un déni de justice.

- 4.4** Partant, le recours de A. pour déni de justice est sans objet.
- 5.** Au vu de ce qui précède, les recours formés contre la demande d'entraide du 17 octobre 2019 du MPC et la lettre du 19 mai 2020 du MPC sont à tous égards irrecevables, tandis que le recours pour déni de justice est sans objet.
- 6.** Vu le sort du recours, la demande d'effet suspensif est devenue sans objet.
- 7.** Au regard de l'issue de la procédure, les frais de la présente décision sont mis à la charge du recourant (cf. art. 428 al. 1 CPP). Il convient de fixer les émoluments à CHF 6'000.-- afin de tenir compte notamment de la façon de procéder de la partie recourante qui a réuni des griefs disparates dans un même mémoire de recours (v. art. 5 et 8 du règlement du Tribunal pénal fédéral du 31 août 2010 sur les frais, émoluments, dépens et indemnités de la procédure pénale fédérale [RS 173.713.162]).

Par ces motifs, la Cour des plaintes prononce:

1. Les recours formés contre la demande d'entraide du 17 octobre 2019 du MPC et la lettre du 19 mai 2020 du MPC sont irrecevables.
2. Le recours formé pour déni de justice est sans objet.
3. La requête d'effet suspensif est devenue sans objet.
4. Un émolument de CHF 6'000.-- est mis à la charge du recourant.

Bellinzone, le 27 juillet 2020

Au nom de la Cour des plaintes
du Tribunal pénal fédéral

Le président:

La greffière:

Distribution

- Mes Paolo Bernasconi, Jean-François Ducrest, Myriam Fehr-Alaoui et Daniel Zappelli, avocats
- Ministère public de la Confédération
- Office fédéral de la justice, Unité Entraide judiciaire

Indication des voies de recours

Les décisions de la Cour des plaintes rendues en application du Code de procédure pénale suisse peuvent faire l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral uniquement si elles concernent des mesures de contraintes (art. 79 et 100 al. 1 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral; LTF).

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

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