www.jusletter.ch

Paolo Bernasconi / Simone Schürch

# La mise sous scellés dans la procédure pénale suisse et dans l'entraide internationale en matière pénale : analogies et spécificités

La mise sous scellés : une inconnue ! En effet, ce sont plutôt les intermédiaires financiers, experts comptables et entrepreneurs qui sont confrontés à une perquisition et/ou à un séquestre de documents sur support papier ou informatique. Ces acteurs ignorent souvent quel est le moyen le plus efficace pour protéger les données concernant des tiers impliqués dans une procédure pénale entamée en Suisse ou à l'étranger. La mise sous scellés, qui n'est rien d'autre qu'une simple déclaration faite au fonctionnaire procédant à une perquisition, est la réponse adéquate dans ce genre de situations. La contribution présente aux praticiens et aux juristes les cas d'application les plus fréquents ainsi que les évolutions récentes liées à cet outil juridique.

Catégories d'articles : Contributions
Domaines juridiques : Procédure pénale ; Procédure administrative ; Entraide internationale

Proposition de citation : Paolo Bernasconi / Simone Schürch, La mise sous scellés dans la procédure pénale suisse et dans l'entraide internationale en matière pénale : analogies et spécificités, in : Jusletter 10 octobre 2016

ISSN 1424-7410, http ://jusletter.weblaw.ch, Weblaw AG, info@weblaw.ch, T +41 31 380 57 77

## Table des matières

Introduction
PREMIERE PARTIE : QUELQUES GENERALITES
I. Base légale et nature juridique
A. Base légale
1. En procédure pénale suisse (art. 248 CPP)
2. En procédure pénale administrative suisse (art. 50 DPA)
3. En procédure d'entraide internationale (art. 9 EIMP)
B. Nature juridique
II. Le but, l'objet et le champ d'application de la mise sous scellés
A. Le but
B. L'objet
C. Le champ d'application
1. Les scellés en cas de perquisition (art. 246 ss CPP) et de séquestre (art. 263 ss CPP)
2. Les scellés en cas d'obligation de dépôt (art. 265 CPP)
DEUXIEME PARTIE : LA MISE SOUS SCELLES EN PRATIQUE
I. La légitimation
A. Le cercle des personnes légitimées
1. Dans la procédure pénale suisse (art. 248 CPP)
2. Dans la procédure pénale administrative suisse (art. 50 DPA)
3. Dans la procédure d'entraide internationale (art. 9 EIMP)
B. Le devoir d'informer les personnes légitimées
II. Les exigences quant à la requête et l'exécution de la mise sous scellés
A. Conditions de forme
B. Conditions de temps
C. Exécution de la mise sous scellés
D. Remise de la documentation en enveloppe fermée
III. Les motifs de la mise sous scellés
A. La relation entre l'art. 248 et l'art. 264 CPP
B. Le droit de refuser de déposer et de témoigner
1. Remarque liminaire
2. L'art. 264 al. 1 CPP
a) La correspondance avec le défenseur (let. a)
b) Les documents personnels du prévenu (let. b)
c) Les objets et documents relevant des contacts avec une personne ayant le droit de refuser de témoigner (let. c)
I) Remarques générales
II) Le secret professionnel, de l'avocat en particulier
III) La protection des sources des professionnels des médias
d) Les objets et documents relevant des contacts entre une autre personne et son avocat (let. d)
3. Le droit de ne pas s'auto-incriminer
C. Les « autres motifs » d'après l'art. 248 CPP
D. Les motifs d'après l'art. 50 DPA
E. Les motifs dans la procédure d'entraide internationale
IV. La distinction entre la mise sous scellés et le recours
TROISIEME PARTIE : LA LEVEE DES SCELLES
I. La demande de levée des scellés
A. L'autorité requérante
B. Le contenu de la demande
1. Indices suffisants
2. Connexité avec l'infraction poursuivie
3. Proportionnalité

C. Le délai
II. L'autorité compétente
A. Dans la procédure pénale suisse
B. Dans la procédure d'entraide internationale
III. La procédure
A. Les parties
B. La manière de procéder du tribunal et les devoirs des parties
C. Le délai d'un mois
IV. Les moyens de droit
A. Dans la procédure pénale suisse
B. Dans la procédure d'entraide internationale
C. Les « cas particulièrement complexes »
Conclusions
D. Procédure interne suisse
E. Procédure d'entraide internationale

## Introduction

[Rz 1] Terrorisme et crime organisé d'une part et, aux antipodes, blanchiment du produit des infractions fiscales aggravées d'autre part : deux domaines dans lesquels les tribunaux auront à appliquer les mêmes normes concernant des infractions de gravité totalement différente, mais pour l'éclaircissement desquelles le législateur a prévu les mêmes règles de procédure. Ceci concerne notamment de la protection de la sphère privée introduite par la procédure de mise sous scellés.

[Rz 2] La plupart des demandes d'acquisition de moyens de preuve adressées aux autorités suisses concernent toute sorte de documents en possession de personnes physiques ou morales tenues au respect d'un secret professionnel, telles que les banques et d'autres intermédiaires financiers en application de l'art. 47 de la loi sur les banques (LB)[1], de l'art. 43 de la loi sur les bourses (LBVM)[2], de l'art. 162 du Code pénal (CP)[3] ainsi que de l'art. 6 de la loi contre la concurrence déloyale (LCD)[4]. Par conséquent, tandis que de nombreuses autres normes de la procédure pénale s'adressent directement aux personnes participant à la procédure en qualité d'accusées et qui sont ainsi généralement assistées séance tenante d'un avocat, les normes concernant la mise sous scellés sont directement applicables à des tièrs, lesquels, en règle générale, sont touchés par une perquisition et/ou un séquestre, sans pouvoir bénéficier de l'assistance immédiate d'un avocat. C'est ainsi qu'il se justifie d'adopter une approche de caractère plutôt pragmatique, permettant aux nombreuses personnes directement concernées par une telle mesure de faire valoir tous les droits à leur disposition.

[Rz 3] Ainsi que le démontrent les nombreuses notes de bas de page de ce texte, cinq ans après l'entrée en vigueur du Code de procédure pénale (CPP), la jurisprudence et la doctrine sont suffisament abondantes pour établir un bilan relatif à la portée des nouvelles dispositions soit tiré. L'importance pratique de l'art. 248 CPP est notable et influence la manière dont d'autres dispositions prévoyant la possibilité de requérir la mise sous scellés sont appliquées, tels les art. 50 de

1 Loi sur les banques (RS 952.0).

2 Loi sur les bourses (RS 954.1).

3 Code pénal suisse (RS 311.0).

4 Loi contre la concurrence déloyale (RS 241) ; cf. également l'art. 16 de la loi cantonale tessinoise concernant l'exercice des professions fiduciaires (LFid ; RS/TI 11.1.4.1).

la loi sur le droit pénal administratif (DPA)[5] et 9 de la loi sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP)[6]. D'une part, nous trouvons utile de rappeler les éléments essentiels du système introduit par la nouvelle disposition à l'aune des développements jurisprudentiels récents. D'autre part, nous souhaitons également illustrer certains de ces éléments dans les autres procédures qui consacrent la mise sous scellés afin de comprendre dans quelle mesure les divergences qui existent entre les différents systèmes sont justifiées.

[Rz 4] Suite à un bref rappel des généralités à propos de la mise sous scellés et des dispositions qui la régissent (première partie), nous aborderons les aspects pratiques de la mise sous scellés en tant que telle (deuxième partie) pour nous pencher enfin sur la procédure de levée des scellés (troisième partie).

# PREMIERE PARTIE : QUELQUES GENERALITES

## I. Base légale et nature juridique

## A. Base légale

### 1. En procédure pénale suisse (art. 248 CPP)

[Rz 5] Sous le titre 5 « Mesures de contrainte », le CPP consacre au chapitre 4 les « Perquisitions, fouilles et examens ». A la section 3 de ce chapitre (art. 246 à 248 CPP), des dispositions spéciales sont prévues pour la « Perquisition de documents et enregistrements » ; la mise sous scellés est réglée à l'art. 248 CPP. On parle de perquisition de documents quand il s'agit d'examiner des pièces par rapport à leur contenu et à leurs particularités, afin d'établir si elles sont aptes à servir de moyens de preuve et méritent d'être séquestrées pour être versées au dossier[7]. Contrairement à ce que la systématique de la loi pourrait laisser croire, le champ d'application de la mise sous scellés n'est pas limité à la perquisition. En effet, l'art. 264 al. 3 CPP (chapitre 7 « Séquestre ») renvoie explicitement « aux dispositions régissant la mise sous scellés » dans l'hypothèse où un ayant droit s'oppose au séquestre d'objets ou de valeurs patrimoniales en faisant valoir son droit de refuser de déposer ou de témoigner ou pour d'autres motifs. Partant, les dispositions reagissent la mise sous scellés s'appliquent également en cas de séquestre.

### 2. En procédure pénale administrative suisse (art. 50 DPA)

[Rz 6] Dans la DPA, les mesures de contrainte sont réglées dans le chapitre deuxième (« Enquêtes et décisions pénales de l'administration ») par les art. 45 ss. L'art. 50 DPA intitulé « Perquisition visant des papiers » prévoit à son alinéa 3 la possibilité pour le détenteur de s'opposer à la perquisition, ce qui a pour conséquence la mise sous scellés des papiers. En l'absence d'un renvoi

5 Loi sur le droit pénal administratif (RS 313.0).

6 Loi sur l'entraide internationale en matière pénale (RS 351.1).

7 Gérard Piquerez/Alain Macaluso, Procédure pénale suisse, 3e éd., Zurich 2011, no 1355.

en ce sens à l'art. 50 DPA, la mise sous scellés semble être exclue en cas de séquestre (art. 46 ss DPA)[8] ; la protection juridique est alors tout de même assurée par la plainte (art. 26 DPA)[9].

[Rz 7] Dès lors que la DPA règle de manière autonome la mise sous scellés, l'entrée en vigueur du CPP, bien qu'applicable à la DPA à titre supplétif, n'a pas changé la portée de l'art. 50 DPA[10]. Il faut encore noter que l'analyse des cas d'application de l'art. 50 DPA pourra acquérir une importance particulière compte tenu du fait que l'art. 13 al. 7 de la loi sur l'assistance administrative internationale en matière fiscale (LAAF)[11], régissant notamment la perquisition et le séquestre d'objets, de documents et de données, renvoie de façon explicite à l'art. 50 DPA al. 1 et 2, en excluant ainsi toutefois le troisième alinéa de la même disposition qui prévoit la mise sous scellés.

### 3. En procédure d'entraide internationale (art. 9 EIMP)

[Rz 8] À la section 3 (« Dispositions spéciales ») du chapitre 1 (« Champ d'application »), l'art. 9 EIMP traite de la protection du domaine secret. Il prévoit que « [l]ors de l'exécution de la demande, la protection du domaine secret est réglée conformément aux dispositions sur le droit de refuser de témoigner. Les art. 246 à 248 CPP s'appliquent par analogie à la perquisition de documents et à leur mise sous scellés »[12]. Alors que la première phrase vise plutôt l'aspect matériel de la protection, voire son étendue, la deuxième se réfère à l'aspect procédural en renvoyant aux dispositions sur la mise sous scellés[13] (art. 248 et 264 al. 3 CPP). A cet égard, il faut relever que ce renvoi pourrait paraître superflu, les normes du CPP étant de toute manière applicables (certes à titre subsidiaire) en application de l'art. 12 al. 1 deuxième phr. EIMP et de l'art. 54 CPP. Au vu de l'importance de la mise sous scellés, le législateur a toutefois préféré regler ce moyen juridique (« *Rechtsbehelf* ») de façon explicite également dans le cadre de l'entraide internationale.

[Rz 9] À l'instar de ce qui vaut dans le cadre de la procédure interne, la mise sous scellés peut également être requise en cas de séquestre selon l'art. 264 al. 3 CPP[14], lequel est applicable en vertu du renvoi aux normes du CPP qui vient d'être évoqué.

## B. Nature juridique

[Rz 10] La mise sous scellés est à la fois un procédé juridique et physique. Sur requête de l'intéressé, l'autorité pénale emballe les documents, les ordinateurs, les disques durs, les enregistrements et autre objet faisant l'objet d'une perquisition ou d'un séquestre d'une manière telle que l'accès

---

8 Cf. également Andreas J. Keller, *in* : A. Donatsch/T. Hansjakob/V. Lieber (édit.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2e éd., Zurich 2014, art. 246 CPP no 13 (cité : Kommentar StPO-auteur, art.).

9 Arrêt du Tribunal pénal fédéral BV.2010.16 – BV.2010.45 du 1er octobre 2010, consid. 5.2 ; Andreas Eicker/Friedrich Frank/Jonas Achermann, Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsstrafverfahrensrecht, Berne 2012, p. 211 s.

10 La question s'est en particulier posée en ce qui concerne le délai de 20 jours de l'art. 248 al. 2 CPP, cf. ATF 139 IV 246 = JdT 2014 IV 85, consid. 3 ; arrêt du Tribunal fédéral 1B_672/2012 du 8 mai 2013, consid. 1.2 ; arrêt du Tribunal pénal fédéral BE.2012.4 du 11 juillet 2012, consid. 3.2 ; Kommentar StPO-Keller, art. 246 CPP no 13.

11 Loi sur l'assistance administrative internationale en matière fiscale (RS 651.1).

12 Cf. p. ex. arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2015.205 du 18 novembre 2015, consid. 5.2.

13 Oliver Thormann/Beat Brechbühl, *in* : M.A. Niggli/M. Heer/H. Wiprächtiger (édit.), Schweizerische Strafprozessordnung, Basler Kommentar, 2e éd., Bâle 2014, art. 248 CPP no 72 (cité : BaKomm StPO-Auteur, art.).

14 Cf. art. 9 al. 1 1ère phr. EIMP; Alexander M. Glutz, *in* : M.A. Niggli/S. Heimgartner (édit.), Internationales Strafrecht, Basler Kommentar, Bâle 2015, art. 9 EIMP no 27 (cité: BaKomm IRSG-Auteur, art.).

à ceux-ci n'est possible qu'en brisant les scellés[15]. En tant que mesure immédiate, elle déploie ses effets dès son invocation par l'ayant droit[16]. Le résultat est celui d'une interdiction provisoire d'exploiter les preuves en question (« *suspensiv bedingtes Verwertungsverbot* ») jusqu'à la décision du juge de la levée des scellés[17]. Bien que sa qualification juridique en tant que moyen de droit au sens strict soit contestée, la mise sous scellés produit en pratique le même effet que l'opposition ou le recours : sur simple déclaration de l'intéressé, la compétence de décider d'une perquisition ou d'un séquestre passe de l'autorité pénale à un tribunal[18]. S'agissant d'une simple déclaration et non d'une demande, l'autorité qui procède à la perquisition n'a pas la faculté de refuser la mise sous scellés. L'invocation (« *Geltendmachung* ») à elle seule suffit. La nature de simple déclaration paraît être confirmée par l'utilisation dans la formulation de l'art. 50 al. 3 DPA, du terme « opposition » de la part du détenteur des objets ou documents soumis à l'ordre de perquisition. En effet, il suffit que le détenteur « s'oppose à la perquisition » pour que les papiers soient mis sous scellés jusqu'à ce qu'un tribunal ait statué sur l'admissibilité de la perquisition.

## II. Le but, l'objet et le champ d'application de la mise sous scellés

### A. Le but

### B. L'objet

[Rz 12] Aux termes de l'art. 248 CPP, peuvent faire l'objet de mise sous scellés les documents, enregistrements et autres objets. La clause générale prévue à l'art. 246 CPP est plus précise et distingue deux catégories d'objets : d'une part, les documents écrits, les enregistrements audio et d'autre nature, et d'autre part, les supports informatiques et les installations destinées au traitement et à l'enregistrement d'informations. La formulation du texte légal est aussi large que possible et vise tout objet ou dispositif contenant des informations. Voici quelques exemples : documents, photos, vidéos, enregistrements audio, clés USB, disques durs, ordinateurs, imprimantes, téléphones portables[19].

### C. Le champ d'application

#### 1. Les scellés en cas de perquisition (art. 246 ss CPP) et de séquestre (art. 263 ss CPP)

[Rz 13] Comme nous l'avons déjà évoqué, la possibilité de déclarer et faire valoir la mise sous scellés en cas de perquisition (art. 248 CPP) et de séquestre (art. 264 al. 3 CPP) ressort directement de la loi et n'appelle aucun commentaire particulier.

---

15 Kommentar StPO-Keller, art. 248 CPP n° 4.

16 Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005 [cité : Message CPP], FF 2006 1057, p. 1221; BaKomm StPO-Thormann/Brechbühl, art. 248 CPP n° 1.

17 *Ibidem.*

18 Kommentar StPO-Keller, art. 248 CPP n° 1.

19 Message CPP, p. 1220 ; BaKomm StPO-Thormann/Brechbühl, art. 246 CPP n° 1 ; Jo Pitteloud, Code de procédure pénale suisse, Zurich/Saint-Gall 2012, n° 559.

## 2. Les scellés en cas d'obligation de dépôt (art. 265 CPP)

[Rz 14] Le détenteur d'objets ou de valeurs patrimoniales qui doivent être séquestrés est soumis à une obligation de dépôt (*Herausgabepflicht* ou *Editionspflicht*, art. 265 al. 1 CPP). L'autorité pénale peut sommer les personnes tenues d'opérer un dépôt de s'exécuter dans un certain délai sous commination de la sanction prévue par l'art. 292 CP ou d'une amende d'ordre (« ordre de dépôt », art. 265 al. 3 CPP). L'ordre de dépôt étant une mesure moins incisive qu'une mesure de contrainte au sens du chapitre 5, il doit être utilisé en priorité[20] ; le recours à des mesures de contrainte n'est possible que si le détenteur refuse de procéder au dépôt ou s'il y a lieu de supposer que la sommation de procéder au dépôt ferait échouer la mesure (cf. art. 265 al. 4 CPP).

[Rz 15] De jurisprudence constante et en conformité avec la systématique (chapitre 7 « séquestre »), le sens et le but de la loi, la possibilité de requérir la mise sous scellés en cas de séquestre (art. 264 al. 3 CPP) s'étend à l'obligation de dépôt selon l'art. 265 CPP[21]. Partant, lorsque le détenteur soumis à l'obligation de dépôt invoque son droit de refuser de déposer, de témoigner ou d'autres intérêts juridiquement protégés au maintien du secret, il faut procéder selon les dispositions régissant la mise sous scellés[22] ; un recours contre une injonction de dépôt est dans tous les cas exclu[23].

[Rz 16] Nonobstant la loi ne le prévoie pas explicitement, la jurisprudence admet l'application de l'obligation de dépôt également dans le cadre de la DPA[24]. Elle considère par ailleurs que la mise sous scellés est le seul moyen de s'y opposer[25].

[Rz 17] Enfin, et de manière plus générale, peu importe la manière dont l'autorité entre en possession des documents, enregistrements ou autres objets (p. ex. sans que des moyens de contrainte m'aient dû être employés) ; pour admettre l'application de l'art. 248 CPP, seul est déterminant que la personne dont la sphère privée est atteinte s'oppose à une perquisition et/ou à un séquestre en faisant valoir des motifs liés à la protection du secret[26].

---

20 Il s'agit d'une concrétisation de la règle générale de l'art. 197 al. 1 let. c CPP ; BaKomm StPO-Bommer/Goldschmid, art. 265 CPP n° 1 ; Maurice Harari, Procédure pénale : La banque comme détentrice d'informations et de valeurs patrimoniales appartenant à son client, *in* : L. Thévenoz/C. Bovet (édit.), Journée 2010 de droit bancaire et financier, Genève 2011, p. 93 ss, p. 98 ; Kommentar StPO-Heimgartner, art. 265 n° 1.

21 Arrêts du Tribunal fédéral 1B_477/2012 du 13 février 2013, consid. 2.2 ; 1B_136/2012 du 25 septembre 2012, consid. 3.2.

22 *Ibidem*.

23 « Die Beschwerde gegen die sich auf Art. 265 StPO stützende Aufforderung zur Herausgabe von Unterlagen ohnehin grundsätzlich ausgeschlossen ist », arrêt du Tribunal pénal fédéral BB.2015.107 du 28 octobre 2015 et les nombreuses références citées.

24 Arrêt du Tribunal pénal fédéral BE.2007.2 du 03 juillet 2014, consid. 1.

25 Cf. p. ex. arrêt du Tribunal pénal fédéral BV.2012.14 du 6 décembre 2012, consid. 2.2 ; Andreas J. Keller, Grundrechtskonformität und Tauglichkeit des Verwaltungsstrafrechts als Prozessgesetz, *in* : Aktuelle Herausforderungen für die Praxis im Verwaltungsstrafverfahren, A. Eicker (éd.), Berne 2013, p. 165 ss [cité : Keller, Grundrechtskonformität], p. 189.

26 ATF 140 IV 28 = JdT 2014 IV 206, consid. 3.4 ; Niklaus Schmid, StPO Praxiskommentar, 2e éd., Zurich/Saint-Gall 2013, art. 246 n° 1.

# DEUXIEME PARTIE : LA MISE SOUS SCELLES EN PRATIQUE

## I. La légitimation

## A. Le cercle des personnes légitimées

### 1. Dans la procédure pénale suisse (art. 248 CPP)

[Rz 18] Le Tribunal fédéral a considéré pendant longtemps que seul le détenteur de la maîtrise de fait sur la documentation faisant l'objet d'une perquisition et/ou d'un séquestre était en droit de demander la mise sous scellés[27]. Il fondait son interprétation essentiellement sur les textes allemand et italien de l'art. 248 CPP qui utilisent le terme de « *Inhaber* »/« *detentore* », le texte français se référant à la motion large d'« intéressé ». Dans un arrêt de principe rendu en 2013, le Tribunal fédéral s'est rallié à l'opinion d'une partie de la doctrine[28] et a étendu la notion d'« intéressé » aux « [p]ersonnes qui, indépendamment du rapport de possession, pourraient disposer d'un intérêt juridiquement protégé au maintien du secret sur le contenu des documents »[29]. Il a ainsi repris la notion de détenteur telle que prévue par le Message en retenant que la faculté de requérir la mise sous scellés selon l'art. 248 al. 1 CPP devait correspondre à celle de l'art. 264 al. 3 CPP, qui comprend tout ayant droit[30] « [q]uels que soient l'endroit où ils [les documents/objets] se trouvent ».

[Rz 19] La limitation du cercle des personnes légitimées à demander la mise sous scellés selon l'art. 248 al. 1 CPP était en contradiction avec le sens et le but de la loi, soit en particulier avec une protection efficace du secret. En effet, à défaut de maîtrise de fait sur les documents perquisitionnés, la personne dont les secrets étaient touchés devait attendre le séquestre pour requérir la mise sous scellés, l'autorité ayant ainsi la possibilité d'accéder aux informations secrètes entre-temps. La situation était également insatisfaisante s'agissant de la légitimation à recourir au Tribunal fédéral contre la décision de levée des scellés[31].

[Rz 20] A titre d'exemple, la notion de détenteur comprend désormais le propriétaire des documents[32], le titulaire du compte ou le bénéficiaire économique s'agissant de la documentation bancaire[33], un Etat étranger s'agissant des documents appartenant à un agent diplomatique[34], ainsi que le prévenu[35].

---

27 Cf. p. ex. ATF 127 II 151, consid. 4c, aa.

28 Müller/Gäumann, p. 293 ; Kommentar StPO-Keller, art. 248 CPP n° 6 ; Bernhard Isenring/Martin A. Kessler, Strafprozessuale « Bank-Editionen » : Die Rechtlosigkeit des Kontoinhabers und der beschuldigten Person, *in* : PJA 2012, p. 322 ss, p. 331.

29 ATF 140 IV 28 = JdT 2014 IV 206, consid. 4.3.4.

30 *Ibidem.*

31 D'une part, le détenteur de la maîtrise de fait n'avait la possibilité de recourir au Tribunal fédéral que lorsqu'il encourait lui-même un risque de préjudice irréparable (art. 93 al. 1 let. a LTF). D'autre part, la légitimation à recourir de l'ayant droit non détenteur faisait régulièrement défaut car celui-ci n'était pas partie à la procédure antérieure (art. 81 al. 1 let. a LTF) ; ATF 140 IV 28 = JdT 2014 IV 206, consid. 4.3.6.

32 ATF 121 I 240 = JdT 1997 IV 115, consid. 1c.

33 Cf. déjà arrêts du Tribunal fédéral 1B_464/2012 du 7 mars 2012, consid. 6.1 et 1B_567/2012 du 26 février 2013, consid. 1.

34 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_588/2012 du 10 janvier 2013, consid. 2.2.

35 ATF 140 IV 28 = JdT 2014 IV 206, consid. 4.3.8 ; cf. déjà ATF 121 I 240, consid. 1 f)b).

## 2. Dans la procédure pénale administrative suisse (art. 50 DPA)

[Rz 21] En ce qui concerne l'art. 50 al. 3 DPA, la notion de détenteur correspond encore à la maîtrise effective sur l'objet, le législateur ayant manqué d'adapter les art. 48 à 50 DPA au CPP et au nouvel art. 46 al. 3 DPA[36]. Cela est regrettable. D'une part, la position de l'ayant droit non détenteur est plus faible en application de la DPA que du CPP ; cette inégalité de traitement n'a pas lieu d'être. D'autre part, une interprétation ansi restrictive de la notion paraît peu compatible avec le nouvel art. 46 al. 3 CPP : lorsque des documents concernant la relation entre un avocat et son client se trouvent chez un tiers et font l'objet d'une perquisition, le client n'a, dans un premier temps, aucun moyen pour s'opposer à la perquisition, quand bien même l'art. 46 al. 3 DPA interdit le séquestre de tels documents. Le secret de l'avocat risque ainsi d'être inutilement atteint. Ce résultat, insatisfaisant, mériterait d'être corrigé par une application analogique de la jurisprudence susmentionnée[37]. La légitimation à requérir la mise sous scellés serait ainsi plus large et la perquisition de documents dont le séquestre est de toute manière interdit serait empêchée[38]. Le Tribunal pénal fédéral semble toutefois être d'avis contraire et retient que les dispositions du CPP ne sont applicables que lorsque la DPA y renvoie explicitement[39].

## 3. Dans la procédure d'entraide internationale (art. 9 EIMP)

[Rz 22] S'agissant de l'EIMP, la question de l'élargissement du cercle des personnes légitimées à requérir la mise sous scellés est d'autant plus délicate que l'art. 9 EIMP renvoie explicitement aux art. 246–248 CPP[40]. Contre un tel élargissement plaide le fait que, en soi, le renvoi ne comprend pas l'art. 264 al. 3 CPP, dont la lettre a joué un rôle important dans l'évolution jurisprudentielle de la notion de détenteur (ou mieux, d'intéressé selon le texte français)[41], ainsi que des motifs de célérité[42]. En revanche, la règle selon laquelle une disposition à laquelle il est renvoyé devrait s'appliquer avec la jurisprudence y relative plaide en faveur d'une notion plus large de détenteur[43]. Il en va de même s'agissant du principe de protection individuelle (« *Individualschutzprinzip* »)[44].

---

36 Arrêts du Tribunal fédéral 1B_672/2012 du 8 mai 2013, consid. 3.5 ; 1B_232/2009 du 25 février 2010, consid. 4.1 ; arrêts du Tribunal pénal fédéral BE.2014.3 du 22 juillet 2014, consid. 1.2 ; BE.2012.5 du 11 juillet 2012, consid. 1.2 ; Eicker/Frank/Achermann, p. 209 ; Kommentar StPO-Keller, art. 246 CPP n° 13 ; cf. également Peter Burckhardt/Roland M. Ryser, Die erweiterten Beschlagnahmeverbote zum Schutz des Anwaltsgeheimnisses insbesondere im neuen Strafverfahren, *in* : PJA 2013, p. 159 ss, p. 167.

37 Du même avis Anne Valérie Julen Berthod/Grégoire Mégevand, *in* : RPS 134/2016 p. 218 ss, p. 241.

38 A cet égard, il s'agirait de faire correspondre les motifs justifiant la mise sous scellés avec les motifs interdisant le séquestre.

39 Arrêt du Tribunal pénal fédéral BE.2012.4 du 11 juillet 2012, consid. 1.3.2 et 5.2 ; cf. également ATF 139 IV 246 consid. 1.2.

40 Pour l'extension du cercle des personnes légitimées : BaKomm IRSG-Glutz, art. 9 EIMP n^os^ 27 et 29 ; Robert Zimmermann, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 4^e^ éd., Berne 2014, n° 401 ; *contra* : Kommentar StPO-Keller, art. 246 CPP n° 9.

41 Cf. Kommentar StPO-Keller, art. 246 CPP n° 9.

42 Cf. arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2015.132 du 25 novembre 2015, consid. 2.5.

43 Thormann/Brechbühl soutiennent qu'une notion très étroite de détenteur en matière d'entraide se justifie par le fait que seule la personne « personnellement et directement touchée » est légitimée à recourir (art. 21 al. 3 et art. 80*h* let. b EIMP). De même, à leur avis un élargissement de la notion serait incompatible avec le principe de célérité (BaKomm StPO-Thormann/Brechbühl, art. 248 CPP n° 71).

44 D'après ce principe, un individu ne peut subir un traitement moins favorable dans le cadre d'une procédure d'entraide que celui auquel il aurait eu droit lors d'une procédure interne dans l'Etat saisi de la demande.

[Rz 23] Le Tribunal des mesures de contrainte zurichois a admis de manière convaincante l'élargissement de la notion de détenteur en se fondant en particulier sur la correspondance de contenu qui doit exister entre l'art. 248 et l'art. 264 CPP[45]. Il a ainsi retenu que la question de la légitimation était réglée exclusivement par le CPP, l'EIMP étant en revanche applicable en ce qui concerne les voies de droit[46]. Dans un arrêt plus récent, le Tribunal pénal fédéral a en revanche explicitement rejeté un élargissement de la notion de détenteur[47].

## B. Le devoir d'informer les personnes légitimées

[Rz 24] L'élargissement du cercle des personnes légitimées à requérir la mise sous scellés implique des obligations supplémentaires pour l'autorité pénale. Ainsi, il lui incombe « [...] de s'assurer que les bénéficiaires de ce droit de procédure peuvent également l'exercer à temps et de manière efficace. De ce fait, avant une mise en sûreté, elle [l'autorité pénale] doit au moins entendre le détenteur des enregistrements quant à leur contenu et quant à un éventuel motif de mise sous scellés (art. 247 al. 1 CPP). Après sa réception, respectivement la mise en sûreté, mais avant la perquisition des enregistrements, elle doit d'office assurer le droit d'être entendu à d'autres ayants droit (cf. art. 107 CPP) et leur accorder la possibilité de déposer une demande de mise sous scellés [...]. Entrent en considération en tant qu'ayants droit à la protection du secret, en particulier le prévenu et les personnes fondées à refuser de témoigner au sens des art. 170–173 CPP [...] ».

[Rz 25] Tout d'abord, seul le détenteur de la maîtrise effective a le droit de se déterminer sur le contenu des documents avant leur mise en sûreté ; ce n'est que par la suite – mais avant la perquisition – que l'autorité pénale doit aviser, informer et entendre d'autres ayants droit éventuels. Doivent être informées seulement les personnes dont l'intérêt au maintien du secret est manifeste (« *offensichtlich* »)[48], ou à tout le moins reconnaissable au vu des circonstances du cas d'espèce[49], comme p. ex. le prévenu et les personnes qui peuvent se prévaloir du droit de refuser de témoigner.

[Rz 26] Au moment de la perquisition, l'intéressé doit être informé de manière suffisante, compréhensible et ponctuelle de la possibilité de requérir la mise sous scellés, de la suite de la procédure s'il décide de se prévaloir de ce droit ainsi que de sa péremption si celui-ci n'est pas immédiatement exercé[50]. La seule remise d'un papier indiquant au verso les dispositions légales pertinentes

45 Arrêt OGer ZH TF130015-O/U/MAI du 29 janvier 2014, consid. 3.4.4 : « Das Recht auf Siegelung müsse auf die prozessualen Rechte, sich gegen eine Beschlagnahme zu wehren, abgestimmt werden ».

46 Arrêt OGer ZH TF130015-O/U/MAI du 29 janvier 2014, consid. 3.5 : « An diesem Resultat ändert das IRSG nichts. Die Antwort auf die Frage der Siegelungsberechtigung richtet sich nicht nach dem IRSG, sondern nach der StPO [...]. Es trifft zu, dass für den prozessualen Rechtsschutz gegen Rechtshilfemassnahmen nicht die StPO massgebend ist, sondern das IRSG als « lex specialis » (Art. 1 Abs. 1 IRSG ; Art. 54 StPO ; Urteil des Bundesgerichts 1B_563/2011 vom 16. Januar 2012 E. 2.1) ».

47 Le Tribunal a retenu que « pour invoquer utilement les dispositions relatives à la mise sous scellés, la recourante doit être directement visée par la perquisition et avoir un secret professionnel qualifié », arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2015.132 du 25 novembre 2015, consid. 2.5.

48 On mentionnera l'exemple de papiers mis en sûreté lors de la perquisition des locaux d'une étude d'avocats. Dans ce cas, les clients auxquels les documents mis en sûreté se rapportent devraient être informés. Cf. arrêts du Tribunal fédéral 1B_303/2013 du 21 mars 2014, consid. 6 et 1B_567/2012 du 25 février 2013, consid. 4 ; Kommentar StPO-Keller, art. 248 CPP n° 7 ; BaKomm StPO-Thormann/Brechbühl, art. 247 CPP n° 3.

49 Kommentar StPO-Keller, art. 248 CPP n° 7 ; Müller/Gäumann, p. 292.

50 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_309/2012 du 6 novembre 2012, consid. 5.3 et 5.7.

ne suffit pas[51]. L'autorité pénale doit en outre tenir un procès-verbal indiquant que l'information a bien été transmise, un consentement par actes concluants ne pouvant pas être présumé[52]. A défaut du respect de ce devoir d'information, l'intéressé laïc du droit a en principe la possibilité de requérir la mise sous scellés dans un second temps[53].

[Rz 27] Les mêmes exigences d'information valent, *mutatis mutandis*, dans le cadre de l'art. 50 al. 3 DPA[54].

## II. Les exigences quant à la requête et l'exécution de la mise sous scellés

### A. Conditions de forme

[Rz 28] Pour que des documents, enregistrements ou autres objets soient mis sous scellés, il suffit que l'intéressé fasse valoir son droit de refuser, de déposer ou de témoigner, ou encore d'autres motifs. Il n'est donc pas nécessaire de requérir formellement la mise sous scellés[55]. Les motifs invoqués doivent être rendus vraisemblables[56] ; l'autorité pénale est en droit de refuser la mise sous scellés uniquement si la requête apparaît comme manifestement mal fondée ou constitutive d'un abus de droit (soit « *nur in liquiden Fällen* »)[57]. Dans les autres cas, il est du ressort du tribunal, et non de l'autorité pénale de décider du bien-fondé des motifs invoqués par la personne touchée[58]. Le Tribunal fédéral a p. ex. confirmé un refus de procéder à la mise sous scellés dans un cas où la légitimation de la personne qui la requerait faisait manifestement défaut[59]. A l'inverse, il a retenu que l'autorité pénale ne pouvait pas refuser de mettre sous scellés à titre provisionnel[60] des documents au seul motif que le ministère public les avait reçus dans le cadre d'une demande d'entraide[61]. A cet égard, il faut ainsi retenir que la mise sous scellés peut être demandée à titre de protection juridique provisionnelle (« *strafprozessualer vorsorglicher Rechtsschutz* ») jusqu'au moment où la décision d'accorder l'entraide de l'autorité étrangère requise est entrée en force[62]. Par la suite, l'application de l'art. 248 CPP est exclue.

---

51 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_309/2012 du 6 novembre 2012, consid. 5.7 ; Thormann/Brechbühl semblent interpréter les mots du Tribunal fédéral de manière différente, cf. BaKomm StPO-Thormann/Brechbüh, art. 247 CPP nº 8 note marginale 24.

52 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_309/2012 du 6 novembre 2012, consid. 5.4.

53 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_309/2012 du 6 novembre 2012, consid. 5.4 ; BaKomm StPO-Thormann/Brechbühl, art. 248 CPP nº 9.

54 « En cas de perquisition dans le cadre d'une procédure pénale selon la DPA, le détenteur de « papiers » (respectivement des enregistrements et autres objets) doit avoir la possibilité, pour autant que cela soit possible, de s'exprimer sur le contenu de ceux-ci » (traduction libre de l'allemand), arrêt du Tribunal fédéral 1B_672/2012 du 8 mai 2013, consid. 3.1.

55 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_477/2012 du 13 février 2013, consid. 3.2.

56 Message CPP, p. 1221 ; arrêt du Tribunal fédéral 1B_672/2012 du 8 mai 2013, consid. 3.5.1 ; cf. également ATF 138 IV 225 = JdT 2013 IV 3, consid. 7.1.

57 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_464/2012 du 7 mars 2013, consid. 3, 6.1 et 6.2.

58 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_464/2012 du 7 mars 2013, consid. 3.

59 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_546/2012 du 23.01.2013, consid. 2.2.

60 En tant que telle, la mise sous scellés n'est pas une mesure provisionnelle selon l'art. 98 LTF, cf. arrêt du Tribunal fédéral 1B_27/2012 du 27 juin 2012, consid. 1.

61 Cf. arrêt du Tribunal fédéral 1B_464/2012 du 7 mars 2013. Certes, il faut néanmoins signaler que dans ce cas, l'Etat requis avait explicitement demandé à l'autorité pénale suisse de ne pas utiliser ni exploiter les documents qui lui avaient été remis, ce jusqu'à droit connu sur un recours pendant dans l'Etat requis.

62 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_282/2013 du 14 février 2014, consid. 4.6 et 4.7.

[Rz 29] Dans les cas de mélange entre documents ou données ne pouvant être ni perquisitionnés ni séquestrés et données ou documents qui le peuvent, il est recommandable de demander la mise sous scellés. En ce sens, on serait tenté de se référer à l'adage « *in dubio pro sigillo* ». Néanmoins, même cet adage pourrait être trompeur ; sous réserve des cas d'abus flagrants, il n'appartient pas à l'autorité pénale de se prononcer en acceptant ou en refusant la mise sous scellés. Il revient exclusivement aux détenteurs des documents et objets faisant l'objet d'une perquisition et/ou d'un séquestre de requérir la mise sous scellés. L'adage « *in dubio pro sigillo* » serait donc tout de même adéquat du point de vue de la personne touchée par la mesure : en cas de doute, notamment concernant l'existence des « autres motifs » prévus par l'art. 248 CPP, le détenteur avisé demandera la mise sous scellés.

## B. Conditions de temps

[Rz 30] Compte tenu de son but[63], la requête de mise sous scellés doit être formulée immédiatement, soit en relation directe avec la mesure coercitive ou, au plus tard, dès que l'intéressé a été informé de cette possibilité. Elle coïncide donc en principe avec l'exécution de la perquisition[64], le Tribunal fédéral ayant toutefois admis une requête déposée quelques heures après l'exécution de la mesure afin de permettre à l'intéressé de se faire conseiller par un avocat[65]. De manière analogue dans le cadre de l'exécution d'une demande d'entraide, il n'est pas possible d'attendre la décision de clôture pour requérir la mise sous scellés[66].

[Rz 31] En ce qui concerne la mise sous scellés en cas d'injonction de dépôt, elle doit être requise au plus tard au moment de la remise des documents à l'autorité pénale[67]. La tardivité de la demande de mise sous scellés n'est pas à confondre avec le non-respect d'un éventuel délai imposé par l'autorité pénale pour donner suite à une injonction de dépôt, lequel peut être sanctionné en application de l'art. 292 CP ou par une amende (cf. art. 265 al. 3 CPP)[68] et qui, le cas échéant, entraînera l'exécution d'une mesure coercitive.

## C. Exécution de la mise sous scellés

[Rz 32] Le principe de la proportionnalité veut qu'en règle générale un premier triage sommaire (*Grobtriage* ou *Grobsichtung*) des documents faisant l'objet d'une perquisition ou d'un séquestre ait lieu sur place, au moment de l'exécution de la mesure[69]. Ce faisant, les documents qui ne

63 Cf. arrêt du Tribunal fédéral 1B_477/2012 du 13 février 2013, consid. 3.2.

64 Arrêts du Tribunal fédéral 1B_322/2013 du 20 décembre 2013, consid. 2.1, 1B_546/2012 du 23 janvier 2013, consid. 2.3 et 1B_516/2012 du 9 janvier 2013, consid. 2.3 ; BaKomm StPO-Thormann/Brechbühl, art. 248 CPP n° 11 ; Kommentar StPO-Keller, art. 248 CPP n° 11.

65 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_322/2013 du 20 décembre 2013, consid. 2.1. On notera que la connaissance d'une perquisition de la part de l'organe de la société intéressée doit être imputée à la société elle-même, cf. arrêt du Tribunal fédéral 1B_546/2012 du 23 janvier 2013, consid. 2.3.

66 Arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2008.166 du 17 décembre 2008, consid. 3.

67 Arrêts du Tribunal fédéral 1B_477/2012 du 13 février 2013, consid. 3.4 et 1B_320/2012 du 14 décembre 2012, consid. 4.2.

68 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_477/2012 du 13 février 2013, consid. 3.4.

69 Arrêts du Tribunal fédéral 1B_320/2012 du 14 décembre 2012, consid. 4.1.2 ; 1B_200/2007 du 15 janvier 2007, consid. 2.6 ; arrêt du Tribunal pénal fédéral BE.2011.6 du 27 mars 2012, consid. 1.3 ; Müller/Gäumann, p. 292 ; Pitteloud, n° 563.

présentent manifestement aucun intérêt pour l'enquête pénale sont directement écartés. Afin d'éviter que la mise sous scellés soit vidée de son sens, cet examen doit rester très sommaire (« *eine kurze Sichtung und summarische Prüfung* ») et se limiter p. ex. à la seule lecture du titre des documents. L'intéressé doit assister activement l'autorité pénale en lui indiquant les pièces qu'il estime protégées par le secret ou qui ne peuvent être perquisitionnées ou séquestrées pour d'« autres motifs » tel que cela est prévu par l'art. 248 CPP. Par contre, en vertu du principe « *nemo tenetur se ipsum detegere* », une assistance active ne pourra pas être exigée de la part d'un détenteur qui serait en même temps accusé.

[Rz 33] Dans le cadre de l'exécution de la mise sous scellés, il faudra en outre tenir compte des caractéristiques et des dimensions des objets visés par la perquisition.

## D. Remise de la documentation en enveloppe fermée

[Rz 34] Dans l'accomplissement de l'obligation de dépôt selon l'art. 265 CPP, il suffit pour le détenteur de remettre les documents qu'il estime protégés en déclarant qu'ils doivent être mis sous scellés. Il est recommandable de remettre les documents en enveloppe fermée[70] ; il ne s'agit pas d'un manque de confiance à l'égard des autorités suisses qui ont demandé la remise des documents, mais plutôt de tenir compte du fait que la documentation remise à l'autorité ne devrait en principe être utilisée que dans le cadre d'une procédure pénale interne suisse. En effet, l'autorité pénale suisse pourrait utiliser la documentation remise en dépôt pour des intérêts autres que ceux de la procédure pénale suisse, comme p. ex. :

- la transmission à d'autres autorités suisses, p. ex. à la FINMA, dans l'intérêt de procédures à caractère prudentiel ou disciplinaire ;
- la transmission à autorité fiscale suisse dans le cadre de la faculté prévue par l'art. 112 de la loi sur l'impôt fédéral direct (LIFD) ou même en exécution d'une obligation de transmission prévue par une loi fiscale cantonale ;
- la communication à une autorité étrangère de renseignements contenus dans la documentation transmise dans le cadre de la communication spontanée prévue par l'art. 67*a* EIMP ;
- la transmission à une autorité pénale étrangère dans le cadre d'une demande d'entraide présentée par l'autorité suisse à l'autorité pénale étrangère en application de l'art. 30 EIMP ;
- la transmission à une autorité pénale étrangère dans le cadre de « l'entraide sauvage » que le Tribunal fédéral vient de sanctionner pour une nouvelle fois dans le cadre de la procédure suisse contre des personnes accusées de blanchiment d'argent et de corruption de fonctionnaires étrangers dans l'enquête Petrobras[71] ;
- la transmission à une autorité étrangère dans le cadre de la délégation de l'exécution d'une décision pénale suisse telle que prévue aux art. 100 ss EIMP.

[Rz 35] Il y a encore lieu de considérer une situation très délicate : lorsqu'une autorité pénale étrangère demande de recevoir copie des actes judiciaires faisant partie du dossier d'une procédure pénale interne suisse, on considère que l'exécution d'une telle demande d'entraide ne

70 Bien que le Tribunal fédéral semble refuser que les documents soient remis à l'autorité en enveloppe fermée (cf. ATF 127 II 151 consid. 4), dans un arrêt postérieur, le fait de remettre les documents de cette façon est resté sans conséquence (arrêt du Tribunal fédéral 1B_320/2012 du 14 décembre 2012, consid. 4.2).

71 Arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2015.241 du 18 mars 2016.

comporte pas l'exécution d'une mesure de contrainte. Par conséquent, l'autorité suisse requise pourrait s'estimer légitimée à transmettre à l'autorité pénale étrangère requérante la documentation acquise dans la procédure pénale interne suisse lors d'une perquisition et/ou d'un séquestre ou en exécution d'une demande de dépôt de documents. La transmission de ces documents échapperait ainsi à tout contrôle judiciaire suisse, quand bien même de tels documents pourraient contenir des données couvertes par un secret protégé par le droit suisse. Il s'ensuit que le détenteur de documents serait bien avisé de requérir quasi-systématiquement la mise sous scellés lors d'une perquisition et de transmettre les documents dans une enveloppe fermée en cas d'injonction de dépôt. Cette manière de procéder permettrait aux détenteurs de documents d'éviter de s'exposer aux éventuels reproches de leurs clients de ne pas avoir mis en oeuvre toutes les mesures de sauvegarde prévues par l'ordre juridique suisse. Eu égard à l'exigence d'une gestion prudente des risques légaux, il apparaît indispensable que les intermédiaires financiers actifs sur le territoire suisse prennent en considération la mise sous scellés comme mesure destinée à les protéger contre de tels risques.

## III. Les motifs de la mise sous scellés

## A. La relation entre l'art. 248 et l'art. 264 CPP

[Rz 36] Il a déjà été question ci-dessus de la proximité qui existe entre ces deux dispositions ; une perquisition ayant lieu en vue d'un éventuel séquestre, l'autorité pénale ne doit pas pouvoir examiner des moyens de preuve (cf. art. 248 al. 1 CPP) qui ne peuvent de toute façon pas être séquestrés (cf. art. 264 al. 1 CPP)[72]. Par ailleurs, l'art. 248 al. 1 CPP se réfère explicitement aux motifs qui empêchent le séquestre[73], en omettant toutefois de concrétiser les motions « droit de refuser de déposer ou de témoigner » ainsi que d'« autres motifs ». La relation entre les deux dispositions se trouve en outre renforcée par le renvoi de l'art. 264 al. 3 CPP.

[Rz 37] Pour ces raisons, l'étendue du champ de protection garanti par les deux dispositions doit être le même[74], ce que le Tribunal fédéral a fait sien[75]. On retiendra ainsi qu'il peut être fait appel à l'art. 264 al. 1 CPP afin de concrétiser les motifs de mise sous scellés de l'art. 248 al. 1 CPP[76].

## B. Le droit de refuser de déposer et de témoigner

### 1. Remarque liminaire

[Rz 38] L'adage allemand « *was der Mund nicht zu offenbaren braucht, muss auch die Hand nicht preisgeben* » ne vaut que partiellement en droit suisse. En effet, le droit de refuser de déposer,

72 Müller/Gäumann, p. 291 ; Kommentar StPO-Keller, art. 248 CPP n° 14.

73 « [...] qui ne peuvent être ni perquisitionnés ni *séquestrés* [...] » (art. 248 CPP, mise en évidence ajoutée).

74 Kommentar StPO-Keller, art. 248 CPP n° 20 ; Müller/Gäumann, p. 291 ; Thormann/Brechbühl semblent toutefois considérer la protection garantie par l'art. 248 CPP comme étant plus étendue (cf. BaKomm StPO-Thormann/Brechbühl, art. 248 CPP n° 5, cf. également n° 50).

75 ATF 140 IV 28 = JdT 2014 IV 206, consid. 2 et 4.3.4 ; arrêt du Tribunal fédéral 1B_155/2014 du 9 juillet 2014, consid. 3.2.

76 Cf. Kommentar StPO-Keller, art. 248 CPP n° 19.

quasi-inhérent à la notion de prévenu[77], n'a pas de correspondant s'agissant de la protection d'informations contenues sur papier ou tout autre support d'information[78]. Dans ce cas, on considère que le prévenu n'a pas à participer activement à son accusation[79] car il doit uniquement *tolérer* l'examen par l'autorité pénale de la documentation qui le concerne (il ne s'agit alors que d'un « *blosses Dulden* »[80])[81]. La situation peut toutefois se présenter sous un jour différent en présence de documents obtenus dans le cadre d'une procédure administrative ; il se pose alors la question de savoir si les informations obtenues dans cette procédure grâce à l'obligation de collaborer des parties peuvent être valablement séquestrées et exploitées par les autorités pénales, celles-ci étant tenues au respect du principe *nemo tenetur*. Cette problématique a récemment fait l'objet d'un arrêt du Tribunal fédéral[82] qui sera discuté ultérieurement.

[Rz 39] Le droit de refuser de témoigner, quant à lui, a un (semi)pendant à l'art. 264 al. 1 let. c CPP, qui protège les documents et objets qui concernent les contacts entre le prévenu et une personne ayant le droit de refuser de témoigner en vertu des art. 170 à 173 CPP, pour autant que celle-ci n'ait pas elle-même le statut de prévenu dans la même affaire.

[Rz 40] La portée du droit de refuser de époser et du droit de refuser de témoigner *en tant que tels* est dès lors limitée[83], seuls des motifs bien spécifiques de protection de la sphère privée du prévenu ou de certains rapports de confiance selon l'art. 264 al. 1 CPP (ou « d'autres motifs ») étant aptes à empêcher une perquisition ou un séquestre[84].

## 2. L'art. 264 al. 1 CPP

[Rz 41] Il convient tout d'abord de rappeler que la protection de l'art. 264 al. 1 CPP vaut indépendamment de « l'endroit où ils [les documents ou objets] se trouvent et du moment où ils ont été conçus »[85]. Peu importe donc de savoir si les documents se trouvent en possession du prévenu, de son avocat, de son médecin ou d'un tiers[86]. Il en va de même d'un point de vue temporel, un document créé avant l'ouverture de l'enquête pénale étant également protégé[87].

77 Cf. art. 113 al. 1 et art. 158 al. 1 let. b CPP.

78 Cf. arrêt du Tribunal fédéral 1B_125/2015 du 15 juin 2015, consid. 2.1 : « Blosse Aussageverweigerungsrechte, namentlich von beschuldigten Personen oder Auskunftpersonen, begründeten kein Beschlagnahme- und Entsiegelungsverbot ». Cf. également consid. 3.4.

79 Et que, de ce fait, il n'y a pas de conflit avec le droit de ne pas s'auto-incriminer.

80 Cf. BaKomm StPO-Bommer/Goldschmid, art. 264 CPP nos 8 et 19.

81 Cf. Message CPP, p. 1227 s. ; BaKomm StPO-Bommer/Goldschmid, art. 264 CPP no 19.

82 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_249/2015 du 30 mai 2016 (destiné à publication).

83 Il existe certes une analogie entre le droit de refuser de déposer et de témoigner, d'une part, et les motifs de l'art. 264 al. 1 CPP, d'autre part, mais il n'y a en tout cas pas de correspondance entre les deux ; cf. Kommentar StPO-Heimgartner, art. 264 CPP no 1, qui parle d'absence de « *Kongruenz* ».

84 Message CPP, p. 1227 s. ; il n'existe pas d'autres motifs au-delà de ceux prévus à l'art. 264 CPP, cf. arrêt du Tribunal fédéral 1B_125/2015 du 15 juin 2015, consid. 3.4 et les nombreuses références citées.

85 Ainsi, dans l'ATF 140 IV 108 = JdT 2015 IV 13 (cas Blocher), consid. 6, le Tribunal fédéral a considéré que cela ne jouait aucun rôle si les documents mis en sûreté se trouvaient chez le journaliste ou chez M. Blocher, le texte légal étant clair à cet égard.

86 Kommentar StPO-Heimgartner, art. 264 CPP no 2.

87 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_155/2014 du 9 juillet 2014, consid. 3.2 ; Kommentar StPO-Heimgartner, art. 264 CPP no 2.

### a) La correspondance avec le défenseur (let. a)

[Rz 42] L'art. 264 al. 1 let. a CPP instaure une interdiction absolue de séquestrer les documents concernant des contacts entre le prévenu et son défenseur[88]. Cette restriction concrétise le droit du prévenu de communiquer en tout temps et sans surveillance avec son avocat, droit qui découle de l'art. 6 par. 3 let. c CEDH et de l'art. 8 al. 1 Cst.[89]. Cette interdiction couvre l'ensemble de la documentation en relation avec la défense du prévenu, y compris toute note personnelle du défenseur, acte, courriel, ainsi que tout document remis par le prévenu[90]. Ces documents ou objets sont protégés pour autant qu'ils soient en quelque sorte la concrétisation de la communication entre le prévenu et son défenseur au sujet du mandat, des objets tels que l'arme du délit ou le butin étant exclus du champ de protection de la disposition[91]. Contrairement à la protection du secret de l'avocat qui est garantie à l'art. 264 al. 1 let. c *cum* art. 171 al. 1 CPP, il paraît nécessaire que le défenseur soit actif en cette qualité dans l'affaire où la mise sous scellés est requise[92].

[Rz 43] Pour le surplus, il est renvoyé aux remarques ci-dessous relatives au secret professionnel de l'avocat. Dans la mesure où la plupart des défenseurs sont des avocats et que les let. c et d offrent une protection plus étendue, ces deux variantes ont davantage d'importance en pratique[93].

### b) Les documents personnels du prévenu (let. b)

[Rz 44] En ce qui concerne les documents personnels et la correspondance du prévenu, la protection n'est que relative : elle est subordonnée à une pesée entre l'intérêt à la protection de la personnalité du prévenu et celui à la poursuite pénale. Dès lors que cette disposition n'est qu'une concrétisation du principe de la proportionnalité, garanti tant par la Constitution que par l'art. 197 al. 1 let. c CPP[94], certains éléments sont communs à l'analyse de la proportionnalité de la mesure en tant que telle[95].

[Rz 45] La notion de documents personnels comprend tout document qui touche à la sphère strictement personnelle de l'intéressé, tels que journaux intimes, agendas, listes d numéros de

88 ATF 138 IV 225 = JdT 2013 IV 3, consid. 6.1 ; Bommer/Goldschmid soutiennent que la protection ne peut pas être absolue ; tout comme à l'art. 264 al. 1 let. c CPP, le cas où le défenseur est également prévenu serait réservé (Bakomm StPO-Bommer/Goldschmid art. 264 CPP n° 22). Burckhardt/Ryser se limitent à soulever la question (p. 162 note marginale 20). A notre sens, il convient de se rallier à l'opinion de Bommer/Goldschmid : en effet, une interdiction de séquestrer et de perquisitionner lorsque l'avocat est co-accusé constituerait un trop grand obstacle à la recherche de la vérité.

89 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_103/2012 du 5 juillet 2012, consid. 3.1.

90 Burckhardt/Ryser p. 161 s. ; Kommentar StPO-Heimgartner, art. 264 CPP n° 4.

91 BaKomm StPO-Bommer/Goldschmid, art. 264 CPP n° 27.

92 « Contrairement à l'opinion du recourant, le courrier d'un avocat espagnol auquel il se réfère n'indique pas que celui-ci était actif en tant que défenseur (au sens de l'art. 264 al. 1 let. a CPP)

93 Burckhardt/Ryser, p. 162.

94 Kommentar StPO-Heimgartner, art. 264 CPP n° 5 ; cf. p. ex. arrêt du Tribunal fédéral 1B_206/2014 du 21 août 2014, consid. 4.2.

95 Cf. p. ex. arrêts du Tribunal fédéral 1B_374/2014 du 12 février 2015, consid. 5 ss ; 1B_131/2015 du 30 juillet 2015, consid. 5.2.1.

téléphone, d'adresses[96], SMS, courriels, photos[97] etc. À l'inverse, la correspondance privée n'est pas qualifiée de document personnel[98].

[Rz 46] Dans la pesée des intérêts en présence, la gravité de l'infraction[99] et le degré des soupçons jouent un rôle certain s'agissant de l'intérêt public à la poursuite pénale. Du côté de l'intérêt privé, ce sont surtout le genre et le contenu de la documentation à perquisitionner et/ou séquestrer qui importent[100]. On notera qu'en présence d'indices suffisants, d'infraction, la jurisprudence accorde une importance particulière à l'intérêt public[101], de sorte que la protection des secrets personnels n'est que rarement un motif empêchant une perquisition ou un séquestre.

### c) Les objets et documents relevant des contacts avec une personne ayant le droit de refuser de témoigner (let. c)

#### I) Remarques générales

[Rz 47] Cette disposition représente le pendant du droit de refuser de témoigner, à ceci près que la documentation n'est protégée que si elle relève de contacts entre le prévenu et une personne dont le secret est consacré aux art. 170 à 173 CPP. Une analyse complète de l'ensemble des hypothèses visées par cette disposition n'a pas sa place ici ; nous nous concentrerons donc sur les aspects les plus importants dans la pratique.

[Rz 48] De manière générale, seules sont protégées les informations couvertes par le secret sur lequel se fonde le droit de refuser de témoigner dans le cas d'espèce[102]. Cette précision revêt une importance particulière s'agissant du secret des avocats, lesquels exercent régulièrement des activités allant au-delà de celle qui leur est spécifique[103].

[Rz 50] S'agissant de l'art. 172 CPP (protection des sources des professionnels des médias), cette norme représente le résultat d'une pesée des intérêts qui a été effectuée par le législateur lui-même, ce qui a pour effet de réduire la marge d'appréciation du juge de la levée des scellés[104].

[Rz 51] La protection des art. 170 à 173 CPP est exclue lorsque la personne ayant le droit de refuser de témoigner a le statut de prévenu dans la même affaire (art. 264 al. 1 let. c CPP *in fine*) ; il s'agit des cas où le prévenu et la personne co-accusée doivent[105] ou peuvent[106] être poursuivis et condamnés dans la même procédure. Par conséquent, l'avocat co-accusé ne peut pas se fai-

96 Rapport explicatif relatif à l'avant-projet d'un Code de procédure pénale suisse, OFJ, Berne, juin 2011, p. 183 (disponible sous www.admin.ch ; dernière consultation en octobre 2016).

97 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_131/2015 du 30 juillet 2015, consid. 5.2.1.

98 BaKomm StPO-Bommer/Goldschmid, art. 264 CPP n° 41.

99 ATF 141 IV 77 consid. 5.2.

100 BaKomm StPO-Bommer/Goldschmid, art. 264 CPP n° 48 ; en présence d'informations médicales, il faut porter une attention particulière au respect de la sphère privée des patients, cf. ATF 141 IV 77 consid. 5.2 ; cf. également arrêt du Tribunal fédéral 1B_125/2015 du 15 juin 2015, consid. 3.8.

101 Cf. p. ex. arrêts du Tribunal fédéral 1B_125/2015 du 15 juin 2015, consid. 3, 1B_131/2015 du 30 juillet 2015, consid. 5 et 1B_374/2014 du 12 février 2015, consid. 5 ss.

102 Kommentar StPO-Heimgartner, art. 264 CPP n° 9 et 16a et la référence citée.

103 BaKomm StPO-Bommer/Goldschmid, art. 264 CPP n° 26.

104 StPO-Thormann/Brechbühl, art. 248 CPP n° 53.

105 Art. 29 al. 1 CPP, si la personne soumise au secret est auteur ou a participé à l'infraction, cf. BaKomm StPO-Bommer/Goldschmid, art. 264 CPP n° 35a.

106 Art. 30 CPP, en particulier si la personne soumise au secret est accusée de recel ou blanchiment d'argent, cf. BaKomm StPO-Bommer/Goldschmid, art. 264 CPP n° 34a.

re substituer par des collègues dans l'affaire et se soustraire ainsi aux effets de cette réserve[107]. Néanmoins, le seul fait que la personne soumise au secret soit co-accusée dans la même affaire ne justifie pas pour autant d'accorder aux autorités pénales l'accès à l'ensemble de la documentation sans qu'un examen préalable de celle-ci n'ait lieu[108] ; les conditions générales de l'art. 197 CPP, dont en particulier la proportionnalité, doivent être satisfaites même dans cette hypothèse. Il s'agira donc de mettre en balance l'intérêt à la poursuite pénale avec l'intérêt au maintien du secret (y compris celui de tierces personnes[109])[110].

### II) Le secret professionnel, de l'avocat en particulier

[Rz 52] Les personnes soumises au secret professionnel selon l'art. 321 CP (à l'exception des réviseurs[111]) sont en droit de refuser de témoigner à propos des secrets qui leur ont été confiés en vertu de leur profession ou dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de celle-ci (cf. art. 171 al. 1 CPP). S'agissant du *secret de l'avocat*, d'une importance particulière dans la pratique, il faut tout d'abord noter que seuls sont protégées les documents relevant de la relation entre le prévenu et son avocat dans le cadre de l'activité professionnelle typique de ce dernier (de conseil ou judiciaire)[112]. Sont ainsi exclues les activités de gérant de patrimoine, de fiduciaire, de mandats dans des conseils d'administration, d'intermédiaire financier etc.[113]. Dans ces cas, il s'agit de prestations pour la fourniture desquelles l'avocat est en concurrence avec d'autres professions[114]. Dans le même contexte, l'applicabilité de l'art. 321 CP aux avocats d'entreprise (« *Inhouse Counsel* »)[115] demeure controversée ; le Tribunal fédéral n'a pas de tranché la question[116] suite à un recours formé contre un arrêt du Tribunal pénal fédéral[117], lequel avait – en accord avec la doctrine majoritaire et de manière convaincante[118] – exclu cette possibilité.

[Rz 53] Contrairement à ce qui vaut pour la lettre a, cette disposition ne protège pas uniquement les informations échangées entre le prévenu et son avocat dans le cadre du mandat de défense, mais de manière plus générale toute information relevant de la relation entre l'avocat et le prévenu. Ce qui compte, c'est que la documentation ait été créée en lien avec un mandat (de défense ou de conseil), avant ou après l'ouverture de l'enquête[119], comme p. ex. un document illustrant

---

107 ATF 138 IV 225 = JdT 2013 IV 3, consid. 6.3.

108 Intéressante formulation du Tribunal fédéral dans l'ATF 141 IV 77 qui voyait un médecin co-accusé : « Lorsque le médecin touché par une mesure de contrainte est co-accusé, son secret professionnel ne comporte pas un empêchement absolu au séquestre et à la levée des scellés » (en traduction libre de l'allemand), consid. 5.2 ; cf. également BaKomm StPO-Bommer/Goldschmid, art. 264 CPP n° 34a.

109 Art. 197 al. 2 CPP.

110 ATF 141 IV 77 consid. 5.1 et 5.2.

111 Message CPP, p. 1181.

112 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_197/2014 du 13 novembre 2014, consid. 2.2 ; Kommentar StPO-Keller, art. 248 CPP n° 28a s.

113 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_226/2014 du 18 septembre 2014, consid. 2.4 et les références citées. La même jurisprudence s'applique par analogie au notaire (*ibidem*) ; cf. aussi Burckhardt/Ryser, p. 161.

114 Arrêt du Tribunal pénal fédéral BE.2011.5 du 22 mai 2012, consid. 4.1.

115 Et donc de la protection qui en découle de par l'art. 264 al. 1 let. c *cum* art. 171 CPP.

116 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_101/2008 du 28 octobre 2008, consid. 4.

117 Arrêt du Tribunal pénal fédéral BE.2007.10-13 du 14 mars 2008, consid. 6.

118 Du même avis p. ex. : Burckhardt/Ryser, p. 163 ; Kommentar StPO-Keller, art. 248 CPP n° 27 ; BaKomm StPO-Thormann/Brechbühl, art. 248 CPP n° 47.

119 Burckhardt/Ryser, p. 164.

la stratégie que l'avocat devrait suivre dans une affaire[120]. On notera en passant que l'inverse vaut s'agissant de l'art. 50 al. 2 DPA qui, à l'instar de la lettre a, protège exclusivement la correspondance entre l'avocat et son client dans le cadre de l'affaire qui voit ce dernier en qualité d'accusé[121].

### III) La protection des sources des professionnels des médias

[Rz 54] La protection des sources des professionnels des médias prévue à l'art. 172 CPP[122] a récemment fait l'objet d'un intéressant arrêt du Tribunal fédéral dans la cause qui voyait Christoph Blocher prévenu de participation et d'incitation à la violation du secret bancaire en lien avec des informations concernant l'ancien président de la Banque nationale suisse, Philipp Hildebrand. Dans le cadre de la procédure de levée des scellés, le Tribunal des mesures de contrainte zurichois avait refusé de remettre à M. Blocher la correspondance et la documentation concernant les contacts que celui-ci avait eus avec un journaliste du périodique « *Weltwoche* ». Il avait retenu que la protection de l'art. 264 al. 1 let. c CPP était limitée « [...] aux objets se trouvant dans la sphère de puissance des journalistes [...][123] » ; dès lors qu'en l'espèce les documents mis en sûreté se trouvaient chez le prévenu, ils étaient en dehors de celle-ci[124]. Se référant au texte clair de la loi, confirmé par la volonté historique du législateur, le Tribunal fédéral a rejeté cette interprétation restrictive[125]. Il a par ailleurs souligné l'importance du droit de refuser de témoigner et de l'interdiction du séquestre afin de garantir aux professionnels des médias l'accès aux informations qui leur permettent d'exercer une « fonction de surveillance ». Il est ainsi parvenu à la conclusion qu'« [...] une protection des sources tendanciellement étendue [...] » se justifie et que partant tout objet ou document concernant les contacts avec un journaliste, sans égard à l'endroit où il se trouve, tombe sous le coup de l'interdiction du séquestre[126].

[Rz 55] En dépit des risques d'abus qu'une protection ainsi étendue pourrait entraîner[127], le raisonnement du Tribunal fédéral qui refuse de s'écarter du texte clair de la loi paraît convaincant.

---

120 Cf. Burckhardt/Ryser, p. 161, qui critiquent à raison l'arrêt du Tribunal fédéral 1B_103/2012 du 5 juillet 2012, consid. 3.2, dans lequel le Tribunal fédéral considère que la documentation n'est protégée qu'à partir du moment où l'avocat en a reçu la maîtrise, à défaut de quoi elle ne serait pas « confiée » à l'avocat. Néanmoins, la lettre de l'art. 264 al. 1 CPP est absolument claire. De surcroît, en application de la jurisprudence rendue postérieurement, comme p. ex. l'ATF 140 IV 108 (protection des sources des professionnels des médias, cas Blocher, cf. *infra*), la protection du secret vaut bel et bien quel que soit l'endroit où la documentation se trouve.

121 Arrêt du Tribunal pénal fédéral BE.2012.4 du 11 juillet 2012, consid. 5.3 ; cf. également consid. 5.2, dans lequel le Tribunal souligne que la portée des dispositions de la DPA demeure indépendante, le législateur ayant consciemment omis de les adapter à celle du CPP.

122 Il s'agit d'une concrétisation du secret rédactionnel (art. 17 al. 3 Cst.).

123 « [...] par quoi il fallait comprendre que sont protégés, avec les locaux de la rédaction, les locaux privés et les effets personnels des journalistes ».

124 ATF 140 IV 108 = JdT 2015 IV 13, consid. 6.3.

125 Cf. *supra* note marginale 74 ; ATF 140 IV 108 = JdT 2015 IV 13, consid. 6.4–6.6.

126 ATF 140 IV 108 = JdT 2015 IV 13, consid. 6.3.

127 M

#### d) Les objets et documents relevant des contacts entre une autre personne et son avocat (let. d)

[Rz 56] Cette variante a été introduite le 1er mai 2013 afin de compléter la protection garantie par la lettre c ; elle consacre une interdiction de séquestrer les documents et objets concernant des contacts entre une « autre personne » et son avocat, pour autant que celui-ci n'ait pas le statut de prévenu dans la même affaire[128]. On notera que, selon le texte légal, la protection ne vaut que pour les avocats selon la LLCA[129], à l'exclusion donc des ressortissants d'Etats qui ne sont pas membres de l'UE ou de l'AELE – en dépit d'une éventuelle habilitation à exercer dans l'un de ces pays. Ainsi, la correspondance entre une « autre personne » (non prévenue) et son avocat américain n'est pas protégée.

### 3. Le droit de ne pas s'auto-incriminer

[Rz 57] L'autorité pénale peut vouloir mettre la main sur des documents obtenus par une autorité administrative dans le cadre d'une procédure ouverte par celle-ci. Pour ce faire, elle peut ordonner une perquisition et un séquestre auprès de l'administré intéressé, ou tout simplement demander l'entraide à l'autorité administrative lorsque la loi lui confère cette prérogative[130]. De telles démarches ne vont pas sans poser de délicates questions, en particulier du fait des paradigmes différents qui gouvernent la procédure pénale d'une part et la procédure administrative d'autre part[131]. Alors que le prévenu peut se prévaloir du principe *nemo tenetur* (art. 113 CPP) dans le cadre de la procédure pénale, il est en revanche tenu de collaborer dans la procédure administrative (art. 13 de la loi sur la procédure administrative [PA])[132]. Ainsi, admettre sans aucune restriction que les autorités pénales puissent exploiter les informations obtenues dans une procédure administrative dans le cadre de l'enquête pénale, priverait de toute portée l'un des principes cardinaux de la procédure pénale. Ceci vaut en tous cas lorsqu'une partie est menacée de sanctions (directes ou indirectes)[133] au cas où elle refuserait de collaborer.

[Rz 58] Le Tribunal fédéral a récemment rendu un arrêt[134] concernant la portée du droit de ne pas s'auto-incriminer en relation avec la perquisition d'un mémorandum que la banque UBS avait établi à l'attention de la FINMA. Le Ministère public de la Confédération (MPC) a ouvert une enquête pénale à l'encontre d'UBS pour blanchiment d'argent dans le cadre du scandale concernant le fond étatique malaisien 1MDB (art. 305bis *cum* 102 al. 2 CP). Confronté au refus de la banque de lui remettre le mémorandum en question, le MPC a ordonné une perquisition, à l'occasion

128 On peut p. ex. penser à une enquête ouverte contre un employé suspecté de gestion déloyale à l'égard de certains clients : à l'exception des cas où elle était également prévenue, l'entreprise employeuse n'avait auparavant aucune possibilité de s'opposer au séquestre de la documentation concernant la relation avec son avocat (externe à l'entreprise), cf. Burckhardt/Ryser, p. 163.

129 Avocats inscrits à un registre cantonal, ressortissants d'un Etat UE ou AELE habilités à exercer dans l'un desdits Etats et ressortissants suisses habilités à exercer en tant qu'avocats dans un Etat UE ou AELE (art. 4, art. 21 et art. 2 al. 3 LLCA).

130 Cf. p. ex. art. 38 LFINMA.

131 Cf. P

132 Cf. P

133 Une sanction directe est p. ex. une amende, tandis qu'une sanction indirecte est p. ex. le fait de tenir compte négativement du silence de l'administré dans l'administration des preuves, cf. Gilles Benedick, Das Aussagedilemma in parallelen Verfahren, *in* : AJP 2011 p. 169 ss, p. 173 s.

134 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_249/2015 du 30 mai 2016. Pour un résumé en français cf.

de laquelle la banque a requis la mise sous scellés de la documentation saisie. Le TMC bernois a refusé la levée des scellés au motif que le principe *nemo tenetur* était violé. Saisi par le MPC, le Tribunal fédéral procède tout d'abord à l'analyse des conditions générales de l'art. 197 CPP ; dans ce cadre, il reconnaît la pertinence et la nécessité de la documentation saisie pour l'enquête en cours au motif qu'elle permet d'avoir un aperçu de nombreuses transactions financières très complexes, difficiles à reconstruire autrement. Dans un deuxième temps, le Tribunal fédéral analyse si le séquestre litigieux viole le droit de ne pas s'auto-incriminer, ce qui comporterait l'inexploitabilité absolue du mémorandum mis en sûreté. D'après la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH), reprise par le Tribunal fédéral, le principe *nemo tenetur se ipsum accusare* fait interdiction à l'autorité pénale d'exploiter tout moyen de preuve obtenu par la contrainte ou la menace en violation de la volonté du prévenu[135]. En revanche, les autorités pénales et administratives peuvent requérir de l'administré/du prévenu de lui remettre des documents pour autant que la demande ne soit assortie d'aucune menace de sanction (directe ou indirecte). Cela vaut en particulier lorsqu'il existe une obligation légale pour l'administré de conserver et mettre à disposition de l'autorité toute documentation liée à une activité soumise à surveillance étatique, comme p. ex. l'activité de banque ou d'intermédiaire financier.

[Rz 59] Le droit de ne pas s'incriminer vaut également pour les personnes morales ; le principe est toutefois appliqué restrictivement dans ce contexte afin de permettre aux autorités pénales et administratives d'avoir accès à la documentation que les entreprises sont légalement tenues de conserver. De manière plus générale, le Tribunal fédéral rappelle que le droit de ne pas s'incriminer ne jouit pas de protection absolue ; finalement, il s'agit de peser l'intérêt des parties au respect de leurs droits de procédure et l'intérêt public (opposé) à la recherche de la vérité matérielle, étant précisé que ce qui est interdit par la CourEDH[136] est l'exercice de l'*improper compulsion* (coercition abusive)[137] par les autorités.

[Rz 60] En l'espèce, le Tribunal fédéral constate que les art. 113 al. 1 3ème phr. CPP et 7 al. 2 de la loi sur le blanchiment d'argent (LBA)[138] ont pour effet de réserver du champ d'application de l'interdiction de s'auto-incriminer le séquestre pénal de tous les documents que les banques sont légalement tenues de conserver. Or, le mémorandum mis en sûreté a été établi par UBS dans l'accomplissement de son obligation légale de renseigner la FINMA (art. 29 de la loi sur la surveillance des marchés financiers [LFINMA][139]), sans qu'une procédure d'*enforcement* n'ait été ouverte à son encontre. Ainsi, le refus d'UBS de remettre ledit mémorandum à la FINMA n'aurait eu aucune conséquence négative pour la banque. Il s'ensuit que le document en question n'a pas été établi sous la menace d'une sanction, de sorte que son exploitabilité par les autorités pénales ne se heurte pas à l'art. 6 para. 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH).

[Rz 61] La portée de cet arrêt est considérable : les autorités pénales peuvent désormais perquisitionner et séquestrer la documentation établie par les banques dans l'accomplissement de leurs obligations légales en matière de surveillance et de blanchiment d'argent. Il est à relever que, dans

135 Cf. également ATF 140 II 384 = JdT 2015 I 3 consid. 3.3.2.

136 Cf. CourEDH, Saunders v. United Kingdom (GC), arrêt du 17 décembre 1996, no. 19187/91, § 69.

137 Ce que le Tribunal fédéral définit comme « eine missbräuchlich bzw. unverhältnissmässig ausgeübte Form von Zwang », cf. ATF 140 II 384 = JdT 2015 I 3 consid. 3.3.2.

138 Loi sur le blanchiment d'argent (RS 955.0)

139 Loi sur la surveillance des marchés financiers (RS 956.1).

la présente affaire, le MPC a d'abord demandé à la FINMA de lui remettre le mémorandum établi par UBS par voie d'entraide (art. 38 LFINMA). La FINMA n'a pas donné suite à cette demande en argumentant que la transmission du mémorandum allait à l'encontre de la « *sehr hohen Kooperationsbereitschaft* » qu'elle s'attend des institutions surveillées, et que dès lors la transmission aurait porté atteinte à cette collaboration en rendant la mission de la FINMA notablement plus difficile ; dans un *obiter dictum*[140], le Tribunal fédéral regrette cette manière de procéder en rappelant que seuls les motifs prévus à l'art. 40 LFINMA permettent à la FINMA de refuser de s'exécuter de son obligation de collaborer avec les autorités pénales ainsi que prévu à l'art. 38 LFINMA.

[Rz 62] Le refus de la FINMA de faire suite à la demande du MPC repose sur des craintes fondées que cet arrêt ne peut que confirmer : les instituts financiers surveillés seront certainement plus réticents à collaborer avec la FINMA en sachant que les documents peuvent être transmis et/ou séquestrés par le MPC, ce d'autant plus que (à tout le moins théoriquement) ils ne subissent aucune sanction s'ils ne collaborent pas. Cette conséquence est regrettable et compliquera le travail de la FINMA, laquelle risque d'être perçue par les organismes surveillés comme une sorte de prolongement de l'autorité pénale.

[Rz 63] D'un point de vue dogmatique, il n'est pas certain que cette jurisprudence[141] respecte les principes établis par la CourEDH ainsi que les principes procéduraux prévus par le droit suisse[142]. D'une part, l'obligation légale de renseigner et d'annoncer[143] ainsi que l'obligation générale de collaborer[144] qui incombent aux organismes surveillés paraissent *ipso facto* incompatibles avec le droit de refuser de déposer et de collaborer[145]. Il est en quelque sorte contradictoire d'affirmer que le prévenu doit se soumettre aux mesures de contrainte des autorités pénales, ne s'agissant dans ce cas que d'un « *Dulden* »[146], alors que les documents faisant l'objet de la perquisition et/ou du séquestre ont été établis dans l'accomplissement de l'obligation légale de collaborer qui gouverne la procédure administrative. De deux choses l'une : soit le surveillé est tenu de collaborer et les informations obtenues grâce à cette collaboration ne peuvent pas être exploitées dans la procédure pénale, soit il est en droit de refuser de collaborer et est informé de ce droit, de sorte que les autorités pénales peuvent alors exploiter les éventuelles informations obtenues dans la procédure administrative. D'autre part, on voit mal comment le refus de collaborer dans la procédure administrative n'entraineraît aucune sanction indirecte pour le surveillé, ce dernier courant le risque que la FINMA tienne compte de cette attitude dans le cadre de l'administration des preuves.

[Rz 64] Rappelons toutefois que cet arrêt ne vise que le cas où la personne morale elle-même est prévenue, hypothèse comportant des restrictions plus importantes au droit de ne pas s'auto-incriminer[147]. Le Tribunal fédéral considère en effet que le fait d'exercer une activité soumise à surveillance implique d'accepter implicitement une plus grande limitation au principe *nemo tenetur* en rapport avec tout document que les surveillés sont légalement tenus d'établir, une pour-

140 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_249/2015 du 30 mai 2016, consid. 8.15.

141 Celle de l'ATF 140 II 384 consid. 3.3.4 = JdT 2015 I 3, reprise dans l'arrêt du Tribunal fédéral 1B_249/2015 du 30 mai 2016, consid. 8.11 et 8.18.1.

142 Cf. également Laura Macula, Mitwirkungspflichten nach Art. 29 FINMAG – zulässige Grenze strafprozessualer Selbstbelastungsfreiheit ?, *in* : recht 2016 p. 30 ss, p. 41 ; Christopher Geht, *in* : ZSTW 2014 p. 105 ss, p. 117 ss.

143 Art. 29 LFINMA.

144 Art. 13 PA.

145 Art. 113 al. 1 CPP.

146 Cf. arrêt du Tribunal fédéral 1B_249/2015 du 30 mai 2016, consid. 8.1–8.3.2.

147 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_249/2015 du 30 mai 2016, consid. 8.3.3, 8.4 et 9.5.

suite pénale efficace ne pouvant pas être garantie autrement dans ces cas. Par là, la jurisprudence semble donc construire une renonciation implicite des surveillés à certains aspects de leur droit à un procès équitable, ce qui paraît discutable au vu de l'exigence du consentement non équivoque telle qu'établie par la Cour[148].

## C. Les « autres motifs » d'après l'art. 248 CPP

[Rz 65] La notion d'« autres motifs » comprend tout motif juridiquement protégé au maintien du secret, tel que le secret de fabrication ou d'affaires[149] ou d'autres secrets privés[150]. La jurisprudence admet également l'invocation d'objections accessoires comme l'insuffisance de soupçons laissant présumer une infraction, l'absence de pertinence des objets et documents séquestrés et/ou perquisitionnés pour la procédure pénale[151], la violation du principe de proportionnalité ainsi que l'illicéité de l'ordre de perquisition (cf. art. 197 CPP)[152]. Le Tribunal fédéral refuse ainsi une « analyse binaire »[153] (entre mise sous scellés et recours) des objections soulevées dans le cadre d'une perquisition ou d'un séquestre ; dans ce sens, la mise sous scellés constitue une sorte de « recours ad hoc »[154].

[Rz 66] La jurisprudence relative aux « autres motifs » demeure très souple, voire peu claire, ce qui a pour effet de créer une certaine insécurité juridique. Voici deux exemples éloquents de griefs analysés sous cette notion :

- documents protégés par l'immunité diplomatique d'un Etat étranger[155] ;
- comportement abusif du ministère public qui avait procédé à une nouvelle mise en sûreté d'objets et documents après que le délai de 20 jours avait expiré[156].

[Rz 67] En ce qui concerne les griefs qui demeurent réservés à la voie du recours ordinaire (art. 393 ss CPP), nous renvoyons aux paragraphes y relatifs ci-dessous.

---

148 Cf. p. ex. CourEDH, Pfeifer and Plankl v. Austria, arrêt du 24 février 1992, no. 10802/84, § 37 ; du même avis Macula, p. 43.

149 Art. 162 CP, art. 4 et art. 6 loi sur les cartels (LCart) ; arrêts du Tribunal fédéral 1B_117/2012 du 26 mars 2012 et 1B_477/2012 du 13 février 2013, consid. 4 ; cf. Müller/Gäumann, p. 291 ; BaKomm StPO-Thormann/Brechbühl, art. 248 CPP nº 23.

150 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_117/2012 du 26 mars 2012 ; BaKomm StPO-Thormann/Brechbühl, art. 248 CPP nº 2.

151 Cf. également Message CPP, p. 1221.

152 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_360/2013 du 24 mars 2014, consid. 2.2.

153 Binaire en ce sens que les objections en lien étroit avec la protection du secret devraient être traitées par le juge de la levée des scellés, tandis que tout autre grief relèverait de la procédure de recours ordinaire ; arrêts du Tribunal fédéral 1B_136/2012 du 25 septembre 2012, consid. 4.4 et 1B_477/2012 du 13 février 2012, consid. 2.3.

154 Cf. BaKomm StPO-Thormann/Brechbühl, art. 248 CPP nº 2.

155 Arrêts du Tribunal fédéral 1B_332/2013, 1B_333/2013, 1B_334/2013 du 20 décembre 2013, consid. 4, SJ 2014 I 237.

156 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_117/2012 du 26 mars 2012.

## D. Les motifs d'après l'art. 50 DPA

[Rz 68] L'art. 50 DPA consacre la protection de secrets en cas de perquisition de papiers et d'autres supports de données[157] en termes plus généraux que l'art. 248 CPP. En effet, la disposition ne mentionne explicitement que les secrets privés (al. 1) et le secret professionnel et de fonction (al. 2)[158]. On pourrait dès lors se demander si les autres secrets visés aux art. 170 à 173 CPP trouvent la même protection dans le cadre de la procédure pénale administrative[159]. La question perd en mportance pratique si l'on considère que, tout comme en application du CPP, la jurisprudence admet l'invocation des objections accessoires dans le cadre de la procédure de mise sous scellés[160]. Les secrets sont ainsi partiellement protégés grâce au plein pouvoir de cognition dont dispose le juge de la levée des scellés.

[Rz 69] Du moment que le législateur a délibérément décidé de ne pas adapter la DPA au CPP[161], l'art. 50 DPA diffère de l'art. 248 CPP sur deux aspects importants. D'une part, la légitimation pour demander la mise sous scellés demeure limitée au seul détenteur de la maîtrise effective. D'autre part, la jurisprudence limite la protection du secret de l'avocat à la seule correspondance entre le prévenu et son défenseur, à l'exclusion de tout autre document relevant de contacts entre une personne (prévenue ou non) et son avocat[162]. Il conviendrait d'adapter la protection garantie par l'art. 50 DPA à celle plus étendue de l'art. 46 al. 3 DPA et d'admettre ainsi la possibilité de requérir la mise sous scellés pour tout document concernant les contacts entre une personne et son avocat.

## E. Les motifs dans la procédure d'entraide internationale

[Rz 70] L'art. 9 EIMP limite la portée de la protection du secret aux « dispositions sur le droit de témoigner ». Sur la base de cette disposition, le Tribunal fédéral retient que seuls les secrets professionnels qualifiés au sens de l'art. 321 CP sont opposables à la procédure d'entraide[163] ; le secret d'affaires et de fabrication ne le sont en revanche pas[164].

---

157 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_639/2012 du 8 mai 2013, consid. 3.6.

158 Le Tribunal fédéral admet également l'invocation de secrets d'affaires, cf. arrêt du Tribunal fédéral 1B_639/2012 du 8 mai 2013, consid. 3.6.

159 Keller considère le contenu des deux dispositions comme étant le même (Kommentar StPO-Keller, art. 246 CPP n° 13). A notre avis, l'affirmation devrait être quelque peu nuancée : on ne voit p. ex. pas comment l'art. 50 DPA pourrait protéger les sources des professionnels des médias (cf. art. 172 CPP) de la même façon que l'art. 248 CPP (*cum* art. 264 al. 1 let. c CPP).

160 Arrêt du Tribunal pénal fédéral BV.2014.51 du 18 novembre 2014, consid. 2.4.

161 Cf. Message concernant la loi fédérale sur l'adaptation de dispositions de procédure relatives au secret professionnel des avocats, FF 2011 7509 ss, p. 7516 notamment.

162 Arrêt du Tribunal pénal fédéral BE.2011.6 du 27 mars 2012, consid. 4.2.1.1 et les références citées ; Keller, p. 187 s.

163 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_247/2011 du 6 juin 2011, consid. 1.3 ; cf. également arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2015.132 du 25 novembre 2015, consid. 2.5.

164 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_247/2011 du 6 juin 2011, consid. 1.3 ; Zimmermann, n° 395.

## IV. La distinction entre la mise sous scellés et le recours

[Rz 72] La mise sous scellés exclut la voie du recours selon l'art. 393 ss CPP[165]. Dès lors que la jurisprudence interprète de manière très large le champ d'application de la procédure de mise sous scellés, l'importance du recours s'en trouve notablement réduite[166]. Selon la formulation type du Tribunal fédéral, « la voie du recours de l'art. 393 CPP [...] n'entre en ligne de compte que si les griefs soulevés ne concernent aucun intérêt juridiquement protégé au maintien du secret protégé par les scellés [...] »[167]. En d'autres termes, elle n'est ouverte que pour des objections qui n'ont aucun rapport avec des motifs liés à la protection du secret. La jurisprudence a p. ex. considéré qu'un recours était possible contre un ordre de nommer des témoins notifié dans une injonction de dépôt[168] ou en cas de refus de l'autorité d'enquête de mettre sous scellés des documents et objets[169]. Dans ce dernier cas, il conviendrait d'accorder exceptionnellement l'effet suspensif au recours afin d'empêcher que l'autorité pénale ne prenne connaissance de la documentation mise en sûreté[170].

[Rz 73] A l'issue de l'éventuelle procédure de levée des scellés et une fois que l'autorité d'enquête a pris connaissance du contenu de la documentation, celle-ci ordonne, le cas échéant, le séquestre. A suivre le texte légal (art. 264 al. 3 CPP) et la jurisprudence susmentionnée[171], dans cette hypothèse également le recours n'est ouvert que pour des motifs sans rapport avec la protection du secret[172] ; dans les autres cas, la mise sous scellés serait le seul moyen de droit à disposition. Il est à relever que lorsqu'un séquestre est ordonné en même temps qu'un ordre de perquisition, p. ex. sous forme d'une injonction de dépôt « *uno actu* », un recours n'est possible qu'après que le juge a prononcé la levée des scellés et que l'autorité d'enquête a formellement prononcé le séquestre[173]. En effet, dans la mesure, où avant la levée des scellés, l'autorité pénale ne peut pas examiner la documentation, il ne peut pas y avoir de séquestre[174].

[Rz 74] Les mêmes remarques valent en ce qui concerne la distinction entre la mise sous scellés selon l'art. 50 al. 3 DPA et la plainte (art. 26 DPA). A l'instar de ce qui vaut en application du CPP, la jurisprudence retient qu'en cas d'injonction de dépôt, la mise sous scellés est le seul moyen de

165 Arrêts du Tribunal fédéral 1B_477/2012 du 13 février 2013, consid. 2.2 et 1B_117/2012 du 26 mars 2012 ; Müller/Gäumann, p. 293 ; Schmid, art. 248 n° 6.

166 Le Tribunal fédéral le dit expressément, cf. p ex. arrêt du Tribunal fédéral 1B_117/2012 du 26 mars 2012, consid. 3.3.

167 Arrêts du Tribunal fédéral 1B_360/2012 du 24 mars 2014, consid. 2.2 et 1B_136/2012 du 25 septembre 2012, consid. 4.4.

168 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_136/2012 du 25 septembre 2012, consid. 4.1.

169 Arrêts du Tribunal fédéral 1B_464/2012 du 7 mars 2013, consid. 2 et 1B_546/2012 du 23 janvier 2013, consid. 1.

170 Julen Berthod/Mégevand, p. 230.

171 Cf. également ATF 141 IV 77 consid. 4.2.

172 Cf. également StPO-Thormann/Brechbühl, art. 248 CPP n° 23 ; Schmid, art. 248 n° 63 ; Müller/Gäumann, p. 293 ; S. Heimgartner, Strafprozessuale Beschlagnahme, Zurich/Bâle/Genève 2011, p. 384 ; cf. toutefois p. ex. l'arrêt du Tribunal fédéral 1B_636/2011 du 9 janvier 2012, où le Tribunal fédéral entre en matière sur un recours contre un séquestre sans même soulever la question. Entre-temps la jurisprudence semble toutefois avoir évolué à cet égard.

173 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_65/2014 du 22 août 2014, consid. 2.4 ; cf. aussi ATF 141 IV 77consid. 4.1 ; arrêt du Tribunal pénal fédéral BB.2015.107 du 28 octobre 2015.

174 « Bis zur Entsiegelung kann schon deshalb keine förmliche « Beschlagnahme » (im Sinne von Art. 263 Abs. 1-2 StPO) vorliegen, weil die Staatsanwaltschaft (mangels Einsicht in die Aufzeichnungen bzw. inhaltlicher Durchsuchung) noch gar nicht beurteilen kann, welche Beschlagnahmeart (Art. 263 Abs. 1 lit. a-d StPO) verfügt werden könnte und ob Beschlagnahmehindernisse (Art. 264 und Art. 268 StPO) vorliegen », arrêt du Tribunal fédéral 1B_65/2014 du 22 août 2014, consid. 2.4.

droit à disposition[175]. En revanche, en l'absence d'un renvoi tel que prévu à l'art. 264 al. 3 CPP, seule une plainte est admissible contre le séquestre[176].

[Rz 75] Eu égard à l'étendue des griefs qui peuvent être invoqués dans le cadre de la mise sous scellés, la jurisprudence du Tribunal fédéral ne convainc pas[177]. En effet, la notion d'« autres motifs » prévue à l'art. 248 CPP et le plein pouvoir de cognition du juge de la levée des scellés qui en découle permettraient de réunir sous sa seule compétence l'ensemble des griefs soulevés dans le cadre d'une perquisition ou d'un séquestre[178]. Cela exclurait définitivement la possibilité (très limitée d'après la jurisprudence) de s'opposer à une perquisition et/ou un séquestre par la voie du recours autrement que par la mise sous scellés. L'insécurité juridique qui persiste à cet égard lorsque deux autorités statuent sur deux objets dont les contours sont difficiles à déterminer avec certitude serait ainsi éliminée[179].

[Rz 76] La même solution devrait s'appliquer dans le cadre de l'exécution d'une demande d'entraide (art. 9 EIMP *cum* art. 246 à 249 CPP). En revanche, la question se pose de manière tout autre en ce qui concerne l'élargissement du champ d'application de la mise sous scellés aux objections relatives à l'admissibilité de la demande d'entraide en tant que telle : en effet, dans ce cas, l'art. 80*e* EIMP s'opposerait à un examen des conditions d'entraide avant que la décision de clôture de la procédure ne soit rendue[180].

## TROISIEME PARTIE : LA LEVEE DES SCELLES

## I. La demande de levée des scellés

### A. L'autorité requérante

[Rz 77] Il va de soi que l'autorité requérante est l'autorité chargée de l'enquête. Il peut s'agir d'un ministère public cantonal ou du Ministère public de la Confédération, dans le cadre d'une procédure interne (art. 22 et 23 CPP) ou en exécution d'une demande d'entraide (art. 16 et 79 EIMP). On mentionnera en outre les autorités administratives fédérales, elles aussi en procédure interne (art. 1 DPA) ou en exécution d'une demande d'entraide (art. 79 al. 2 CPP)[181].

### B. Le contenu de la demande

[Rz 78] La requête de levée des scellés doit être dûment motivée. Elle n'a pas seulement à prendre position au sujet des secrets invoqués par la personne intéressée, mais doit également démontrer

175 Arrêt du Tribunal pénal fédéral BV.2014.51 du 18 novembre 2014, consid. 2.4.

176 Cf. Eicker/Frank/Achermann, p. 211 ; p. ex. arrêt du Tribunal pénal fédéral BV.2014.51 du 18 novembre 2014, consid. 2.4.

177 Du même avis : Kommentar StPO-Keller, art. 248 CPP n° 12.

178 Julen Berthod/Mégevand, p. 225.

179 Le Tribunal des mesures des contraintes tessinois a p. ex. retenu dans un *obiter dictum* qu'en définitive, le seul moyen juridique à disposition contre un ordre de perquisition de papiers ou d'enregistrements est la mise sous scellés, cf. jugement GPR 950.2012.18 du 11 décembre 2013, consid. 5 p. 6.

180 La question a été soulevée et laissée ouverte dans l'arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2014.47 du 6 juin 2014, consid. 4.3.

181 Tel était p. ex. le cas dans l'ATF 138 IV 40.

que les conditions générales pour l'exécution d'une mesure coercitive sont satisfaites[182]. Selon la jurisprudence, une requête qui n'est pas suffisamment motivée peut être complétée par la suite[183], en application analogique des dispositions sur le recours (art. 385 al. 2 CPP par analogie)[184].

### 1. Indices suffisants

[Rz 79] La requête doit tout d'abord indiquer, sans l'angle de la vraisemblance[185], des indices suffisants de l'existence d'une infraction. La perquisition doit être justifiée par des soupçons précis et objectivement fondés, et non pas reposer sur une suspicion générale ou une prévention purement subjective[186]. L'exposé de l'état de fait doit permettre la subsomption sous l'une ou plusieurs des infractions pour lesquelles des indices concrets existent[187]. A cet effet, il faut indiquer et produire des preuves ou indices suffisants au soutien de l'état de fait présenté ; la seule référence aux actes qui ont été déposés viole le droit d'être entendu de la personne intéressée et ne suffit donc pas. Il en va de même en ce qui concerne la demande qui se réfère à un acte d'accusation jugé insuffisamment motivé et lacunaire d'un point de vue formel par le Tribunal de première instance[188]. Il est bien entendu loisible à l'autorité d'enquête de se fonder sur les documents qui ont été mis en sûreté lors de la perquisition, mais dont la mise sous scellés n'a pas été requise[189].

[Rz 80] Des soupçons suffisants existent p. ex. lorsqu'un prévenu accusé de blanchiment d'argent et/ou de faux dans les titres demande la modification de l'ayant droit économique d'un compte sur lequel il bénéficie de la signature individuelle en faisant valoir que le formulaire A serait erroné, alors que ce document indique en tant que bénéficiaire économique une personne sous mandat d'arrêt en Ouzbékistan pour des actes de gestion déloyale. Dans ce cas, la levée des scellés de la documentation bancaire a été admise[190].

---

182 Cf. arrêt du Tribunal fédéral 1B_231/2013 du 25 novembre 2013, consid. 6.4.

183 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_424/2013 du 22 juillet 2014, consid. 2.4 ; StPO-Thormann/Brechbühl, art. 248 CPP n° 20.

184 Dans la mesure où l'art. 248 al. 3 CPP ne contient pas d'autres délais prescrits que celui du délai d'ordre d'un mois dans lequel la demande doit être traitée, les règles concernant la procédure de recours peuvent être appliquées par analogie à la procédure de levée des scellés, Kommentar StPO-Keller, art. 248 CPP n° 12.

185 Arrêts du Tribunal fédéral 1B_206/2014 du 21 août 2014, consid. 4.1 et 1B_322/2013 du 20 décembre 2013, consid. 3.1.

186 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_52/2015 du 24 août 2015, consid. 4.2 ; arrêt du Tribunal pénal fédéral BE.2014.3 du 22 juillet 2014, consid. 2.1.2 ; les exigences sont toutefois moins élevées par rapport à d'autres mesures coercitives, telles que la détention provisoire et pour des motifs de sûreté : un « *dringender Tatverdacht* » n'est pas requis, un « *hinreichender Tatverdacht* » suffit, cf. arrêts du Tribunal fédéral 1B_636/2011 du 9 janvier 2012, consid. 2.2.3 et 1B_516/2011 du 17 novembre 2011, consid. 2.1 ; Andreas Eicker, Aktuelles aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Beschlagnahme, Editionsaufforderung und Siegelung, *in* : RPS 131/2013 p. 225 ss, p. 230 s. Cf. également arrêt du Tribunal pénal fédéral BE.2012.4 du 11 juillet 2012, consid. 3.1 : « In Abgrenzung zum dringenden setzt dabei der hinreichende Tatverdacht gerade nicht voraus, dass Beweise oder Indizien bereits für eine erhebliche oder hohe Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung sprechen ».

187 Cf. p. ex. arrêts du Tribunal fédéral 1B_231/2013 du 25 novembre 2013, consid. 6.3 et 1B_672/2012 du 8 mai 2013, consid. 3.6.1 et les références citées ; arrêt du Tribunal pénal fédéral BE.2012.4 du 11 juillet 2012, consid. 3.1.

188 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_231/2013 du 25 novembre 2013, consid. 6.3.

189 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_672/2012 du 8 mai 2013, consid. 3.3.2 et les références citées.

190 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_322/2013 du 20 décembre 2013, consid. 3.2.

### 2. Connexité avec l'infraction poursuivie

[Rz 81] La pertinence des documents pour les buts de l'enquête doit ressortir de la demande de levée des scellés[191]. Cela étant, il est inévitable que la perquisition de papiers porte également sur des documents qui ne présentent aucun intérêt pour l'enquête[192]. Ainsi, l'examen du juge de la levée des scellés se limite à la question de savoir si les documents présentent « apparemment » une pertinence pour l'instruction en cours, étant précisé que cette question « ne peut être résolue dans le détail, puisque le contenu même des documents mis sous scellés n'est pas encore connu et que l'autorité de levée des scellés doit s'en tenir, à ce stade, au principe de l'utilité potentielle des pièces saisies »[193]. Par conséquent, il suffit que la demande mette en exergue une correspondance (« *Sachzusammenhang* ») avec les faits poursuivis[194] ; ce n'est qu'un lien *prima facie* qui doit exister[195].

[Rz 82] Plus la mesure porte gravement atteinte aux droits de tierces personnes non impliquées dans la procédure (cf. art. 197 al. 2 CPP), plus le lien de connexité avec les buts de l'enquête doit être étroit[196].

### 3. Proportionnalité

[Rz 83] L'objet de la perquisition doit être circonscrit de façon précise, afin que l'on puisse contrôler sa connexité avec le soupçon précis et objectivement fondé qui pèse sur l'accusé et vérifier ainsi le respect du principe de la proportionnalité[197]. La portée du principe est la même que dans tout autre domaine du droit : l'atteinte aux droits des personnes touchées doit être limitée autant que possible.

[Rz 84] Ainsi, lorsqu'il s'agit d'examiner des données enregistrées sur un smartphone, l'autorité doit uniquement requérir l'accès uniquement aux informations dont elle a besoin (p. ex. contacts, couriels, informations sur la localisation, chronologie internet, etc.) et limiter autant que possible le laps de temps « cible » auquel celles-ci se rapportent[198]. On notera également que l'ayant droit qui en fait la demande devrait pouvoir obtenir la restitution de l'objet en échange de la remise

191 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_27/2012 du 27 juin 2012, consid. 8.1.

192 Arrêts du Tribunal fédéral 1B_354/2009 et 1B_366/2009 du 2 mars 2010, consid. 3.2.

193 Arrêts du Tribunal fédéral 1B_322/2013 du 20 décembre 2013, consid. 3.1, 1B_300/2012 du 14 mars 2013, consid. 3.2, 1B_354/2009 et 1B_366/2009 du 2 mars 2010, consid. 3.2 ; arrêt du Tribunal pénal fédéral BE.2012.4 du 11 juillet 2012, consid. 4.1.

194 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_27/2012 du 27 juin 2012, consid. 8.2 ; il s'agit des mots de l'instance cantonale, dont la décision avait été confirmée en l'espèce par le Tribunal fédéral.

195 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_206/2014 du 21 août 2014, consid. 2.2.

196 ATF 141 IV 77 consid. 5.2.

197 Cf. arrêt du Tribunal fédéral 1B_672/2012 du 8 mai 2013, consid. 3.6.1 et les références citées ; arrêt du Tribunal pénal fédéral BE.2014.3 du 22 juillet 2014, consid. 2.1.2.

198 Limitation « *in zeitlicher und sachlicher Hinsicht* » ; arrêt du Tribunal fédéral 1B_131/2015 du 30 juillet 2015, consid. 5.3 ; cf. également arrêt du Tribunal fédéral 1B_52/2015 du 24 août 2015, consid. 5.8 : « Neben der Untersuchungsrelevanz ist (entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin) auch die Verhältismässigkeit der Untersuchungsmassnahme im engeren Sinne zu bejahen : Diese dient der sorgfältigen Aufklärung eines mutmasslichen Tötungsdeliktes, und es ist nicht ersichtlich, wie die dargelegten noch offenen Fragen durch mildere Ersatzmassnahmen ausreichend abgeklärt werden könnten (Art. 197 Abs. 1 lit. c-d StPO). Die Dursuchung des E-Mail-Verkehrs wird zudem zeitlich und sachlich auf das Notwendige beschränkt [...] ».

d'une copie de son contenu, p. ex. lorsqu'il s'agit d'un ordinateur ou d'un téléphone utilisé dans le cadre d'une activité professionnelle[199].

[Rz 85] Dans un récent cas qui voyait une personne soupçonnée d'avoir endommagé des distributeurs de billets, le Tribunal fédéral a considéré qu'il était disproportionné de perquisitionner l'intégralité des informations contenues sur différents supports informatiques appartenant au prévenu (ordinateurs et téléphones portables, disques durs, appareils photo). L'autorité pénale fondait sa requête sur son expérience, selon laquelle les auteurs de telles infractions (les « sprayeurs » notamment) prennent souvent des photos des objets endommagés[200]. Elle avançait, dès lors, qu'il n'était pas exclu (« *es sei nicht ausgeschlossen* ») que les documents personnels du prévenu auraient pu aussi contenir des informations utiles à l'enquête.

## C. Le délai

[Rz 86] Le délai de 20 jours prévu à l'art. 248 al. 2 CPP est péremptoire ; son non-respect entraîne la restitution de la documentation à l'ayant droit. Il commence à courir le lendemain de la demande ou déclaration de mise sous scellés[201], soit en principe en correspondance temporelle avec l'exécution de la perquisition ou du séquestre (exigence d'immédiateté de la demande). Lorsque l'autorité d'enquête procède à la mise sous scellés de son plein gré afin de sauvegarder les droits de personnes absentes qui sont manifestement touchés, le *dies a quo* est le lendemain du jour où les scellés ont été apposés[202].

[Rz 87] Après l'expiration du délai, l'autorité d'enquête peut réitérer la procédure de mise sous scellés en ordonnant une nouvelle mise en sûreté. La jurisprudence admet cette possibilité seulement en présence de nouveaux éléments dans l'enquête[203], condition qui, d'après nous, devrait être interprétée très restrictivement, sous peine de vider de son sens le caractère péremptoire de ce délai[204].

[Rz 88] Alors que l'art. 248 al. 2 CPP s'applique en matière d'entraide internationale (cf. art. 9 EIMP), la DPA ne prévoit en revanche aucun délai pour le dépôt de la demande de levée des scellés. Les tribunaux soulignent le caractère de *lex specialis* de la DPA en rejetant ainsi toute influence que le CPP pourrait avoir sur celle-ci[205]. Eu égard au principe de célérité, l'opinion d'une partie de la doctrine qui soutient que le délai de 20 jours devrait tout de même s'appliquer est à notre avis convaincante[206].

---

199 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_636/2011 du 9 janvier 2012, consid. 2.5.1.

200 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_374/2014 du 12 février 2015.

201 Cf. art. 90 al. 1 CPP.

202 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_322/2013 du 20 décembre .2013, consid. 2.2.

203 Arrêts du Tribunal fédéral 1B_424/2013 du 22 juillet 2014 (cas Blocher), consid. 2.5 et 1B_117/2012 du 26 mars 2012, consid. 2.4.

204 Müller/Gäumann, p. 294, critiquent à raison la jurisprudence peu claire par rapport aux conditions auxquelles une nouvelle mise en sûreté est possible.

205 Arrêt du Tribunal pénal fédéral BE.2012.4 du 11 juillet 2012, consid. 1.3.2 ; cf. également arrêt du Tribunal pénal fédéral BE.2014.3 du 22 juillet 2014, consid. 1.1 : « [...] la levée des scellés requise en application du DPA n'est soumise à aucun délai particulier. N'en déplaise à la recourante, il n'y a là aucune lacune qui devrait être comblée [...] ».

206 Eicker/Frank/Achermann, p. 210 ; Keller, p. 186 ; Julen Berthod/Mégevand partagent la même idée en proposant un délai d'un mois, (p. 241). Un délai plus long irait à l'encontre du principe de célérité, applicable de toute façon en vertu de sa portée générale ainsi que selon l'art. 5 CPP.

## II. L'autorité compétente

### A. Dans la procédure pénale suisse

[Rz 89] Les tribunaux des mesures de contrainte cantonaux statuent sur les demandes de levée des scellés dans le cadre de la procédure préliminaire (art. 248 al. 3 let. a CPP), y compris sur celles du Ministère public de la Confédération (art. 23 al. 1 CPP *cum* art. 65 al. 1 de la loi sur l'organisation des autorités pénales [LOAP][207]). Le juge de première instance est en revanche compétent lorsqu'il est déjà saisi de la cause ; il lui incombe alors de statuer aussi bien sur la demande de levée des scellés que sur le fond. Bien que d'importance pratique mineure, cette double compétence comporte le risque que le juge de première instance soit influencé par des informations dont il pourrait avoir pris connaissance en statuant sur la demande de levée des scellés[208].

[Rz 90] La Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral demeure compétente pour statuer sur les demandes de levée des scellés d'autorités administratives d'instruction de la Confédération (art. 50 al. 3 DPA *cum* art. 37 al. 2 let. b LOAP). Nous verrons ci-dessous que cette solution ne s'avère pas toujours satisfaisante[209].

### B. Dans la procédure d'entraide internationale

[Rz 91] En ce qui concerne les demandes d'entraide exécutées par les autorités pénales de la Confédération ou des cantons, les art. 9 et 12 EIMP n'apportent pas de changement au système de compétence qui vient d'être décrit[210].

[Rz 92] Il en va de même s'agissant de la compétence de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral lorsqu'une autorité administrative de la Confédération est chargée de l'exécution d'une demande d'entraide. En effet, le Tribunal fédéral a retenu dans un arrêt de principe qu'une application analogique des art. 246 à 248 CPP[211] telle que prévue à l'art. 9 EIMP n'amène à aucun résultat puisque, d'une part, il n'existe pas un tribunal des mesures de contrainte de la Confédération et, d'autre part, l'art. 65 LOAP ne s'applique pas aux autorités administratives. Il y a dès lors lieu d'appliquer la DPA qui constitue le droit de procédure applicable en matière pénale au sens de l'art. 12 al. 1 2ème phr. EIMP[212]. Par conséquent, le Tribunal pénal fédéral est compétent pour statuer sur une demande de levée des scellés de l'autorité administrative fédérale chargée de l'exécution d'une demande d'entraide.

[Rz 93] S'il est certes vrai que la compétence du Tribunal pénal fédéral présente l'avantage de garantir une pratique uniforme, le système trouve ses limites dans le fait que ce même tribunal est

---

207 Loi sur l'organisation des autorités pénales, RS 173.71.

208 Schmid propose de permettre le recours ordinaire contre la décision de levée des scellés du tribunal de première instance (Schmid Handbuch, nº 1510 ; cf. également Niklaus Schmid, Die Rechtsmittel der Schweizerischen Strafprozessordnung – Einige Randbemerkungen, *in* : Festschrift für Franz Riklin, Bâle/Genève 2007, p. 509 ss, p. 518 s). Thormann/Brechbühl précisent à raison que la décision de levée des scellés est définitive et suggèrent dès lors d'admettre la voie du recours contre l'ordre de perquisition du juge de première instance (StPO-Thormann/Brechbühl, art. 248 CPP nº 30). Müller/Gäumann se rallient à cette proposition (p. 293).

209 Keller parle de « gesetzgeberisches Versehen » (Kommentar StPO-Keller, art. 248 CPP nº 14).

210 Cf. également l'art. 54 CPP.

211 En particulier de l'art. 248 al. 3 CPP, qui prévoit la compétence du tribunal des mesures de contraintes.

212 ATF 138 IV 40 = JdT 2013 IV 3 consid. 2.2.

également compétent pour connaître des recours tant contre les décisions de clôture que contre les décisions incidentes en matière d'entraide (art. 80*e* EIMP). A cet égard, l'absence d'un tribunal des mesures des contraintes au niveau fédéral ne peut qu'être regrettée[213].

## III. La procédure

### A. Les parties

[Rz 94] Les parties à la procédure de levée des scellés sont tout d'abord l'autorité requérante et le détenteur des documents ou objets mis sous scellés ; en dehors de ces cas, les parties « ordinaires » à la procédure pénale (cf. art. 104 CPP) ne sont en revanche pas partie à cette procédure. Elles peuvent néanmoins faire valoir d'éventuels motifs d'inexploitabilité des moyens de preuve après que la levée des scellés a été prononcée et le séquestre ordonné[214]. Les « autres participants à la procédure » selon l'art. 105 CPP peuvent également être parties à la procédure de levée des scellés, pour autant qu'ils soient atteints de manière directe, immédiate et personnelle[215] ; il s'agit avant tout des personnes légitimées à demander la mise sous scellés, à savoir tous ceux qui ont un intérêt juridiquement protégé au maintien du secret[216]. La qualité de partie revient p. ex. à l'Etat étranger qui invoque l'immunité diplomatique à l'égard de certains documents qui ont été mis en sûreté dans le cadre d'une enquête[217].

### B. La manière de procéder du tribunal et les devoirs des parties

[Rz 95] Il existe une manière de procéder bien spécifique qui s'est instaurée et consolidée dans la pratique[218]. Le juge de la levée des scellés doit tout d'abord vérifier d'office si les conditions générales susmentionnées sont satisfaites ; il examine ainsi l'admissibilité de la perquisition (ou du séquestre) dans son principe[219]. On notera qu'en ce qui concerne l'analyse des indices suffisants, le juge ne doit pas procéder à une pesée minutieuse des circonstances à charge ou à décharge du prévenu, ni évaluer de manière complète les différents moyens de preuve disponibles, la procédure de levée des scellés ne devant pas préjuger l'examen du juge du fond[220]. Il n'appartient pas non plus au juge de la levée des scellés de se déterminer à propos de l'exploitabilité des preuves lorsque celles-ci ont été retirées du dossier pénal selon les art. 140 et 141 CPP[221]. Il doit uniquement examiner si, sur la base des actes d'instruction disponibles, l'autorité pouvait admettre

213 Cf. aussi Keller, p. 186 ; Julen Berthod/Mégevand, p. 245.

214 StPO-Thormann/Brechbühl, art. 248 CPP n° 32.

215 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_588/2012 du 10 janvier 2013, consid. 2.1 ; cf. également Kommentar StPO-Keller, art. 248 CPP n° 43.

216 *Ibidem*.

217 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_588/2012 du 10 janvier 2013, consid. 2.2 notamment.

218 Cf. p. ex. arrêt du Tribunal fédéral 1B_231/2013 du 25 novembre 2013, consid. 6.4.

219 Kommentar StPO-Keller, art. 248 CPP n° 44.

220 Arrêts du Tribunal fédéral 1B_322/2013 du 20 décembre 2013, consid. 3.1 et 1B_516/2011 du 17 novembre 2011, consid. 2.1.

221 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_249/2015 du 30 mai 2016, consid. 5.5.

l'existence d'indices suffisants et concrets de la commission d'une infraction[222]. Dans son analyse, il pourra également prendre en compte des éléments découverts ou invoqués après le dépôt de la requête de mise sous scellés ; l'instruction de la cause n'est pas nécessairement interrompue pendant la procédure de levée des scellés[223].

[Rz 96] Pour autant que la mesure coercitive s'avère admissible dans son principe, le tribunal doit déterminer, dans un deuxième temps, si des motifs justifiant le maintien du secret s'opposent à la levée des scellés[224]. Pour ce faire, il doit enlever les scellés et procéder au tri judiciaire (« *richterliche Triage* »). Il s'agit de déterminer quels documents sont effectivement utiles à l'instruction, trier parmi ceux qui sont couverts par le secret et garantir, le cas échéant, l'anonymat des personnes qui ne sont pas directement impliquées dans la procédure[225]. Le juge doit exclure au moins les documents qui ne sont manifestement pas pertinents pour l'enquête[226] ; cela correspond au même *Grobtriage* qui, dans l'idéal, devrait avoir lieu directement sur place au moment de la mise en sûreté de la documentation[227]. On mentionnera en guise d'exemple les photos de vacances d'un médecin suspecté d'avoir violé diverses dispositions de la loi sur la santé et les médicaments[228].

[Rz 97] Le juge peut s'appuyer sur l'aide d'un expert pour examiner le contenu des documents, enregistrements et autres objets (art. 248 al. 4 CPP). Les dispositions générales relatives à l'établissement des expertises sont donc en principe applicables (art. 182 ss CPP). Il est important de noter que le rapport d'expertise doit être communiqué aux parties pour qu'elles puissent formuler leurs observations (cf. art. 188 CPP, qui concrétise le droit d'être entendu). Si l'autorité entend exclure ce droit, elle doit rendre une décision motivée susceptible de recours[229].

[Rz 98] Après réception de la demande de levée des scellés, le juge en informe les personnes intéressées[230]. Du moment que ni le juge, ni l'autorité d'enquête n'ont connaissance précise de la documentation, les personnes qui ont requis la mise sous scellés ont l'incombance (« *prozessuale Obliegenheit* ») d'assister le juge dans le tri et dans la classification des documents ; elles doivent en particulier indiquer lesquels sont soumis au secret et exposer pourquoi leur perquisition et/ou séquestre serait illicite[231]. Cela est d'autant plus important lorsque les documents à examiner

---

222 Arrêts du Tribunal fédéral 1B_206/2014 du 21 août 2014, consid. 4.1, 1B_322/2013 du 20 décembre 2013, consid. 3.1 et 1B_487/2012 du 18 février 2013, consid. 3.5 et la jurisprudence citée.

223 Arrêts du Tribunal fédéral 1B_332/2013, 1B_333/2013 et 1B_334/2013 du 20 décembre 2013, consid. 6.2 et 6.4, SJ 2014 I 237.

224 Kommentar StPO-Keller, art. 248 CPP n° 44 et 46.

225 Cf. art. 197 al. 2 CPP ; ATF 137 IV 189 consid. 4.2 ; 132 IV 63 consid. 4.6 ; arrêt du Tribunal fédéral 1B_155/2014 du 9 juillet 2014, consid. 4.2 et 4.3 ; Pitteloud, n° 574. S'agissant de l'anonymisation des informations cf. p. ex. ATF 141 IV 77 consid. 5.5.2.

226 ATF 141 IV 77 consid. 4.3 ; 138 IV 225 consid. 7.1 ; cf. également arrêt du Tribunal fédéral 1B_374/2014 du 12 février 2015, consid. 5.2.

227 StPO-Thormann/Brechbühl, art. 248 CPP n° 34.

228 ATF 141 IV 77 consid. 5.5.2.

229 Cf. arrêt du Tribunal fédéral 1B_345/2014 du 9 janvier 2015, consid. 2.2 et 2.3 notamment.

230 Art. 390 al. 2 CPP par analogie ; Kommentar StPO-Keller, art. 248 CPP n° 42.

231 « Es sind konkrete Hinweise zu den von ihm [l'intéressé] erhobenen Argumenten zu nennen. Die Geltendmachung von Geheimnissen – ins. solchen, die nicht nach Art. 170-173 geschützt sind – ist zu substanzieren », StPO-Thormann/Brechbühl, art. 248 CPP n° 35 ; à propos de la « *Substanzierungsobliegenheit* » cf. également arrêt du Tribunal fédéral 1B_639/2012 du 8 mai 2013, consid. 3.6.2 : « Bei der prozessualen Substanzierungsobliegenheit von Inhabern, welche die Siegelung verlangen, geht es nicht darum, schutzwürdige Geheimnisse inhaltlich preiszugeben, sondern lediglich zu umschreiben, welcher Art die angeblich tangierten Geheimnisinteressen sind und inwiefern sie so wichtig seien, dass sie das Strafverfolgungsinteresse überwiegen (vgl. Art. 264 Abs. 1 lit. b StPO) ».

sont très nombreux[232]. A l'exception des documents contenant des secrets manifestes (art. 170-173 CPP) et de ceux qui n'ont manifestement aucun lien avec l'enquête[233], le non-respect de ces devoirs procéduraux a pour conséquence le prononcé de la levée des scellés et la délégation de la compétence d'effectuer le triage à l'autorité d'enquête[234]. Dans les autres cas, une telle délégation *in toto* est exclue[235].

[Rz 99] Sous réserve de ce qui a été dit plus haut en rapport avec la procédure d'entraide, la manière de procéder du juge de la levée des scellés est essentiellement la même dans le cadre de la procédure d'entraide[236] et de la procédure prévue par la DPA[237].

## C. Le délai d'un mois

[Rz 100] Le délai d'un mois de l'art. 248 al. 3 CPP a pour seul but de garantir la célérité de la procédure : la disposition ne prévoit pas de conséquences en cas de non-respect, de sorte qu'il doit être qualifié de délai d'ordre[238]. Une violation de la maxime de célérité est tout de même prise en compte dans la fixation de la peine[239] ; le Tribunal fédéral a p. ex. jugé qu'un délai de plus de 14 mois pour que la décision de levée des scellés soit rendue n'est en principe pas admissible[240].

---

232 ATF138 IV 225 consid. 7.1 ; 137 IV 189 consid. 5.3.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 1B_155/2014 du 9 juillet 2014, consid. 4.2 et 1B_27/2012 du 27 juin 2012, consid. 8.1.

233 L'autorité doit les écarter d'office, sous peine de contredire la volonté du législateur et le droit de ne pas s'auto-incriminer. Cf. à propos de ce dernier point : StPO-Thormann/Brechbühl, art. 248 CPP n° 36 ; Kommentar StPO-Keller, art. 248 CPP n° 43a.

234 Arrêts du Tribunal fédéral 1B_131/2015 du 30 juillet 2015, consid. 5.2.2 et 1B_637/2012 du 8 mai .2012, consid. 3.5. Cf. également StPO-Thormann/Brechbühl, art. 248 CPP n° 36.

235 Cf. ATF 141 IV 77 consid. 5.5.1 ; également arrêt du Tribunal fédéral 1B_155/2014 du 9 septembre 2014, consid. 4.2.

236 Cf. p. ex. ATF 122 II 367, consid. 2c.

237 Cf. p. ex. ATF 132 IV 63 consid. 4 ; arrêt du Tribunal fédéral 1B_354/2009, 1B_366/2009 du 2 mars 2010, consid. 2.2.

238 Cf. en particulier l'arrêt du Tribunal fédéral 1B_332/2013, 1B_333/2013, 1B_334/2013 du 20 décembre 2013, consid. 6.1, SJ 2014 I 237 : « Il s'agit d'un délai d'ordre qui peut être prolongé, notamment en raison de la quantité des pièces à examiner, de la complexité technique de l'évaluation et/ou si la procédure requiert l'avis d'un expert. En mentionnant cette durée, le législateur entendait rappeler que l'instruction pénale ne devait pas être bloquée par l'examen d'une demande de levée des scellés et qu'au contraire, tout devait être mis en uvre pour que l'autorité statue dans le délai indiqué [...] afin notamment de respecter le principe de célérité », confirmé dans les arrêts du Tribunal fédéral 1B_131/2015 du 30 juillet 2015, consid. 5.4.2 et 1B_261/2014 du 8 septembre 2014, consid. 2.1.

239 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_424/2013 du 22 juillet 2014 (cas Blocher), consid. 2.5. Le classement de la procédure comme conséquence représente en revanche l'*ultima ratio* et n'est admis que dans les cas extrêmes. Il va de soi qu'un retard de la procédure dû au comportement du prévenu (requêtes, prolongements des délais etc.) ne constitue en principe pas une violation de la maxime de célérité.

240 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_261/2014 du 8 septembre 2014, consid. 2.1.

## IV. Les moyens de droit

### A. Dans la procédure pénale suisse

[Rz 102] En ce qui concerne la DPA, la décision de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral peut elle aussi faire l'objet d'un recours en matière pénale au Tribunal fédéral[241]. En effet, il s'agit d'une décision portant sur une mesure de contrainte au sens de l'art. 79 LTF.

[Rz 103] Pour le prévenu qui est en même temps détenteur des documents ou objets, les décisions de levée des scellés sont des décisions incidentes qui ne peuvent faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral que si elles causent un préjudice irréparable (art. 93 let. a LTF) ou si l'admission du recours permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (art. 93 let. b LTF)[242]. La procédure de levée des scellés établit de manière définitive si des motifs liés à la protection du secret s'opposent à la perquisition de la documentation saisie ; par conséquent, l'existence d'un préjudice irréparable est en principe admise par la jurisprudence[243]. En revanche, les décisions qui déterminent les modalités de la procédure (« *prozessleitende Zwischenverfügungen* ») ne sont généralement pas de nature à causer un préjudice irréparable ; il en va p. ex. ainsi de la décision qui détermine comment aura lieu le tri ou qui définit le mandat de l'expert[244]. La décision de levée des scellés étant définitive, les documents saisis peuvent être immédiatement remis à l'autorité pénale. Il appartient donc au recourant de saisir le Tribunal fédéral sans délai en requérant la restitution de l'effet suspensif au recours[245].

[Rz 104] L'autorité d'enquête peut, elle aussi, attaquer la décision (incidente) de levée des scellés devant le Tribunal fédéral (art. 81 al. 1 let. b ch. 3 LTF). Dans ce cas, elle pourra généralement se prévaloir d'un préjudice irréparable qui consistera en particulier dans la disparition d'importants moyens de preuve[246]. A l'inverse, l'autorité pénale ne subit pas de préjudice irréparable lorsqu'une décision prononçant la levée des scellés requiert en même temps qu'un nouvel examen de la documentation soit effectué afin de déterminer les pièces à séquestrer définitivement[247].

[Rz 105] Pour toute autre partie, la décision de levée des scellés met fin à la procédure et constitue de ce fait une décision partielle attaquable aux conditions habituelles du recours en matière pénale (art. 91 let. b LTF)[248].

[Rz 106] Relevons enfin que la mise sous scellés n'est pas une mesure provisionnelle et que la cognition du Tribunal fédéral n'est dès lors pas limitée par l'art. 98 LTF.

---

241 ATF 139 IV 246 = JdT 2014 IV 85 consid. 1.3.

242 Cf. arrêt du Tribunal fédéral 1B_206/2007 du 7 janvier 2008, consid. 3.2.

243 Arrêts du Tribunal fédéral 1B_27/2012 du 27 juin 2012, consid. 1 et 1B_472/2012 du 23 janvier 2013, consid. 1.3.

244 Arrêts du Tribunal fédéral 1B_19/2013 du 22 février 2013, consid. 3 et 1B_162/2013 du 3 juillet 2013, consid. 1.2 et les nombreuses références citées.

245 Cf. art. 387 CPP.

246 Arrêts du Tribunal fédéral 1B_52/2015 du 24 août 2015, consid. 2, 1B_155/2014 du 7 juillet 2014, consid. 1 et 1B_360/2013 du 24 mars 2014, consid. 1.

247 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_65/2014 du 22 août 2014, consid. 2.4 en particulier.

248 Cf. arrêt du Tribunal fédéral 1B_206/2007 du 7 janvier 2008, consid. 3.2.

## B. Dans la procédure d'entraide internationale

[Rz 107] Bien que le CPP soit applicable à l'exécution de mesures de contrainte diligentées dans l'intérêt d'une demande d'entraide[249], il ne l'est en revanche pas s'agissant de la protection juridique contre les décisions rendues dans ce cadre[250]. Celle-ci est en effet exhaustivement réglée aux art. 80*e* ss EIMP. Contrairement à ce qui vaut en procédure interne, les décisions des autorités cantonales ou fédérales[251] chargées de l'exécution d'une demande d'entraide ne sont pas sujettes à recours directement au Tribunal fédéral ; l'art. 80*e* al. 1 EIMP dispose qu'elles doivent d'abord être attaquées devant la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral.

[Rz 108] En règle générale, les décisions incidentes doivent être attaquées conjointement avec la décision de clôture (art. 80*e* al. 1 EIMP *cum* art. 37 al. 2 let. a LOAP). L'art. 80*e* al. 2 EIMP réserve toutefois les cas où elles peuvent exceptionnellement faire l'objet d'un recours séparé, à savoir lorsqu'elles causent un préjudice immédiat et irréparable en raison de la saisie d'objets ou de valeurs (let. a) ou de la présence de personnes qui participent à la procédure à l'étranger (let. b). Des papiers ou d'autres supports d'information n'étant en principe pas des « *Vermögenswerte* » ou « *Wertgegenstände* »[252], les décisions de levée des scellés ne sont pas de nature à causer un tel préjudice[253]. Un recours séparé est dès lors exclu.

[Rz 109] Le prononcé du Tribunal pénal fédéral peut ensuite faire l'objet d'un recours en matière de droit public aux conditions restrictives de l'art. 84 LTF, soit entre autres lorsqu'il a pour objet une saisie (al. 1) et qu'il concerne un cas particulièrement important (al. 2). Au vu de la proximité qui existe entre la mise sous scellés, la perquisition et le séquestre, le Tribunal fédéral semble entrer en matière même lorsque la levée des scellés a été prononcée dans le cadre d'une perquisition et qu'aucun séquestre n'a (encore) eu lieu[254].

[Rz 110] La décision du juge de la levée des scellés peut déterminer l'étendue de l'entraide offerte à l'Etat requérant[255]. En effet, lorsque ladite décision est négative, les documents saisis ne peuvent pas être transmis à l'étranger quand bien même la décision de clôture est positive. En ce sens, l'autorité chargée de l'exécution peut avoir un intérêt à attaquer la décision refusant la levée des scellés. Alors que la qualité pour recourir de l'Office fédéral de la justice (OFJ) (let. a) et de quiconque personnellement et directement touché par une mesure d'entraide (let. b) est explicitement prévue par l'art. 80*h* EIMP, la loi ne s'exprime pas sur la qualité pour recourir de l'autorité d'exécution. Par analogie, avec la jurisprudence relative à l'art. 89 al. 1 LTF, le Tribunal pénal fédéral a refusé une interprétation extensive de l'art. 80*h* let. b EIMP, en déniant la qualité pour recourir du ministère public chargé de l'exécution d'une demande d'entraide au motif que le seul intérêt à l'application correcte du droit n'était pas suffisant à fonder la légitimation à

249 Art. 12 et 80*a* al. 2 EIMP.

250 Cf. art. 54 CPP ; arrêt du Tribunal fédéral 1B_563/2011 du 16 janvier 2012, consid. 2.1.

251 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_595/2011 du 21 mars 2012, consid. 2.3.

252 Les versions française et italienne sont ambiguës : il est question d'« objets » ou de « valeurs » (« *beni* » o « *valori* »), notions qui paraissent plus larges que celles utilisées dans la version allemande. Toutefois, il n'en demeure pas moins que leur saisie doit causer un préjudice immédiat et irréparable, ce qui relativise l'importance de cette divergence entre les différentes versions de la loi.

253 ATF 138 IV 40 = JdT 2013 IV 3 consid. 2.3 ; 126 II 151 consid. 4c/aa ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_179/2012 du 11 mai 2012, consid. 2.3.

254 Arrêts du Tribunal fédéral 1B_365/2011, 1C_371/2011 du 6 janvier 2012, consid. 1.3.2.

255 ATF 126 II 494 consid. 3 ; arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2014.47 du 6 juin 2014, consid. 3.2.

recourir d'une collectivité publique[256]. Contrairement à l'OFJ qui dispose d'un droit de recours abstrait en sa qualité d'autorité de surveillance (art. 80*h cum* art. 25 al. 3 1ère phr. EIMP), le ministère public ne peut pas non plus se prévaloir d'un tel droit[257]. Il appartient dès lors à l'OFJ d'agir contre la décision du juge de la levée des scellés lorsque celle-ci limite *de facto* l'étendue de l'entraide. A cet effet, la décision doit lui être notifiée[258].

[Rz 111] Demeure indécise la question du moment auquel l'OFJ peut attaquer la décision du juge de la levée des scellés : devrait-on admettre l'existence d'un préjudice immédiat et irréparable de l'OFJ, de sorte que celui-ci pourrait attaquer de manière séparée la décision ? A notre sens, eu égard à l'importance particulière du principe de célérité dans la procédure d'entraide, au principe de l'égalité des armes et à la possibilité de recourir contre les décisions incidentes au moment du prononcé de la décision de clôture, il faudrait répondre par la négative. Il faut toutefois noter qu'en cas de décision négative, le juge de la levée des scellés doit impérativement attendre la décision de clôture avant de remettre la documentation saisie aux personnes intéressées, à défaut de quoi un préjudice immédiat et irréparable de l'OFJ pourrait être admis du fait de la perte de moyens de preuve[259].

## C. Les « cas particulièrement complexes »

[Rz 112] Dans cinq arrêts rendus entre fin 2011 et mi-2012, le Tribunal fédéral a illustré la façon dont il entendait exceptionnellement procéder en présence de « cas particulièrement complexes »[260]. Pour l'essentiel, il considérait ne pas disposer de l'infrastructure et des ressources nécessaires à l'analyse de tels cas, en particulier s'agissant du triage. Il retenait ainsi que le recours direct à la dernière instance n'était « [...] – *zumindest in sehr komplexen und schwierigen Fällen – nicht stufen- und sachgerecht* [...] » et que par conséquent il ne pouvait pas correspondre à la volonté du législateur[261]. Dans ces cas « extrêmes », le Tribunal fédéral se réservait le droit de transmettre la cause à l'instance cantonale compétente selon la voie de recours « ordinaire » (art. 20 et 393 ss CPP) afin que celle-ci exerce une fonction de « filtre » (« *Filterwirkung* »). Conformément au principe de la double instance, le recours à la Haute Cour n'était possible que par la suite (art. 80 LTF).

[Rz 113] La création de cette voie de droit *extra legem* n'a pas été approuvée par doctrine[262]. Outre l'absence de base légale, il a été reproché au Tribunal fédéral de considérer que les instances inférieures étaient mieux « équipées » pour prendre en charge des cas d'une complexité particulière.

256 Arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2014.47 du 6 juin 2014, consid. 4. Le Tribunal fédéral a en revanche admis la qualité pour recourir de la Direction de l'Administration fédérale des douanes en application de l'art. 89 al. 2 let. a LTF, arrêts du Tribunal fédéral 1B_365/2011, 1C_371/2011 du 6 janvier 2012, consid. 1.3.4.

257 Il le peut, à l'inverse, en procédure interne (art. 381 CPP).

258 Art. 5 de l'ordonnance sur l'entraide internationale en matière pénale (OEIMP ; RS 351.11) ; arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2014.47 du 6 juin 2014, consid. 5.2.

259 StPO-Thormann/Brechbühl, art. 248 CPP nº 74.

260 Arrêts du Tribunal fédéral 1B_27/2012 du 27 juin 2012, 1B_595/2011 du 21 mars 2012, 1B_562/2011 du 2 février 2012, 1B_492/2011 du 2 février 2012 et 1B_516/2011 du 17 novembre 2011.

261 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_595/2011 du 21 mars 2012, consid. 2.3 et 5.3. Le Tribunal fédéral dit interpréter ainsi « la volonté réelle » du législateur : « [le CPP unifié] *muss daher im Anwendungsfall zweckgerichtet und dem wahren Sinn entsprechend ausgelegt werden* ».

262 Eicker, p. 242 ; Keller, art. 248 nº 49 ; StPO-Thormann/Brechbühl, art. 248 CPP nº 64.

[Rz 114] Le Tribunal fédéral semble désormais avoir abandonné cette pratique. Des cinq décisions à notre connaissance, dont aucune n'a été publiée dans le Recueil officiel, il n'y en a qu'une ans laquelle la cause a été effectivement transmise à un tribunal cantonal[263]. Suite au refus d'entrer en matière de celui-ci, le Tribunal fédéral s'était enfin saisi de l'affaire pour des motifs d'économie de procédure[264]. Dans un arrêt de décembre 2013, le Tribunal fédéral s'est référé à cette dernière décision en précisant que sa pratique avait été revue[265]. On peut dès lors saluer le respect du texte légal clair et la sécurité juridique qui en découle.

[Rz 115] Enfin, il convient de mentionner le projet de modification de la LTF mis en consultation en novembre 2015, qui propose de réintroduire le principe de la double instance de recours dans le cadre de la mise sous scellés par une modification de l'art. 393 al. 1 let. c CPP[266]. Cette proposition fait donc suite aux craintes du Tribunal fédéral telles qu'exprimées plus haut.

## Conclusions

## D. Procédure interne suisse

[Rz 116] Suite au changement de jurisprudence relatif aux personnes légitimées à demander la mise sous scellés, la portée de la protection du secret garantie par l'art. 248 CPP apparaît dans son ensemble satisfaisante. En revanche, il est regrettable que la même protection ne vaille pas en application de l'art. 50 DPA ; cette critique ne porte pas seulement sur la question du cercle des personnes légitimées, mais également sur les motifs de mise sous scellés ainsi que sur le délai pour demander la levée des scellés que la DPA ne prévoit même pas. Sur l'ensemble de ces aspects, la jurisprudence en matière de procédure pénale administrative devrait suivre autant que possible celle rendue en application du CPP. En effet, s'il est vrai que le législateur a décidé de ne pas adapter la DPA au CPP, il n'en demeure pas moins qu'aucun motif ne justifie un traitement différent des personnes intéressées face aux autorités administratives fédérales, tout au moins dans le cadre de la procédure concernant les scellés.

[Rz 117] Pour le surplus, la jurisprudence relative à l'art. 248 CPP demeure peu claire en ce qui concerne la notion d'« autres motifs », d'une part, et les griefs réservés à la voie du recours, d'autre part. A notre avis, la notion d'« autres motifs », qui est indéfinie de par sa nature, permettrait d'étendre le champ d'application de la mise sous scellés à tout motif soulevé contre une perquisition ou un séquestre, ce qui aurait pour effet d'exclure la voie du recours proprement dit dans ces cas. Cette solution ne permettrait pas seulement de mieux tenir compte du principe d'économie de la procédure et de celui de célérité, mais elle serait aussi parfaitement cohérente avec la jurisprudence actuelle qui tend à attribuer un plein pouvoir de cognition au juge de la levée des scellés.

263 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_595/2011 du 21 mars 2012.

264 Arrêts du Tribunal fédéral 1B_397/2012, 1B_595/2011 du 10 octobre 2012, consid. 1.

265 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_346/2013 du 18 décembre 2013, consid. 1.

266 Cf. www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/bundesgerichtsgesetz/vorentw-f.pdf.

## E. Procédure d'entraide internationale

[Rz 118] S'agissant de la procédure d'entraide, compte tenu du renvoi de l'art. 9 EIMP et du principe de la protection individuelle, la protection du secret en cas de perquisition et/ou de séquestre devrait correspondre à celle qui vaut en droit interne.

[Rz 119] Il est naturel que, dans l'application des normes concernant la procédure pénale et la procédure pénale administrative, reviennent presque toujours en surface le conflit entre la nécessité d'efficacité et de célérité tel que constamment recommandée et prônée par le législateur et, à l'opposé, le respect rigoureux des droits individuels ainsi qu'ils sont protégés par le droit constitutionnel. Ceci est vrai *a fortiori* dans le cadre de la coopération internationale en matière pénale : d'une part, parce que les moyens de preuve acquis dans le cadre de la procédure de mise sous scellés sont destinés, en définitive, aux autorités pénales étrangères. D'autre part, car l'entraide internationale servira de plus en plus aux autorités étrangères de poursuite non seulement pour mener la lutte contre le crime organisé, de nature politique ou de droit commun, mais également dans le but d'assurer le respect des nouvelles normes internationales contre la délinquance fiscale. A cela s'ajoute la globalisation des marchés, mettant en relation des opérateurs économiques situés dans des pays connaissant un niveau d'organisation, de structure et d'efficacité administrative très différent de celui dont dispose la Suisse et quelques autres pays occidentaux, ce qui comporte un risque croissant de dérapage et d'utilisation abusive des moyens de preuve acquis auprès de détenteurs tenus aux secrets protégés par la loi.

[Rz 121] Enfin, relevons que toutes les garanties procédurales prévues par le CPP, notamment celles qui sont mentionnées au chapitre 2, sont applicables en vertu de la règle prévue à l'art. 12 al. 1 deuxième phr. EIMP, d'après laquelle « les actes de procédure sont réglés par les droits de procédure applicables en matière pénale ». A ces règles appartiennent aussi toutes les garanties de procédure prévues par l'art. 6 CEDH. Même à considérer que la procédure d'entraide internationale appartient au droit administratif, les garanties de la CEDH seraient tout de même applicables dès le moment où la procédure administrative se trouve en contact étroit avec la procédure pénale[267].

---

Paolo Bernasconi, Prof. ém. Université de St.-Gall, Dr. h.c. Université de Zurich, avocat à Lugano, Président de Ethics and Compliance Switzerland / ECS.

Simone Schürch, MLaw, avocat stagiaire à Genève.

267 « La Cour peut donc être amenée, dans certaines circonstances, à examiner globalement, sous l'angle de l'article 6 de la Convention, un ensemble de procédures si celles-ci sont *suffisamment liées* entre elles pour des raisons tenant aux faits sur lesquelles elles portent, soit à la manière dont elles sont menées par les autorités nationales » (mise en évidence ajoutée, CourEDH, Chambaz vs. Switzerland, arrêt du 5 avril 2012, no 11663/04, § § 40, 43).