

Newsletter n°

213

La révision des conditions de la mise sous scellés (art. 248ss CPP) ou le coup de grâce porté au secret des affaires en procédure pénale :

à l'occasion de deux arrêts de principe intervenus fin 2024 (TF 7B_313/2024 du 24 septembre 2024 et 7B_950/2024 du 15 novembre 2024), le Tribunal fédéral, bien poussé par le législateur, a définitivement entériné la fin de la protection du secret des affaires en procédure pénale. Désormais, le secret professionnel de l'avocat apparaît comme étant le seul encore capable de se dresser face aux pouvoirs considérables des autorités de poursuite pénale et des parties qui les exploitent.



Par Paul Brasey

MLaw, Avocat

Associate

Téléphone +41 58 658 83 92

paul.brasey@walderwyss.com

La révision de la mise sous scellés (art. 248ss CPP) ou la fin de la protection du secret des affaires en procédure pénale

Par deux arrêts de principe rendus successivement les 24 septembre et 15 novembre 2024 (TF 7B_313/2024 et 7B_950/2024 respectivement), le Tribunal fédéral a définitivement mis un terme au secret des affaires comme motif permettant de soustraire à la connaissance et à l'exploitation par les autorités pénales, au moyen de la mise sous scellés, les documents saisis lors de perquisitions et aux autres ordres de production.

Cette jurisprudence, intervenue à la suite de l'entrée en vigueur le 1er janvier 2024 de la révision de la mise sous scellés (art. 248ss CPP), appelle de nouvelles recommandations à destination des acteurs économiques, en vue de préserver la confidentialité de leurs échanges; l'ouverture de procédures pénales constituant un moyen particulièrement efficace pour un plaignant d'accéder aux secrets d'affaires. La pratique est d'ores et déjà largement répandue, en particulier, dans le cadre des litiges internationaux.

La présente newsletter se veut être un exposé pratique à destination des acteurs intéressés.

I. Contexte : but et principes de la mise sous scellés

La mise sous scellés prévue aux art. 248ss de notre Code de procédure pénale (CPP) est une institution connue de longue date qui s'inscrit dans le cadre des perquisitions et autres ordres de production menés sur mandat de la direction de la procédure, c'est-à-dire du Ministère public et des tribunaux respectivement (art. 198 al. 1 let. a, b et 241ss CPP). Elle vise à soustraire à la connaissance des autorités pénales (et donc également des autres parties à la procédure), ainsi qu'à leur exploitation, les documents couverts d'un secret reconnu comme légitime par la loi (art. 264 cum 248 CPP).

Jusqu'au 31 décembre 2023, les secrets ainsi légitimement protégés étaient prévus aux art. 170 à 173 CPP, comprenant le secret de fonction

(art. 170 al. 1 CPP), les secrets professionnels mentionnés à l'art. 171 al. 1 CPP, soit notamment celui des avocats, des notaires et des médecins, le secret des médias (art. 172 al. 1 CPP), ainsi que les autres secrets au sens de l'art. 173 al. 2 CPP. On entendait par là notamment les **secrets d'affaires**, soit les **secrets commercial et de fabrication** (art. 162 CP et 6 LCD), le **secret bancaire** (art. 47 al. 1 LB ; 69 al. 1 LEFin) et le **secret des réviseurs** (art. 730b CO et 321 CP). Ces secrets étaient admis comme de justes motifs à une mise sous scellés.

Il appartenait ensuite à l'autorité saisie de vérifier, par une mise en balance des intérêts en présence, si l'intérêt du détenteur au maintien du secret l'emportait face à l'intérêt public à la manifestation de la vérité.

II. Nouveauté : révision législative et application jurisprudentielle

Le régime de la mise sous scellés a connu une importante révision législative prenant effet au 1^{er} janvier 2024. Cette révision législative a, d'une part, clarifié la procédure applicable à la demande de mise sous scellés et, d'autre part, modifié le texte relatif aux motifs justifiant l'ordre et le maintien d'une mise sous scellés. Lors de son entrée en force, ce texte a posé de nombreuses questions et divisait la doctrine s'agissant de sa véritable portée. La jurisprudence fut donc appelée à intervenir.

C'est ainsi que le Tribunal fédéral a eu l'occasion, dans deux arrêts de principe rendus fin 2024 (TF 7B_313/2024 du 24 septembre 2024 et 7B_950/2024 du 15 novembre 2024) de se prononcer sur les secrets que la révision législative entendait encore protéger.

1 Motifs justifiant une mise sous scellés : le secret professionnel de l'avocat

Tout d'abord, le Tribunal fédéral a relevé que le nouveau texte de l'art. 248 al. 1, 1^{ère} phrase CPP a abandonné sa référence au droit de refuser de déposer ou de témoigner des art. 170ss CPP, ainsi que celle aux autres motifs, comprenant les autres droits de l'art. 173 al. 2 CPP. Le texte se limite désormais à une seule référence, celle aux motifs prévus exhaustivement par l'art. 264 al. 1 CPP (TF 7B_313/2024 du 24 septembre 2024, consid. 2.4.1), soit le(s) :

- **Secrets privés dignes de protection** (art. 179 CP et 264 al. 1 let. b CPP), tel que le droit à la protection de la personnalité (journal intime, agendas, listes de téléphones et adresses) lorsque, dans une pesée des intérêts, l'intérêt à la sauvegarde du secret prime l'intérêt à la poursuite pénale (ce qui sera, en réalité, rarement le cas) (CR CPP-JULEN BERTHOD, art. 264, N 6) ;

- **Secret professionnel de l'avocat** couvrant les échanges entre le prévenu ou un tiers et un avocat à deux conditions (art. 264 al. 1 let. a, b et 171 al. 1 CPP ; art. 321 ch. 1 CP). Premièrement, ces échanges doivent relever de l'activité typique de l'avocat, c'est-à-dire de conseil juridique et de représentation en justice (à l'exclusion notamment des mandats d'administrateur, de gestion de fortune ou encore de trustee) (CR CP II-CHAPPUIS, art. 321, N 61). Deuxièmement, l'avocat ne doit pas lui-même être prévenu dans cette même affaire (TF 7B_950/2024 du 15 novembre 2024, consid. 2.4.1) ;
- **Secrets prévus expressément aux art. 170 à 173 CPP**, comprenant le **secret de fonction** (art. 170 al. 1 CPP), les **secrets professionnels** mentionnés exhaustivement à l'art. 171 al. 1 CPP (ecclésiastiques, avocats, défenseurs, notaires, conseils en brevet, médecins, dentistes, chiropraticiens, pharmaciens, psychologues, infirmiers, physiothérapeutes, ergothérapeutes, sages-femmes, diététiciens, optométristes, ostéopathes, ainsi que leurs auxiliaires), le **secret des médias** (art. 172 al. 1 CPP) et les secrets relatifs aux **devoirs de discrétion** des art. 321^{bis} CP, 139 al. 3 CC, 2 de la loi fédérale sur les centres de consultation en matière de grossesse, 11 de la LAVI et 3c al. 4 LStup).

A l'exception notable du **secret professionnel de l'avocat qui constitue un secret absolu** (art. 171 al. 4 CPP), les autres secrets susmentionnés feront l'objet d'une **mise en balance des intérêts**, comprenant celui à la découverte de la vérité (art. 171 al. 3 CPP) ; intérêt qui l'emportera très souvent et justifiera, malgré tout, une levée des scellés et leur exploitation par les autorités de poursuite pénale.

Ces secrets permettront toutefois, même en cas de levée en fin de procédure, de retarder la prise de connaissance des documents visés par les autorités pénales. Si elle peut paraître vaine, cette démarche pourra relever d'un certain intérêt pour les défenseurs souhaitant ralentir la procédure et faire bénéficier leurs clients de la prescription de l'action pénale (art. 97 al. 1, 3 CP).

En effet, en présence de dossiers complexes et considérant la surcharge de travail chronique à laquelle font face les autorités de poursuite pénale, cette exception gagne progressivement en intérêt ; au grand dépit d'ailleurs des parties plaignantes et de leurs représentants qui se retrouvent souvent, à la suite de leurs plaintes et par épuisement de leurs relances, confrontés au silence des autorités.

2 Motifs exclus de la mise sous scellés : le secret des affaires

Ensuite de la seule référence aux motifs de l'art. 264 al. 1 CPP, le Tribunal fédéral a souligné que les termes « autres motifs » avaient disparu du texte de l'art. 248 al. 1 CPP. Il constate alors de l'examen des travaux préparatoires que le législateur a choisi, à dessin, d'abandonner toute protection du secret des affaires et, en particulier, des secrets commercial, de fabrication (art. 162 CP et 6 LCD) et bancaire (art. 47 al. 1 LB ; 69 al. 1 LFin) (TF 7B_313/2024 du 24 septembre 2024, consid. 2.4.2).

Partant, le **secret des affaires** comprenant les secrets commercial, de fabrication (art. 162 CP et 6 LCD) et bancaire (art. 47 al. 1 LB ; 69 al. 1 LFin) ne peuvent plus justifier une mise sous scellés des documents s'y rapportant (TF 7B_313/2024 du 24 septembre 2024, consid. 2.4.3 ; TF 7B_950/2024 du 15 novembre 2024, consid. 2.4.2). Les autorités de poursuite pénale disposeront désormais de la faculté de prendre connaissance et d'exploiter ces documents dans le cadre de la procédure pénale ouverte.

3 Excursus : le droit subsidiaire d'une partie de requérir du tribunal qu'il limite l'accès au dossier des autres parties en raison de la protection d'un secret

La partie se prévalant du bénéfice d'un tel secret ne pourra que tenter de limiter la prise de connaissance desdits documents par les autres parties à la procédure au moyen de l'art. 108 CPP.

L'art. 108 al. 1 let. b CPP prévoit que « les autorités pénales peuvent restreindre le droit d'une partie à être entendue lorsque cela est nécessaire pour [...] pour protéger des intérêts publics ou privés au maintien du secret ». Cet article apparaît comme la seule disposition faisant encore preuve, théoriquement, d'égard envers le secret des affaires (TF 7B_313/2024 du 24 septembre 2024, consid. 2.4.3 ; ATF 113 la 1, consid. 4a ; ATF 100 la 97, consid. 5 ; Arrêt du Tribunal fédéral du 8 novembre 1993, *in* SJ 1994 p. 97, consid. 2a ; VERNIORY Jean-Marc, L'accès au dossier en procédure pénale, *in* SJ 2007 II p. 125, pp. 139-140).

Cela étant dit, en réalité, même au titre de cette disposition, les tribunaux ne restreindront que très rarement l'accès aux documents versés au dossier pénal par les autres parties à la procédure (dont la partie plaignante), en raison du droit prépondérant des autres parties d'être entendues, soit notamment d'accéder au dossier pénal (TF 1B_245/2015 du 12 avril 2016, consid. 5.1 ; TF 1B_315/2014 du 11 mai 2015, consid. 4.4 ; TF 1B_112/2019 du 15 octobre 2019, consid. 3.1 ; CR CPP-BENDANI, art. 108, N 6 ; VERNIORY Jean-Marc, L'accès au dossier en procédure pénale, *in* SJ 2007 II p 125, p. 138 et références citées).

Le Ministère public ayant déjà considéré à ce stade, en versant les documents dans le dossier pénal, que l'intérêt à la poursuite primait la sauvegarde du secret, l'application de l'art. 108 al. 1 let. b CP ne constituera pas un

principe mais une rare exception (BSK StPO-VEST, art. 108 StPO, N 6 et références citées). Il faut ainsi admettre à ce titre que, à partir du moment où les autorités de poursuite pénale accèdent à un document et disposent du droit de l'exploiter, le reste des parties à la procédure pourront très vraisemblablement y avoir accès également ; quand bien même ce document serait censé être couvert du secret des affaires.

III. Effets de la fin des secrets d'affaires sur la collecte de moyens de preuve

Si l'intérêt du secret des affaires comme motif permettant de soustraire à la connaissance et à l'exploitation par les autorités de poursuite pénale certains documents s'était largement réduit ces dernières années (l'intérêt à la manifestation de la vérité l'emportant très souvent dans la balance des intérêts en présence), son abandon définitif permettra vraisemblablement d'accélérer la collecte de moyens de preuve ; et ce, également en faveur des parties plaignantes. Mais pour quels usages et à quelles fins ?

1 Dans le contexte de litiges (nationaux ou internationaux) sur territoire suisse

Dans le cadre d'un litige national, la partie plaignante disposera de la faculté, par la voie du dépôt d'une plainte pénale, de s'approprier le bénéfice des pouvoirs inquisiteurs (et particulièrement importants) des autorités pénales, en sollicitant qu'il soit procédé à certaines mesures d'instruction.

Par ce moyen et conformément à leur droit de consulter le dossier de la procédure pénale ainsi ouverte, les parties plaignantes pourront, **en premier lieu, collecter les preuves pour alimenter leurs prétentions dans le cadre, par exemple, de procédures civiles pendantes ou futures.**

En effet, là où les autorités pénales n'hésiteraient pas, les tribunaux civils pourraient se montrer plus réticents à ordonner la production de documents couverts par le secret des affaires, s'agissant par exemple d'une comptabilité avec état du chiffre d'affaires, du bénéfice et de la composition de l'actif et du passif d'une société ou la production de relevés bancaires. Ils limiteront également l'ampleur des investigations, par interdiction de toute fishing expedition, là où les autorités pénales se montrent, en pratique, plus ouvertes.

Par ailleurs, les autorités pénales disposeront de moyens inaccessibles aux tribunaux civils, tels que l'exécution de perquisitions sur mandat.

Par ce moyen toujours d'accès au dossier pénal, les parties plaignantes pourront, **en second lieu, exploiter les moyens de preuve collectés à d'autres fins que les seules procédures judiciaires ouvertes, en profitant par exemple des secrets d'affaires ainsi révélés à des fins purement commerciales**, s'agissant typiquement de documents se rapportant à l'activité d'un concurrent.

Si l'art. 108 al. 1 let. b CP précité était précisément censé prévenir de tels abus, les cas ressortant de la jurisprudence font état des grandes difficultés d'application qu'il comporte ; le droit d'être entendu des parties étant si fortement ancré en procédure pénale qu'il ne parvient que très rarement à prévenir l'accès des parties à des données sensibles (cf. *supra* ch. II.3).

2 Dans le contexte de litiges (internationaux) sur territoire étranger

Dans le cadre de litiges internationaux, la fin du secret des affaires présentera (et présente déjà en réalité) notre territoire comme une juridiction de choix pour alimenter les procédures pénales et/ou civiles étrangères en cours ou futures, notamment lors de la phase dite de *discovery*.

A cet égard, l'ouverture d'une procédure pénale étrangère ouvrira, dans le même temps, la voie de l'entraide internationale en matière pénale de la Suisse et les moyens considérables de ses autorités.

Les actes d'entraide pénale internationale seront exécutés conformément au droit suisse, c'est-à-dire, s'agissant des mesures de contrainte (perquisition, saisie, ordre de production bancaire), conformément au Code de procédure pénale (art. 9 EIMP ; voir également : art. 12 al. 1, 80a al. 2 et 64 al. 1 EIMP *in fine* ; Arrêt du TPF du 26 mai 2017, *in* JdT 2018 IV 410, consid. 4.3.1 et références citées ; ZIMMERMANN Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, (Stämpfli) 2019, N 394ss).

A ce titre, en matière de mise sous scellés, l'art. 9 EIMP renvoie expressément à l'art. 248 CPP, de sorte qu'il convient d'admettre que les récentes évolutions jurisprudentielles ici discutées s'étendront par analogie au traitement des demandes d'entraide et leur mise en œuvre. Ainsi, dès lors que le secret des affaires ne permet plus de s'opposer à l'action des autorités pénales sur notre territoire, il ne permettra plus non plus de s'opposer à la transmission de documents saisis à des autorités étrangères.

Ces éléments se vérifient d'autant plus que, conformément au principe de l'utilité potentielle, les autorités suisses donneront une interprétation large aux requêtes d'investigation des autorités étrangères. Elles procéderont comme si elles étaient elles-mêmes en charge de l'instruction et fourniront l'ensemble des renseignements potentiellement utiles se rapportant à la période concernée (ZIMMERMANN Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, N 716ss, en particulier N 723 ; ATF 120 Ib 251, consid. 5c ; ATF 118 Ib 547, consid. 6b ; TF 1A.157/1989 du 16 mai 1990, consid. 5b et c ;

TF 1A.56/1989 du 28 août 1989, consid. 2 concernant des délits d'initiés).

L'effet de la suppression des secrets d'affaires en matière de mise sous scellés sur les conditions de l'entraide nous apparaît à ce titre comme particulièrement inquiétant. En effet, dès lors que ce motif n'est désormais plus reconnu, l'autorité suisse saisie d'une demande d'entraide étrangère ne disposera tout simplement plus des moyens de sauvegarder de tels secrets par des modalités particulières d'exécution de l'entraide. Les documents contenant des secrets d'affaires ne sont purement et simplement plus protégés en matière d'entraide (sur les moyens déjà limités dont disposaient jusqu'au 1er janvier 2024 les autorités : ZIMMERMANN Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, N 713 et références citées).

La révision de l'art. 248 CPP expose ainsi directement les entreprises suisses au risque de faire l'objet d'attaques étrangères à leurs secrets d'affaires sur territoire suisse, exécutées directement par les autorités suisses, sur le fondement de l'entraide judiciaire en matière pénale qui ne connaît plus non plus, au vu de ce qui précède, la notion de protection du secrets des affaires.

IV. Recommandations en matière de protection de la confidentialité

Au terme des différentes révisions législatives et applications jurisprudentielles, seule la protection du **secret professionnel de l'avocat** (art. 264 al. 1 let. a, b et 171 al. 1 CPP ; art. 321 ch. 1 CP), semble encore être de nature à faire obstacle à la saisie et à l'exploitation de documents par les autorités de poursuite pénale. Les autres secrets ne feront illusion que provisoirement et ne sauront que très rarement survivre à leur mise en balance avec l'intérêt à la manifestation de la vérité dans la procédure pénale.

A titre préventif, nous recommandons ainsi de s'en référer systématiquement au secret professionnel de l'avocat, en joignant **en copie** dans toute documentation et toute correspondance utile, interne ou externe, l'avocat désigné pour conseiller la société dans le cadre de l'affaire concernée.

Ensuite, lors de perquisitions policières, nous recommandons la **désignation immédiate d'un avocat** par la partie concernée (si cela n'est pas déjà fait), un **délaï de trois jours (non-prolongeable)** suivant la saisie étant impartie à la partie pour déposer auprès de l'autorité compétente une requête motivée de mise sous scellés (art. 248 al. 1 CPP). A défaut de requête déposée dans le délai impartie, il ne sera plus possible de prétendre à une mise sous scellés des documents, bien que potentiellement couverts du secret.

La lettre d'information de Walder Wyss commente les nouveaux développements et les sujets importants du droit suisse. Les informations et les commentaires qu'elle contient ne constituent pas un avis juridique et toute mesure en réponse à ces informations ne doit être prise que sur la base d'un avis juridique spécifique.
© Walder Wyss SA., Zurich, 2025