

Band/Tome

134

RPS

Revue Pénale Suisse

2

RPS

Rivista Penale Svizzera

www.zstrr.recht.ch

Sarah Summers/Lorenz Garland/David Studer
**Das Recht auf Verteidigung – Anspruch und
Wirklichkeit**

Andrew M. Garbarski/Jonathan Rutschmann
**La réparation selon l'article 53 du Code pénal:
justice de cabinet ou disposition providentielle?**

Cathrine Konopatsch
**Verspätete Überschuldungsanzeige als
Misswirtschaft gemäss Art. 165 Ziff. 1 StGB**

Anne Valérie Julen Berthod/Grégoire Mégevand
La procédure de mise sous scellés

Christoph Reut
**Gedanken zum Transport von Schlachtvieh
im Lichte des Tierschutzstrafrechts**



Stämpfli Verlag

www.ZStrR.Recht.ch

Herausgeber
Comité de direction
Comitato di direzione

J. Gauthier, Prof., Lausanne – *St. Trechsel*, Prof., Bern/Den Haag – *R. Roth*, Prof., Genève/Den Haag – *A. Donatsch*, Prof., Zürich/Unterengstringen – *P.-H. Bolle*, Prof., Neuchâtel – *K.-L. Kunz*, Prof., Bern – *M. Pieth*, Prof., Basel – *F. Riklin*, Prof., Freiburg – *J.-B. Ackermann*, Prof., Luzern – *L. Moreillon*, Prof., Lausanne – *H. Vest*, Prof., Bern – *A. Kuhn*, Prof., Neuchâtel – *A. Niggli*, Prof., Freiburg – *W. Wohlers*, Prof., Basel, *U. Cassani*, Prof., Genève

Redaktoren
Rédacteurs
Redattori

Prof. *Ursula Cassani*, Faculté de droit, Uni Mail, Boulevard du Pont-d'Arve 40, 1205 Genève
Prof. *Wolfgang Wohlers*, Juristische Fakultät, Peter Merian-Weg 8, 4002 Basel

Mitarbeiter
Collaborateurs
Collaboratori

P. Bernasconi, Prof., Rechtsanwalt, Lugano – *B. Bouloc*, Prof., Paris – *R. Moos*, Prof., Linz – Dr. *M. Rutz*, a.Obergerichtsschreiberin, Liestal – *M. Schubarth*, Prof., a. Bundesrichter, Lausanne/Basel – *F. Sgubbi*, Prof., Bologna – *M.-A. Beernaert*, Prof., Louvain – *W. Perron*, Prof., Freiburg i.Br. – *O. Lagodny*, Prof., Salzburg

Die Zeitschrift erscheint jährlich in vier Heften, in der Regel im März, Juni, September und Dezember. Sie befasst sich mit Fragen aus dem Gebiet des Strafrechts und des Strafprozessrechts, des Vollzugs der Strafen und Massnahmen sowie der Kriminologie. Sie veröffentlicht nur bisher noch nicht im Druck erschienene Originalbeiträge. Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Der Verlag behält sich alle Rechte am Inhalt der ZStrR vor. Insbesondere die Vervielfältigung auf dem Weg der Fotokopie, der Mikrokopie, der Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der Zustimmung des Verlags.

La Revue paraît quatre fois par an, ordinairement en mars, juin, septembre et décembre. Elle traite des problèmes de droit pénal, de procédure pénale, d'exécution des peines ou mesures et de criminologie. Elle ne publie que des articles encore inédits. L'acceptation des contributions se produit à la condition que le droit exclusif de reproduction et de diffusion passe à la maison d'édition Stämpfli SA. La maison d'édition se réserve tous les droits sur le contenu du journal ZStrR. En particulier, la reproduction par voie de photocopie, de microcopie, de reprise de supports électroniques de données, et toute autre utilisation de l'ensemble ou de partie de ce journal nécessitent l'accord de la maison d'édition.

Abonnementspreis jährlich (inkl. Onlinearchiv): Schweiz Fr. 171.– Ausland Fr. 180.–
inkl. Versandkosten und 2,5% resp. für Onlineangebote 8,0% MWSt.
Abopreis reine Onlineausgabe: Fr. 132.–

Inserate Stämpfli AG, Postfach, 3001 Bern
Annonces Tel. 031 300 63 82, Fax 031 300 63 90, E-Mail: inserate@staempfli.com

Rezensionsexemplare sind an den Stämpfli Verlag AG, Postfach, 3001 Bern, zu senden.
Les ouvrages pour compte rendu doivent être adressés à la Maison Stämpfli Editions SA,
case postale, 3001 Berne.

Abonnements-Marketing Stämpfli Verlag AG, Periodika, Postfach, 3001 Bern
Marketing abonnements Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88, E-Mail: periodika@staempfli.com
www.staempfliverlag.com/zeitschriften

Inhalt – Sommaire

Abhandlungen – Etudes

Das Recht auf Verteidigung – Anspruch und Wirklichkeit Von <i>Sarah Summers/Lorenz Garland/David Studer</i>	133
La réparation selon l'article 53 du Code pénal: justice de cabinet ou disposition providentielle? Par <i>Andrew M. Garbarski/Jonathan Rutschmann</i>	171
Verspätete Überschuldungsanzeige als Misswirtschaft gemäss Art. 165 Ziff. 1 StGB Von <i>Cathrine Konopatsch</i>	196
La procédure de mise sous scellés Par <i>Anne Valérie Julen Berthod/Grégoire Mégevand</i>	218
Gedanken zum Transport von Schlachtvieh im Lichte des Tierschutzstrafrechts Von <i>Christoph Reut</i>	246

Literaturanzeigen – Bibliographie

<i>Gunhild Godenzi</i> , Strafbare Beteiligung am kriminellen Kollektiv (<i>Hans Vest</i>)	258
<i>Felix Ruhmannseder/Dieter Lehner/Stephan Beukelmann</i> , Compliance aktuell (<i>Andreas Donatsch/Jasmina Smokvina</i>)	263

Mitarbeiter dieses Heftes – Ont collaboré à ce fascicule:

Prof. Dr. *Andreas Donatsch*, Universität Zürich, Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht, Rechtswissenschaftliches Institut, Rämistrasse 74/14, 8001 Zürich
Andrew M. Garbarski, Bär & Karrer SA, 12 quai de la Poste, CP 5056, 1211 Genève 11
Lorenz Garland, Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Rechtswissenschaftliches Institut, Universität Zürich, Treichlerstrasse 10, 8032 Zürich
Anne Valérie Julen Berthod, Bär & Karrer SA, 12, quai de la Poste, 1211 Genève 11
Cathrine Konopatsch, Lehrstuhl für Strafrecht, Wirtschafts- und internationales Strafrecht, Schanzeneckstrasse 1, Postfach 8573, Bern
Grégoire Mégevand, Bär & Karrer SA, 12, quai de la Poste, 1211 Genève 11
Christoph Reut, Palmstrasse 33, 8400 Winterthur
Jonathan Rutschmann, Institut de criminologie et de droit pénal, UNIL, Bâtiment Internef, 1015 Lausanne
Frau RA lic. iur. *Jasmina Smokvina*, Universität Zürich, Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht, Rechtswissenschaftliches Institut, Rämistrasse 74/14, 8001 Zürich
Dr. iur. et lic. phil. *David Studer*, Anwaltsbüro Siegen, Stadtturmstrasse 10, 5401 Baden
Prof. Dr. *Sarah Summers*, Assistenzprofessorin für Straf- und Strafprozessrecht, Rechtswissenschaftliches Institut, Universität Zürich, Treichlerstrasse 10, 8032 Zürich
Prof. Dr. *Hans Vest*, Universität Bern, Institut für Strafrecht und Kriminologie, Schanzeneckstrasse, Postfach 8573, 3001 Bern

Anne Valérie Julien Berthod, Grégoire Mégevand, Genève

La procédure de mise sous scellés

Un garde-fou discret contre les indiscretions

Table des matières

- I. Introduction
- II. Situations pouvant donner lieu à une mise sous scellés
- III. La mise sous scellés
 1. Conditions formelles
 - a) Légitimation active
 - b) Prescriptions de forme
 - c) Éléments temporels
 2. Conditions matérielles
 - a) Droit de refuser de déposer ou de témoigner
 - b) Autres motifs
 - c) Cas particulier de documents soumis au secret professionnel de l'avocat
 3. Conséquences de la demande de mise sous scellés
 - a) Cas où l'autorité pénale exécute la mise sous scellés
 - b) Cas où l'autorité pénale refuse la mise sous scellés
- IV. La levée des scellés
 1. Modalités de la demande de levée des scellés
 2. Intervention du juge des scellés
 - a) Examen du bien-fondé de la mesure de contrainte sous-jacente
 - b) Identification des documents pertinents (tri judiciaire)
 - c) Recours à un expert
 - d) Droit d'être entendu
 - e) Décision du juge des scellés
 3. Procédure de recours
- V. Spécificités en droit pénal administratif et en entraide internationale en matière pénale
 1. DPA
 2. EIMP
- VI. Conclusion

I. Introduction

La procédure de mise sous scellés, prévue à l'art. 248 CPP, a pour but d'empêcher que l'autorité pénale, en particulier le Ministère public au stade de l'instruction, ne prenne connaissance et n'exploite – en les versant au dossier de la procédure pénale – des informations couvertes par un secret protégé par la loi qui sont

parvenues en sa possession dans le cadre d'une perquisition ou lors de l'exécution d'un ordre de dépôt ou d'un séquestre.

L'autorité pénale ne peut faire usage des documents ou objets mis sous scellés qu'après leur examen par un tribunal indépendant. Cette phase de contrôle doit intervenir dans un délai rapide pour ne pas entraver la conduite de l'enquête ou la procédure de jugement en cours.

La mise en œuvre de l'art. 248 CPP soulève un certain nombre de difficultés pratiques que le seul texte de loi ne permet pas toujours de résoudre, comme en atteste la jurisprudence fournie (mais pas nécessairement limpide) rendue sur le sujet. Les différents intervenants (ayant droit ou détenteur, autorité pénale et juge des scellés) se trouvent ainsi confrontés à une procédure souvent complexe, dont les modalités et les principaux enjeux sont présentés ci-après.

II. Situations pouvant donner lieu à une mise sous scellés

Selon l'art. 246 CPP, «les documents écrits, les enregistrements audio, vidéo et d'autre nature, les supports informatiques ainsi que les installations destinées au traitement et à l'enregistrement d'informations peuvent être soumis à une perquisition lorsqu'il y a lieu de présumer qu'ils contiennent des informations susceptibles d'être séquestrées». A teneur de l'art. 263 al. 1 CPP, «des objets et des valeurs patrimoniales appartenant au prévenu ou à des tiers peuvent être mis sous séquestre», notamment lorsqu'il est probable qu'ils seront utilisés comme moyens de preuve (lit. a) ou qu'ils devront être confisqués (lit. d).

La requête de mise sous scellés, au sens de l'art. 248 al. 1 CPP, tend précisément à sauvegarder les informations protégées contenues dans «les documents, enregistrements et autres objets qui ne peuvent être ni perquisitionnés, ni séquestrés»¹. Cette requête peut intervenir en cours de perquisition, à la suite d'un ordre de dépôt (cf. art. 265 CPP)² ou d'un séquestre, étant précisé qu'une opposition au séquestre fondée sur les motifs de l'art. 264 al. 3 CPP se règle conformément à la procédure établie par l'art. 248 CPP.

1 Par souci de simplification et afin de ne pas alourdir inutilement le texte, il sera fait référence ci-après uniquement au terme *documents*, lequel doit être compris comme incluant également les «enregistrements et autres objets» visés à l'art. 248 al. 1 CPP.

2 Arrêts du TF 1B_477/2012 du 13.2.2013, consid. 2.2; 1B_320/2012 du 14.12.2012, consid. 4 = SJ 2013 I 333; 1B_562/2011 du 2.2.2012, consid. 1.1. C'est d'ailleurs la seule possibilité de s'opposer à un ordre de dépôt non assorti de la menace des peines de l'art. 292 CP, lequel n'est pas sujet à recours au sens des art. 393 ss CPP. Cf. arrêt du TPF BB.2011.15 du 18.3.2011, consid. 1.3; JdT 2013 III 127, consid. 1b.

La question n'est finalement pas tant de savoir quelle mesure a précédé la mise sous scellés, mais plutôt de déterminer si un intérêt à la préservation de la sphère secrète ou privée existe dans le cas d'espèce, et si cet intérêt pourrait se heurter à la mesure prononcée par l'autorité pénale³.

III. La mise sous scellés

1. Conditions formelles

a) Légitimation active

La qualité pour solliciter la mise sous scellés appartient, selon l'art. 248 al. 1 CPP, à «l'intéressé». Les versions allemande et italienne de cette disposition se réfèrent quant à elles au «détenteur» («*Inhaber/in*», «*detentore*»).

Dans une affaire d'entraide jugée sous l'empire de l'ancien droit de procédure pénale fédérale (PPF), le Tribunal fédéral avait considéré que «seul le détenteur de documents (soit, s'agissant de documents bancaires, la banque) peut, lors d'une perquisition, exiger l'apposition de scellés; ce droit n'appartient pas à la personne poursuivie, au titulaire du compte ou à l'ayant droit économique de la société titulaire du compte»⁴. Le Tribunal pénal fédéral a adopté un point de vue similaire dans certains arrêts rendus après l'entrée en vigueur du CPP, en application de l'art. 248 al. 1 CPP⁵.

Ce raisonnement s'est toutefois révélé doublement insatisfaisant.

D'une part, il aboutissait à une contradiction, dans la mesure où le droit d'opposition au séquestre prévu par l'art. 264 al. 3 CPP, qui renvoie lui-même à l'art. 248 CPP, peut être exercé par tout «ayant droit» («*berechtigte Person*», «*avente diritto*»). En d'autres termes, le cercle des personnes habilitées à requérir la mise sous scellés était défini différemment selon que celle-ci intervenait à la suite d'un séquestre ou lors d'une perquisition, par exemple⁶.

D'autre part, le fait de restreindre la légitimation active au seul détenteur des documents vidait l'art. 248 CPP d'une partie de sa substance. En effet, le détenteur (à l'instar d'une banque ou d'un tiers possesseur) pouvait n'avoir aucun inté-

3 Cf. O. Thormann/B. Brechbühl, in: Basler Kommentar StPO, art. 196–457 StPO, M. A. Niggli/M. Heer/H. Wiprächtiger (édit.), 2^e éd., Bâle 2014, art. 248 N 2.

4 ATF 127 II 151, consid. 4c/aa. Cf. aussi ATF 111 Ib 50, consid. 3b.

5 Arrêts du TPF BB.2011.25-27 du 30.5.2011, consid. 2.3 = JdT 2012 IV 350; BB.2013.188 du 12.8.2014, consid. 1.5.

6 Cf. A. Keller, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), A. Donatsch/T. Hansjakob/V. Lieber (édit.), 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2014, art. 248 N 6; T. Müller/S. Gäumann, Siegelung nach Schweizerischer StPO, Revue de l'avocat 2012, 290, 291 s.

rêt propre à solliciter une mise sous scellés, tandis que l'ayant droit (le titulaire du compte, le propriétaire des documents confiés) se trouvait privé de la possibilité de requérir une telle mesure, ne pouvant intervenir qu'au stade du prononcé d'un éventuel séquestre ultérieur⁷.

A la suite de certains auteurs (minoritaires) de doctrine⁸ et après avoir laissé longtemps la question ouverte⁹, le Tribunal fédéral a, dans un arrêt de principe paru en 2013, considéré que la légitimation active devait également être reconnue à tout «ayant droit», c'est-à-dire à toute personne disposant d'un intérêt juridiquement protégé au maintien du secret des documents, indépendamment de sa maîtrise effective sur ceux-ci¹⁰. Selon cette jurisprudence, le cercle des personnes admises à demander la mise sous scellés au sens de l'art. 248 CPP doit se confondre avec celui des personnes habilitées à se prévaloir de l'art. 264 al. 3 CPP¹¹. A ce titre, la notion d'«ayant droit» englobe notamment le titulaire d'un compte bancaire dont la documentation a fait l'objet d'une perquisition ou d'un séquestre¹², mais non l'actionnaire unique d'une société anonyme visée par une telle mesure¹³.

7 *B. Isenring/M. Kessler*, Strafprozessuale «Bank-Editionen»: Die Rechtlosigkeit des Kontoinhabers und der beschuldigten Person, PJA 2012, 322, 330 s.

8 *Keller*, in: Kommentar StPO (n. 6), art. 248 N 6; *Müller/Gäumann* (n. 6), 291 s.; *P. Burckhardt/R. Ryser*, Die erweiterten Beschlagnahmeverbote zum Schutz des Anwaltsgeheimnisses insbesondere im neuen Strafverfahren, PJA 2013, 159, 165; *Isenring/Kessler* (n. 7), 330 s.; *J. Pitteloud*, Code de procédure pénale suisse, Zurich 2012, N 568. *Contra* BSK StPO-Thormann/Brechbühl (n. 3), art. 248 N 6; *N. Schmid*, Schweizerische Strafprozessordnung (StPO), Praxiskommentar, 2^e éd., Zurich/St-Gall 2013, art. 248 N 3; *S. Heimgartner*, Strafprozessuale Beschlagnahme, Wesen, Arten und Wirkungen, Zurich/Bâle/Genève 2011, 378; *F. Riklin*, Strafprozessordnung, Kommentar, Zurich 2010, art. 248 N 1; *Y. Jeanneret/A. Kuhn*, Précis de procédure pénale, Berne 2013, N 14026; *C. Chirazi*, in: Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, A. Kuhn/Y. Jeanneret (édit.), Bâle 2011, art. 248 N 4; *L. Moreillon/A. Parein-Reymond*, CPP, Code de procédure pénale, Bâle 2013, art. 248 N 6.

9 Cf. arrêts du TF 1B_567/2012 du 26. 2. 2013, consid. 1.1; 1B_588/2012 du 10. 1. 2013, consid. 2.2. Dans ces deux arrêts, des tiers non détenteurs des documents mis sous scellés (à savoir le titulaire d'un compte bancaire, dans le premier cas, respectivement la République d'Ouzbékistan en lien avec des documents potentiellement couverts par les immunités d'Etat, dans le second) ont toutefois été admis à participer à la procédure de levée des scellés sur la base de l'art. 105 CPP.

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

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

12 Cf. arrêt du TF 1B_464/2012 du 7. 3. 2013, consid. 6.1, renvoyant à 1B_567/2012 du 26. 2. 2013, consid. 1.1. Cf. aussi Message du Conseil fédéral du 21. 12. 2005 relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, FF 2006 1057, 1221, dont il ressort «[qu'il] suffit [pour obtenir une mise sous scellés] que la personne en possession des documents ou objets [par exemple une banque] ou la personne légalement autorisée à en disposer (par exemple le titulaire d'un compte bancaire) s'oppose à la perquisition ou au séquestre».

13 BSK StPO-Thormann/Brechbühl (n. 3), art. 248 CPP N 6.

Dans l'ATF 140 IV 28 précité, le Tribunal fédéral a fait un pas supplémentaire en indiquant que l'autorité pénale devait octroyer d'office aux ayants droit, avant la perquisition des documents, la possibilité de demander leur mise sous scellés¹⁴. En d'autres termes, l'autorité a, selon notre Haute Cour, l'obligation d'informer de leur droit les personnes disposant d'un intérêt juridiquement protégé au maintien du secret des documents. Parmi ces personnes figurent en tout cas celles mentionnées à l'art. 264 al. 3 CPP, à savoir le prévenu (lit. a à c), les personnes ayant le droit de refuser de témoigner en vertu des art. 170 à 173 CPP (lit. c) ainsi que toute «autre personne» si les documents concernent des contacts entre elle et un avocat (lit. d).

La preuve que les intéressés – qui doivent pouvoir se faire conseiller par un avocat¹⁵ – ont été dûment informés de leur droit incombe à l'autorité, laquelle doit en faire état par écrit, par exemple dans l'ordonnance ou le procès-verbal de perquisition ou de séquestre¹⁶. En l'absence d'une telle preuve, une renonciation à la mise sous scellés par les ayants droit ne peut être présumée¹⁷.

La mise en œuvre de cette obligation d'informer n'est pas sans poser certaines difficultés pratiques, notamment parce qu'elle suppose que l'autorité passe sommairement en revue les documents afin d'identifier les personnes susceptibles de demander leur mise sous scellés et d'écarter les pièces manifestement sans pertinence¹⁸. Pour ne pas faire échec à la finalité de l'art. 248 CPP, l'autorité devra faire preuve de retenue et s'abstenir d'examiner dans le détail le contenu des documents.

Si elle l'estime nécessaire à la sauvegarde des droits des personnes concernées, l'autorité reste libre de procéder à la mise sous scellés de sa propre initiative¹⁹. Une telle intervention d'office devrait, selon nous, être systématique en présence d'indices concrets donnant à penser que les documents pourraient s'avérer insaisissables au sens de l'art. 264 al. 1 CPP²⁰.

14 ATF 140 IV 28, consid. 4.3.5 = JdT 2014 IV 206. Dans le même sens, *Keller*, in: Kommentar StPO (n. 6), art. 248 N 7; *Müller/Gäumann* (n. 6), 292.

15 Arrêt du TF 1B_322/2013 du 20.12.2013, consid. 2.1.

16 Selon le Tribunal fédéral, le fait que la case «Mise sous scellés» figurant sur le formulaire type utilisé par l'autorité n'ait pas été cochée ne permet pas de déduire que l'ayant droit ait été suffisamment informé de ses droits. Cf. arrêt du TF 1B_309/2012 du 6.11.2012, consid. 5.8.

17 Cf. arrêt du TF 1B_309/2012 du 6.11.2012, consid. 5.7.

18 Cf. *Schmid*, Praxiskommentar (n. 8), art. 248 N 5; *Müller/Gäumann* (n. 6), 292.

19 Pour un exemple concret, cf. arrêt du TF 1B_322/2013 du 20.12.2013, consid. 2.1. Dans cette affaire, le Ministère public de la Confédération avait mis sous scellés des documents pouvant appartenir à la fille du président de la République d'Ouzbékistan, alors représentante de ce pays auprès des Nations Unies. Cf. aussi arrêt du TPF BB.2013.171 du 16.4.2014.

20 Dans le même sens, *Heimgartner* (n. 8), 378, qui suggère cependant de limiter la portée d'une telle intervention aux informations protégées par l'un des secrets visés aux art. 170 à 172 CPP.

b) Prescriptions de forme

La demande de mise sous scellés n'est soumise à aucune exigence de forme particulière²¹. Bien qu'elle puisse être présentée oralement²², la forme écrite devrait néanmoins être privilégiée lorsque les circonstances le permettent, afin d'éviter tout risque de malentendu ultérieur.

c) Eléments temporels

Quand bien même la loi ne prévoit pas de délai pour présenter la demande de mise sous scellés, le Tribunal fédéral – se fondant sur une doctrine unanime – considère que la démarche doit intervenir sur-le-champ, à tout le moins lorsqu'elle est effectuée au cours d'une perquisition²³. Dans le cas d'un ordre de dépôt ou d'un séquestre, la requête doit être soumise au plus tard au moment de la remise des documents à l'autorité²⁴. Une mise sous scellés ne peut être sollicitée rétrospectivement²⁵.

Cette exigence d'immédiateté, qui a pour but d'empêcher que l'autorité ne prenne connaissance du contenu des documents avant leur mise sous scellés, doit toutefois être tempérée. Il convient en effet de réserver les cas dans lesquels les intéressés n'ont pas eu connaissance de la mesure de contrainte²⁶, respectivement n'ont pas été informés de leur droit selon l'art. 248 CPP ou n'ont pas eu la possibilité de consulter un avocat en temps utile²⁷. En pareille hypothèse, il se justifie d'admettre la demande de mise sous scellés même après la prise de possession des documents par l'autorité, étant précisé que l'intérêt à ce que ceux-ci ne soient pas versés au dossier de la procédure subsiste alors même qu'elle les aurait déjà examinés²⁸.

21 BSK StPO-*Thormann/Brechbühl* (n. 3), art. 248 N 10; *Keller*, in: *Kommentar StPO* (n. 6), art. 248 N 8.

22 Pour un exemple, cf. arrêt du TPF BE.2007.5 du 5.9.2008, dont il ressort que la mise sous scellés avait été sollicitée téléphoniquement par le conseil du prévenu.

23 ATF 127 II 151, consid. 4c/aa; arrêts du TF 1B_477/2012 du 13.2.2013, consid. 3.2; 1B_516/2012 du 9.1.2013, consid. 2; 1B_320/2012 du 14.12.2012, consid. 4.1 = SJ 2013 I 333. Un délai de trois jours entre la demande de mise sous scellés et la fin de la perquisition a été considéré comme excessif par le Tribunal pénal fédéral (arrêt du TPF BB.2013.188 du 12.8.2014, consid. 2).

24 ATF 127 II 151, consid. 4c/aa; arrêts du TF 1B_320/2012 du 14.12.2012, consid. 4 et 5 = SJ 2013 I 333; 1B_546/2012 du 23.1.2013, consid. 2.3; 1B_516/2012 du 9.1.2013, consid. 2.

25 *Moreillon/Parein-Reymond* (n. 8), art. 248 N 7, et les références citées.

26 La connaissance de la mesure par les organes d'une personne morale est imputable à cette dernière. Cf. arrêt du TF 1B_546/2012 du 23.1.2013, consid. 2.3.

27 Dans le même sens, arrêts du TF 1B_309/2012 du 6.11.2012, consid. 5.4; 1B_322/2013 du 20.12.2013, consid. 2.1, selon lequel la demande devrait pouvoir encore être formulée «quelques heures après que la mesure a été mise en œuvre».

28 Cf. CJ GE ACPR/134/2013 du 10.4.2013, consid. 2.2.

Un problème similaire se pose lorsque le séquestre ou l'ordre de dépôt est assorti de l'interdiction faite au détenteur des documents (souvent un établissement bancaire) de communiquer au client l'existence de la mesure. A notre avis, une mise sous scellés différée (car postérieure à l'examen des documents par l'autorité) devrait là aussi demeurer possible pour autant qu'elle satisfasse à l'exigence d'immédiateté, ce qui implique que l'ayant droit présente sa requête sitôt qu'il apprend l'existence de la mesure de contrainte²⁹. En revanche, la solution esquissée par le Tribunal pénal fédéral³⁰, à teneur de laquelle il appartiendrait dans ce cas à la banque d'assurer la sauvegarde des intérêts de son client en demandant la mise sous scellés, ne convainc guère. Faute d'une connaissance suffisante des faits pertinents (objet de l'enquête, présence de secrets protégés, etc.), la banque risquerait d'ailleurs de se trouver dans l'incapacité de faire valoir efficacement les arguments de son client dans la procédure de levée des scellés³¹.

2. Conditions matérielles

L'art. 248 al. 1 CPP prévoit que la mise sous scellés intervient lorsque «l'intéressé fait valoir son droit de refuser de déposer ou de témoigner ou pour d'autres motifs». Cette formulation est reprise à l'art. 264 al. 3 CPP, qui régit les cas de restrictions au séquestre.

a) Droit de refuser de déposer ou de témoigner

Le droit de refuser de déposer peut être invoqué par le prévenu (art. 113 al. 1 et 158 al. 1 lit. b CPP) ou par la personne appelée à donner des renseignements (art. 180 al. 1 CPP)³², notamment pour préserver leur droit de ne pas s'auto-incriminer.

Le droit de refuser de témoigner peut quant à lui s'exercer aux conditions énoncées aux art. 168 à 176 CPP. Disposent notamment de ce droit les personnes

29 Cf. arrêt du TPF.BB.2014.147-149 du 22. 12. 2014, où la question de savoir comment l'autorité pénale doit procéder dans une telle situation a été laissée ouverte, la demande de mise sous scellés ayant été considérée comme tardive car intervenue huit jours après la communication de la mesure au titulaire du compte. Cf. aussi BSK StPO-*Thormann/Brechbühl* (n. 3), art. 248 N 9, qui évoquent la possibilité d'une mise sous scellés effectuée d'office par l'autorité.

30 Arrêt du TPF.BB.2014.147-149 du 22. 12. 2014.

31 Néanmoins, tant que la jurisprudence n'aura pas clairement tranché la question de la mise sous scellés différée en cas d'interdiction de communiquer, la banque n'aura probablement d'autre choix que d'évaluer la situation au cas par cas afin de décider si une demande de mise sous scellés pour le compte du client s'impose.

32 *Müller/Gäumann* (n. 6), 291; *Keller*, in: *Kommentar StPO* (n. 6), art. 248 N 15 ss.

dont les déclarations sont susceptibles de les mettre en cause, ou de mettre en cause leurs proches, soit pénalement, soit civilement (art. 169 al. 1 et 265 al. 2 lit. c CPP), ainsi que les détenteurs de secrets professionnels ou de secrets de fonction au sens des art. 170 ss CPP³³.

En principe, les personnes titulaires de simples secrets d'affaires n'ont pas le droit de refuser de témoigner (art. 173 al. 2 CPP). Il en va ainsi des banques³⁴, des fiduciaires ou des gérants d'affaires³⁵. Ces personnes peuvent néanmoins être dispensées de l'obligation de témoigner par la direction de la procédure lorsqu'il apparaît vraisemblable que l'intérêt au maintien du secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité³⁶.

b) Autres motifs

Alternativement au droit de refuser de déposer ou de témoigner, l'art. 248 al. 1 CPP mentionne les «autres motifs» que peut faire valoir l'ayant droit. Parmi ces «autres motifs» figurent le secret commercial et de fabrication, les secrets privés (correspondance privée, documents médicaux, etc.)³⁷ ainsi que l'immunité³⁸.

Le Tribunal fédéral considère par ailleurs que les griefs relatifs au bien-fondé de la perquisition ou du séquestre (cf. art. 197 CPP) sont également invocables dans le cadre de la procédure de scellés. Il en va ainsi de l'absence de soupçons suffisants laissant présumer une infraction, du défaut de pertinence du moyen de preuve et de la violation du principe de proportionnalité de la mesure³⁹. En définitive, tous les moyens juridiques, quelle qu'en soit la nature, dont l'ayant droit se prévaut pour s'opposer à la mesure sous-jacente doivent être examinés par le tribunal compétent dans le cadre de la procédure de levée des scellés⁴⁰.

L'ayant droit n'a pas à apporter de preuve formelle ou à présenter une argumentation élaborée à l'appui de sa demande. Il suffit que les motifs invoqués appa-

33 Arrêt du TF 1B_350/2013 du 12.12.2013, consid. 2.1.

34 ATF 123 II 153, consid. 7; ATF 119 IV 175, consid. 3.

35 Arrêt du TF 1A.61/2001 du 5.11.2001, consid. 2.

36 Arrêt du TF 1B_300/2012 du 14.3.2013, consid. 3.5.

37 Arrêt du TF 1B_117/2012 du 26.3.2012, consid. 3.3; *Keller*, in: *Kommentar StPO* (n. 6), art. 248 N 23 ss.

38 Cf. arrêt du TF 1B_332/2013 du 20.12.2013, consid. 4 = SJ 2014 I 237.

39 ATF 141 IV 77, consid. 4.3; ATF 138 IV 225, consid. 7 = JdT 2014 IV 24; arrêts du TF 1B_62/2014 du 4.4.2014, consid. 2.2.2; 1B_360/2013 du 24.3.2014, consid. 2.2; 1B_216/2013 du 18.12.2013, consid. 3; 1B_117/2012 du 26.3.2012, consid. 3.2 et 3.3; 1B_136/2012 du 25.9.2012, consid. 4.4; 1B_516/2011 du 17.11.2011, consid. 2. Dans le même sens, JdT 2013 III 127, consid. 1b.

40 Arrêt du TF 1B_320/2012 du 14.12.2012, consid. 3, et les références citées = SJ 2013 I 333; *Heimgartner* (n. 8), 381.

raissent vraisemblables pour que la mise sous scellés doive être ordonnée⁴¹. Sous réserve d'abus manifeste, il est difficile de concevoir des situations dans lesquelles cette condition ne serait pas remplie⁴². N'ayant pas, à ce stade, une connaissance précise du contenu des documents, l'autorité pénale ne sera d'ailleurs guère en mesure de se prononcer utilement sur les motifs invoqués⁴³. De fait, cette tâche appartient uniquement au juge des scellés⁴⁴.

c) Cas particulier de documents soumis au secret professionnel de l'avocat

A teneur de l'art. 264 al. 1 CPP, ne peuvent être séquestrés, quels que soient l'endroit où ils se trouvent (y compris chez le client ou des tiers) et le moment où ils ont été conçus:

- les documents concernant des contacts entre le prévenu et son défenseur (lit. a)⁴⁵;
- les objets et les documents concernant des contacts entre le prévenu et une personne qui a le droit de refuser de témoigner en vertu des art. 170 à 173 (cf. art. 171 CPP s'agissant d'un avocat), si cette personne n'a pas le statut de prévenu dans la même affaire (lit. c);
- les objets et les documents concernant des contacts entre une autre personne que le prévenu et son avocat, si celui-ci est autorisé à pratiquer la représentation en justice en vertu de la loi du 23 juin 2000 sur les avocats et n'a pas le statut de prévenu dans la même affaire (lit. d).

41 Arrêt du TPF RR.2014.280 du 15. 1. 2015, consid. 2.3; Message (n. 12), FF 2006 1221; Schmid, Praxiskommentar (n. 8), art. 248 N 4; Moreillon/Parein-Reymond (n. 8), art. 248 N 7. Selon Müller/Gäumann (n. 6), 290, les motifs justifiant la mise sous scellés doivent même être présumés.

42 Cf. arrêt du TF 1B_464/2012 du 7.3.2013, consid. 3, qui réserve les cas dans lesquels la demande de mise sous scellés est manifestement mal fondée ou abusive.

43 L'autorité demeure toutefois libre de refuser la mise sous scellés en raison du défaut de légitimation du demandeur, respectivement de la tardiveté de sa requête (cf. par exemple arrêt du TPF BB.2013.188 du 12.8.2014, consid. 2).

44 Cf. ATF 141 IV 77, consid. 5.5.1.

45 La lettre de l'art. 264 al. 1 lit. a CPP pourrait donner à penser qu'il consacre une protection absolue, même dans les cas où le défenseur est lui-même prévenu. Il n'en est toutefois rien, ce que la doctrine et la jurisprudence ont confirmé. Cf. F. Bommer/P. Goldschmid, in: Basler Kommentar StPO, Art. 196–457 StPO, M. A. Niggli/M. Heer/H. Wiprächtiger (édit.), 2^e éd., Bâle 2014, art. 264 N 22; ATF 138 IV 225, consid. 6.2 = JdT 2014 IV 24; ATF 141 IV 77, consid. 5.2; arrêt du TF 1B_27/2012 du 27.6.2012, consid. 6.2.

Dans ces hypothèses, l'opposition au séquestre de l'un des ayants droit (prévenu, tiers et/ou avocat) entraîne la mise sous scellés des documents concernés (art. 264 al. 3 CPP)⁴⁶.

Selon l'art. 264 al. 1 lit. d CPP, le droit de s'opposer au séquestre de la correspondance entretenue entre un tiers non prévenu (plaignant, témoin, etc.) et son avocat ne vise que l'avocat autorisé à pratiquer la représentation en justice en vertu de la LLCA⁴⁷. On entend par avocat au sens de la LLCA:

- les titulaires d'un brevet d'avocat cantonal inscrits au registre (cf. art. 6 al. 1 LLCA);
- les avocats ressortissants des Etats membres de l'UE ou de l'AELE habilités à exercer dans leur Etat de provenance sous l'une des dénominations figurant en annexe à la LLCA et pratiquant la représentation en justice en Suisse sous la forme de prestation de services ou à titre permanent (cf. art. 21 et 27 LLCA).

En revanche, cette prérogative n'appartient pas aux juristes d'entreprise, même s'ils sont titulaires du brevet d'avocat⁴⁸. Elle ne s'applique pas non plus aux avocats ressortissants d'Etats non membres de l'UE ou de l'AELE, même s'ils sont autorisés à pratiquer dans un Etat de l'UE ou de l'AELE (cf. art. 2 LLCA)⁴⁹.

Le secret professionnel visé à l'art. 264 al. 1 CPP ne vaut que pour les affaires relevant de l'activité typique de l'avocat⁵⁰. Celle-ci se caractérise par des conseils juridiques, la rédaction de projets d'actes juridiques ainsi que l'assistance ou la représentation d'une personne devant une autorité administrative ou judiciaire⁵¹. A l'inverse, les documents confiés à un avocat, notamment en sa qualité d'administrateur de société, de gérant de fortune, de directeur ou secrétaire d'une association professionnelle, ou en exécution d'un mandat de courtagé, de recouvrement

46 Une telle opposition est valable même si l'ayant droit n'est pas le détenteur des documents, à l'instar de l'avocat demandant – en son propre nom – la mise sous scellés de documents saisis chez son client. Cf. arrêt du TF 1B_309/2012 du 6. 11. 2012, consid. 5.11.

47 L'art. 264 al. 1 lit. c CPP protège la correspondance échangée entre le prévenu et son avocat, au sens de l'art. 171 CPP. Or, il est généralement admis que l'art. 171 CPP couvre également l'avocat titulaire d'un brevet étranger hors UE/AELE, au contraire de la LLCA. Cf. *Moreillon/Parein-Reymond* (n. 8), art. 171 N 5, et les références citées.

48 Cf. *Burckhardt/Ryser* (n. 8), 162 s.; *Keller*, in: *Kommentar StPO* (n. 6), art. 248 N 27.

49 *B. Chappuis*, *La profession d'avocat*, tome I: Le cadre légal et les principes essentiels, 2^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2016, 177 s.; *Burckhardt/Ryser* (n. 8), 163; *P. Maurer/J.-P. Gross*, in: *Commentaire romand*, *Loi sur les avocats*, M. Valticos/C. Reiser/B. Chappuis (édit.), Bâle 2010, art. 13 N 13 et 85.

50 *BSK StPO-Bommer/Goldschmid* (n. 45), art. 264 N 26; *Burckhardt/Ryser* (n. 8), 160 s.

51 *ATF* 135 III 410, consid. 3.3.

ou dans l'exercice de la fonction de *trustee*, ne sont pas couverts par le secret professionnel et pourront donc être séquestrés ou perquisitionnés⁵².

En outre, seuls sont protégés par le secret professionnel de l'avocat les documents établis par l'avocat lui-même, par son client ou par un tiers dans le cadre d'un mandat professionnel de représentation. Le secret couvre ainsi la correspondance échangée avec un avocat, mais aussi les notes prises par l'avocat, les documents préparés par le client pour l'avocat ou à la demande de celui-ci (qu'ils lui aient été effectivement remis ou non), les procès-verbaux d'entretien, les documents stratégiques, les projets de contrat, etc.⁵³.

Lorsqu'elle saisit un grand nombre de données, notamment les supports informatiques d'une étude d'avocats, l'autorité devra porter une attention particulière au principe de proportionnalité. Les démarches qui s'apparentent à une recherche indéterminée de moyens de preuve (*fishing expedition*) sont en effet prohibées⁵⁴. L'établissement d'une copie du disque dur contenant l'ensemble des données relatives à l'activité de l'étude (non limitée à celle de l'avocat en cause) ne saurait être admis⁵⁵.

3. Conséquences de la demande de mise sous scellés

a) Cas où l'autorité pénale exécute la mise sous scellés

Dès réception de la demande, et pour autant que celle-ci ne soit pas tardive ou manifestement mal fondée, l'autorité pénale met immédiatement les documents sous scellés. La mesure de perquisition ou de séquestre s'en trouve paralysée⁵⁶. L'autorité ne peut ni examiner, ni exploiter les documents avant l'entrée en force de la décision de levée des scellés prononcée par le tribunal compétent (cf. art. 248 al. 1 *in fine* CPP)⁵⁷. Dans l'intervalle, les documents ne sont pas versés au dossier pénal et ne sont pas accessibles aux autres parties à la procédure.

Dans un arrêt rendu en matière d'entraide, le Tribunal fédéral a jugé que le détenteur n'était en aucun cas autorisé à effectuer lui-même l'opération de mise

52 *Chappuis* (n. 49), 187 ss; Message du Conseil fédéral du 26.10.2011 concernant la Loi fédérale sur l'adaptation de dispositions de procédure relatives au secret professionnel des avocats, FF 2011 7509, 7512. Cf. aussi ATF 130 II 193, consid. 5.1; ATF 126 II 495, consid. 5e/aa; ATF 120 Ib 112, consid. 4; ATF 117 Ia 341, consid. 6a/cc. A noter que des principes similaires s'appliquent en lien avec la protection du secret professionnel des notaires (cf. arrêt du TF 1B_226/2014 du 18.9.2014, consid. 2.4).

53 Message (n. 52), FF 2011 7512. Dans le même sens, *Burckhardt/Ryser* (n. 8), 161.

54 ATF 130 II 193, consid. 5.1 = JdT 2005 IV 309; arrêt du TF 1S.31/2005 du 6.2.2006, consid. 2.4 (non publié aux ATF 132 IV 63) = SJ 2006 I 287.

55 Arrêt du TPF BK_B 059/04 du 7.7.2004, consid. 3.

56 *Moreillon/Parein-Reymond* (n. 8), art. 248 N 8; CR CPP-*Chirazi* (n. 8), art. 248 N 7.

57 ATF 141 IV 77, consid. 4.1.

sous scellés, en remettant à l'autorité une enveloppe ou une caisse déjà fermée⁵⁸. Le Tribunal pénal fédéral a pour sa part considéré que le raisonnement suivi dans l'arrêt précité ne pouvait être transposé aux procédures pénales cantonales ou fédérales, dans lesquelles les documents sont communiqués directement à l'autorité chargée de l'enquête et non pas à l'autorité d'exécution, comme cela prévaut en matière d'entraide judiciaire internationale. L'ayant droit devait dès lors avoir la possibilité de mettre lui-même les documents sous scellés⁵⁹. Ce second point de vue paraît plus respectueux de la finalité de l'art. 248 CPP, qui ne garantit pas de «droit de regard» à l'autorité pénale, mais vise au contraire à empêcher celle-ci de prendre connaissance des documents avant que le juge des scellés n'ait statué sur le bien-fondé de la requête⁶⁰.

Lorsque la mise sous scellés porte sur un ordinateur ou un téléphone portable, l'ayant droit qui en fait la demande auprès de l'autorité pénale devrait pouvoir obtenir la restitution de l'objet en échange de la remise d'une copie de son contenu⁶¹. Il s'agit là d'une concrétisation du principe de proportionnalité, en particulier lorsque le téléphone ou l'ordinateur est un outil de travail.

b) Cas où l'autorité pénale refuse la mise sous scellés

La situation dans laquelle l'autorité pénale rejette la demande de mise sous scellés n'est pas expressément réglée par le CPP. Même dans le cas de figure où celle-ci aurait déjà examiné les documents perquisitionnés ou séquestrés, l'intérêt à leur mise sous scellés demeure afin de garantir qu'ils ne seront pas versés au dossier de la procédure, respectivement qu'ils seront restitués à leur détenteur⁶².

La doctrine considère, non sans hésitation, que le rejet de l'autorité pénale doit être contesté par la voie d'un recours immédiat au sens des art. 393 ss CPP⁶³. La jurisprudence cantonale⁶⁴ et le Tribunal pénal fédéral⁶⁵ ont validé cette ap-

58 ATF 127 II 151, consid. 4c/aa. Cf. aussi arrêt du TF 1B_320/2012 du 14.12.2012, consid. 4 = SJ 2013 I 333. Dans cette dernière affaire, les documents avaient été remis dans une enveloppe fermée à l'autorité, sans que cela ne porte à conséquence.

59 Arrêt du TPF BE.2008.8 du 10.9.2008, consid. 1.5.

60 Dans le même sens, BSK StPO-*Thormann/Brechbühl* (n. 3), art. 248 N 16, qui relèvent à juste titre que si l'ayant droit remet les documents déjà scellés, il renonce par là même à leur tri préalable et donc à la possibilité que l'autorité écarte d'emblée certains documents manifestement sans pertinence pour l'enquête.

61 Arrêt du TF 1B_636/2011 du 9.1.2012, consid. 2.5.1.

62 CJ GE ACPR/134/2013 du 10.4.2013, consid. 2.2.

63 *Moreillon/Parein-Reymond* (n. 8), art. 248 N 10; *Keller*, in: *Kommentar StPO* (n. 6), art. 248 N 13.

64 CJ GE ACPR/134/2013 du 10.4.2013, consid. 2.2; TC VD CREP 19.11.2014/811, consid. 1.1; TC VD CREP 6.3.2015/165, consid. 1.1.

65 Arrêt du TPF BB.2014.147-149 du 22.12.2014.

proche. L'autorité compétente pour statuer sur le recours dispose d'un plein pouvoir d'examen en fait et en droit (art. 393 al. 2 CPP). Elle se substitue en quelque sorte au juge des scellés. C'est en effet à elle d'examiner, sous l'angle de la vraisemblance, les arguments du recourant tirés notamment de son droit de refuser de déposer ou de témoigner ou d'autres motifs, de l'absence de présomption suffisante de culpabilité ou encore du défaut de pertinence des documents pour l'instruction en cours⁶⁶.

Dans la mesure où le recours est dirigé contre une décision négative (le refus de mise sous scellés), aucun effet suspensif ne devrait en principe être accordé (cf. art. 387 CPP)⁶⁷. Cela aurait toutefois pour conséquence de permettre à l'autorité pénale de prendre aussitôt connaissance des documents et de les exploiter librement, ce que la demande de mise sous scellés tend précisément à empêcher. Il en découle que l'octroi de l'effet suspensif par l'autorité de recours devrait selon nous constituer la règle⁶⁸. L'autorité pénale qui refuse la mise sous scellés a également la possibilité d'assortir spontanément sa décision de l'effet suspensif⁶⁹.

IV. La levée des scellés

1. Modalités de la demande de levée des scellés

L'autorité pénale dispose d'un délai de 20 jours pour demander la levée des scellés apposés sur les documents. A défaut, ceux-ci sont restitués à l'ayant droit selon la procédure prévue par l'art. 267 CPP, applicable par analogie (art. 248 al. 2 CPP)⁷⁰. Le délai de 20 jours est un délai légal non prolongeable (cf. art. 89 al. 1 CPP)⁷¹ qui commence à courir le jour qui suit la mise sous scellés des documents par

66 CJ GE ACPR/134/2013 du 10. 4. 2013, consid. 2.

67 Arrêt du TPF BB.2014.147-149 du 22. 12. 2014.

68 Cas échéant, l'autorité de recours peut également statuer par voie d'ordonnance de mesures provisionnelles (art. 388 CPP), en faisant interdiction à l'autorité pénale de prendre connaissance des documents, respectivement de les verser au dossier jusqu'à droit jugé sur le recours.

69 *M. Ziegler/S. Keller*, in: Basler Kommentar StPO, art. 196-457 StPO, M. A. Niggli/M. Heer/H. Wiprächtiger (édit.), 2^e éd., Bâle 2014, art. 387 N 1b.

70 La décision de restitution n'étant pas revêtue de l'autorité de la chose jugée, rien n'empêche l'autorité pénale de procéder ultérieurement à une nouvelle perquisition ou à rendre une nouvelle ordonnance de séquestre portant sur les documents restitués. Le Tribunal fédéral exige toutefois, afin de prévenir tout risque d'abus, que la procédure ait fait apparaître des éléments de fait ou de droit nouveaux. Cf. arrêts du TF 1B_424/2013 du 22. 7. 2014, consid. 2.5 (non publié aux ATF 140 IV 28); 1B_117/2012 du 26. 3. 2012, consid. 2.4.

71 BSK StPO-*Thormann/Brechbühl* (n. 3), art. 248 N 18; *Keller*, in: Kommentar StPO (n. 6), art. 248 N 37; *N. Schmid*, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2^e éd., Zurich/St-Gall 2013, N 1078; CR CPP-*Chirazi* (n. 8), art. 248 N 10.

l'autorité, respectivement leur réception par ladite autorité s'ils lui sont remis déjà scellés.

La requête de levée des scellés doit être motivée dans le même délai de 20 jours. Si elle ne l'est qu'insuffisamment, le juge peut fixer à l'autorité pénale un court délai pour la compléter (cf. art. 385 al. 2 CPP). En revanche, lorsqu'à l'issue de ce délai supplémentaire, la requête n'est toujours pas motivée de façon suffisante, le juge devrait refuser d'entrer en matière sur la demande dont il est saisi et restituer les documents à leur détenteur⁷².

2. Intervention du juge des scellés

Conformément à l'art. 248 al. 3 CPP, le Tribunal des mesures de contrainte⁷³ (au stade de la procédure préliminaire) ou le tribunal saisi de la cause⁷⁴ (dans les autres cas) est compétent pour statuer, dans le délai d'un mois, sur la demande de levée des scellés.

Ce délai d'un mois n'est qu'un simple délai d'ordre qui peut être prolongé, notamment en raison de la quantité de documents à analyser, de la complexité technique de l'évaluation et/ou si la procédure requiert l'avis d'un expert⁷⁵. En mentionnant cette durée d'un mois, le législateur entendait rappeler que l'instruction ne devait pas être bloquée par l'examen de la demande de levée de scellés et qu'il appartenait à l'autorité saisie de statuer sans délai, dans le respect du principe de célérité consacré à l'art. 5 al. 1 CPP⁷⁶.

a) Examen du bien-fondé de la mesure de contrainte sous-jacente

Le tribunal jouit, dans le cadre de l'examen de la demande de levée des scellés, d'un plein pouvoir de cognition⁷⁷. Il peut ainsi tenir compte d'éléments découverts postérieurement à la demande, tant à charge qu'en faveur de l'ayant droit⁷⁸.

72 Cf. arrêt du TF 1B_424/2013 du 22.7.2014, consid. 2.4 (non publié aux ATF 140 IV 28); ATF 130 II 193, consid. 5.2 = JdT 2005 IV 309.

73 Dans les affaires relevant de la juridiction fédérale, la compétence *ratione loci* du Tribunal cantonal des mesures de contrainte se détermine selon l'art. 65 al. 1 et 2 LOAP.

74 Si la requête de mise sous scellés fait suite à une mesure ordonnée par le tribunal saisi de la cause, la demande de levée des scellés devrait être examinée par le tribunal siégeant dans une autre composition pour éviter les problèmes de prévention.

75 Message (n. 12), FF 2006 1221.

76 *Moreillon/Parein-Reymond* (n. 8), art. 248 N 21.

77 *BSK StPO-Thormann/Brechbühl* (n. 3), art. 248 N 22.

78 Arrêt du TF 1B_332/2013 du 20.12.2013, consid. 6.1 = SJ 2014 I 237.

Dans un premier temps, le juge examine si la perquisition ou le séquestre des documents mis sous scellés est admissible.

A teneur de l'art. 197 al. 1 lit. b CPP, une mesure de contrainte ne peut être prise qu'en présence de soupçons suffisants laissant présumer une infraction. Contrairement au juge du fond, le juge des scellés n'a pas à procéder à une pesée minutieuse des circonstances à charge ou à décharge, ni à une évaluation complète des différents moyens de preuve disponibles pour se prononcer sur l'existence d'une infraction⁷⁹. La mesure de contrainte doit aussi respecter le principe de proportionnalité (art. 197 al. 1 lit. c et d CPP)⁸⁰. Une saisie élargie de documents peut, à tout le moins dans un premier temps, se justifier lorsque l'instruction porte sur des délits économiques complexes⁸¹.

Il ne peut être entré en matière sur un recours formé selon l'art. 393 CPP contre une ordonnance de perquisition ou de séquestre lorsqu'une procédure de levée des scellés est pendante. En effet, le pouvoir du juge des scellés est tel qu'il devra non seulement se prononcer sur le caractère secret des documents, mais également et au préalable sur la question de savoir si l'ordonnance de perquisition ou de séquestre et son exécution sont conformes au droit⁸². Ainsi, la procédure de levée des scellés a le pas sur l'éventuel recours visant à contester la mesure de contrainte sous-jacente.

En bonne logique, le séquestre ne devrait d'ailleurs pas être ordonné avant que les documents n'aient pu être examinés par l'autorité pénale, ce qui n'est pas le cas au moment de leur mise sous scellés⁸³. C'est ce que rappelle le TPF en indiquant que «le séquestre devient effectif, après la levée des scellés, seulement lorsque l'autorité d'enquête a procédé au tri des documents et a décidé de conserver ceux qu'elle juge pertinents pour l'enquête [...]. Le propriétaire des documents séquestrés ou le tiers saisi disposent alors de la faculté de recourir contre cette mesure auprès de la Cour des plaintes (art. 393 al. 1 lit. a CPP)⁸⁴.»

b) Identification des documents pertinents (tri judiciaire)

Une fois examiné le bien-fondé de la mesure de contrainte sous-jacente, le juge s'intéresse aux documents mis sous scellés afin d'identifier ceux qui entrent

79 Arrêts du TF 1B_167/2015 du 30.6.2015, consid. 2.1; 1B_487/2012 du 18.2.2013, consid. 3.5, et les références citées.

80 Keller, in: Kommentar StPO (n. 6), art. 248 N 44.

81 Arrêt du TF 1B_350/2013 du 12.12.2013, consid. 2.3.

82 Cf. BSK StPO-Thormann/Brechbühl (n. 3), art. 248 N 23 et 42.

83 BSK StPO-Thormann/Brechbühl (n. 3), art. 248 N 62.

84 Arrêt du TPF BB.2011.25-27 du 30.5.2011, consid. 2 = JdT 2012 IV 350. En cas de recours contre le séquestre, les griefs risquent toutefois de se recouper largement avec ceux invoqués devant le juge des scellés, mais il n'est pas exclu que de nouveaux arguments puissent être présentés eu égard à l'évolution de la procédure.

en considération en vue d'une utilisation par l'autorité pénale⁸⁵. Cette phase de tri judiciaire (*richterliche Triage*) a pour but d'évaluer la pertinence des documents pour l'instruction en cours. Dans ce cadre, le juge n'a pas à se livrer à une analyse exhaustive et peut se laisser guider par le principe dit de l'«utilité potentielle»⁸⁶. Une retenue particulière doit être observée en présence de documents concernant des personnes non prévenues dans la procédure pénale⁸⁷.

Les documents manifestement sans pertinence pour la procédure en cours doivent être écartés et restitués à leur détenteur⁸⁸. S'agissant des documents potentiellement utiles mais couverts par un secret professionnel avéré (secret professionnel de l'avocat notamment), le juge des scellés devra prendre toutes les mesures qui s'imposent afin de préserver la confidentialité des tiers⁸⁹. Le Tribunal fédéral a validé cette procédure en trois étapes successives qui consiste à (i) séparer les documents utiles à l'enquête de ceux qui ne le sont pas, (ii) séparer les documents couverts par le secret professionnel de ceux qui ne le sont pas et enfin (iii) pour les documents restants, caviarder, respectivement anonymiser le nom des clients⁹⁰.

L'application du principe de l'utilité potentielle ne doit pas conduire le juge des scellés à prononcer leur levée du simple fait que les documents pourraient s'avérer pertinents dans une hypothèse vague et lointaine. Au contraire, la levée des scellés implique l'existence d'éléments concrets – qui doivent être étayés par l'autorité requérante – démontrant l'importance des documents pour l'instruction en cours⁹¹. A défaut, la mesure de contrainte sous-jacente s'apparenterait à une recherche indéterminée de moyens de preuve interdite⁹².

L'ayant droit qui a requis la mise sous scellés est tenu de collaborer à la procédure. Il lui incombe de désigner aussi précisément que possible les pièces qui, selon lui, sont soumises au secret ou ne présentent aucun lien avec l'enquête pénale. Cela vaut d'autant plus que le juge ne connaît pas les particularités de l'instruction en cours et que l'autorité pénale ne peut pas examiner les documents sous scellés⁹³.

85 ATF 137 IV 189, consid. 4.2 = JdT 2012 IV 90; ATF 132 IV 63, consid. 4.3 (non publié sous SJ 2006 I 287).

86 Arrêts du TF 1B_167/2015 du 30.6.2015, consid. 2.1; 1B_206/2014 du 21.8.2014, consid. 4.1; 1B_300/2012 du 14.3.2013, consid. 3.2.

87 ATF 141 IV 77, consid. 4.3. Cf. aussi l'art. 197 al. 2 CPP.

88 ATF 141 IV 77, consid. 5.

89 Arrêt du TF 1B_350/2013 du 12.12.2013, consid. 2.2.

90 ATF 132 IV 63, consid. 4 (partiellement publié sous SJ 2006 I 287).

91 Cf. Müller/Gäumann (n. 6), 295; arrêt du TF 1B_637/2012 du 8.5.2013, consid. 3.8.1 (non publié aux ATF 139 IV 246); ATF 138 IV 225, consid. 7.1 = JdT 2014 IV 24; ATF 137 IV 189, consid. 5.1.2 = JdT 2012 IV 90; ATF 130 II 193, consid. 4.2 = JdT 2005 IV 309.

92 ATF 130 II 193, consid. 5.1 = JdT 2005 IV 309; arrêts du TF 1B_120/2014 du 20.6.2014, consid. 2.2; 1S.31/2005 du 6.2.2006, consid. 2.4 (non publié aux ATF 132 IV 63) = SJ 2006 I 287.

93 Arrêts du TF 1B_637/2012 du 8.5.2013, consid. 3.8.1 (non publié aux ATF 139 IV 246); 1B_567/2012 du 26.2.2013, consid. 7.1; ATF 138 IV 25, consid. 7.1; ATF 137 IV 189, consid. 4.2 = JdT 2012 IV 90, et les références citées.

Le tri judiciaire ne peut être transféré ou délégué par le juge des scellés à l'autorité pénale. Cela est vrai même en présence d'un grand nombre de documents et même si le juge ne dispose pas de connaissances détaillées de la procédure pénale en cause⁹⁴. Une audience aux fins de tri ne doit pas nécessairement être tenue. La procédure peut en effet se dérouler entièrement par écrit, pourvu que l'ayant droit ait la possibilité de se déterminer avant la prise de décision⁹⁵.

c) Recours à un expert

Pour faciliter l'extraction de données informatiques et le tri judiciaire, le juge des scellés a la faculté – et non l'obligation – de faire appel à un expert (art. 248 al. 4 CPP). S'il décide de faire usage de cette possibilité, les dispositions générales relatives à l'établissement des expertises sont applicables (art. 182 ss CPP).

L'expert conduit seul sa mission, sur la base d'un mandat bien défini et sous la supervision du juge des scellés⁹⁶. Les interventions des parties sont en principe limitées aux stades antérieur (cf. art. 184 al. 3 CPP pour la désignation et le mandat de l'expert) et postérieur (art. 188 CPP) à sa mission⁹⁷. Conformément à l'art. 188 CPP, les parties ont le droit de prendre connaissance du rapport d'expertise écrit et de formuler des observations avant qu'une décision ne soit rendue par le juge. Le Tribunal fédéral considère cependant qu'il n'est pas exclu que l'expertise ne soit pas communiquée à l'autorité pénale ou qu'elle le soit uniquement dans une version caviardée⁹⁸.

Les motifs de récusation de l'art. 56 CPP sont applicables à la nomination de l'expert (art. 183 al. 3 CPP). Une partie de la doctrine, s'appuyant sur un arrêt du Tribunal fédéral⁹⁹, considère que l'expert «ne peut en aucun cas être la police ou le Ministère public»¹⁰⁰. Un expert doit être impartial (art. 29 al. 1 Cst.)¹⁰¹, ce qui n'est *a priori* pas le cas d'un inspecteur de la police judiciaire qui entretiendrait un lien de subordination avec le Ministère public.

94 ATF 137 IV 189, consid. 5.1.2 = JdT 2012 IV 90; arrêt du TF 1B_668/2011 du 6.3.2012, consid. 3.3.

95 Arrêt du TF 1B_547/2012 du 26.2.2013, consid. 4.

96 Arrêt du TF 1B_19/2013 du 22.2.2013, consid. 3.

97 Arrêt du TF 1B_345/2014 du 9.1.2015, consid. 2.4.

98 Arrêt du TF 1B_345/2014 du 9.1.2015, consid. 2.2 et 2.3, et les références citées. A noter que, de façon plus générale, le droit garanti à l'art. 188 CPP peut être restreint aux conditions de l'art. 108 CPP. Dans cette hypothèse toutefois, l'autorité doit rendre une décision motivée susceptible de recours (cf. arrêt du TF 1B_329/2014 du 1.12.2014, consid. 2.2 et 3).

99 Arrêt du TF 1B_274/2008 du 27.1.2009, consid. 7.

100 *Jeanneret/Kuhn* (n. 8), N 14026. Cf. aussi *Keller*, in: Kommentar StPO (n. 6), art. 248 N 46.

101 Arrêt du TF 1B_188/2011 du 1.6.2011, consid. 3.2.

A Genève, des membres de la Brigade de criminalité informatique (BCI), qui forme une section de la police judiciaire, sont régulièrement nommés en qualité d'experts afin d'assister le juge des scellés lors de la copie de données informatiques et de leur tri subséquent¹⁰². A défaut d'être pleinement satisfaisante¹⁰³, cette pratique demeure selon nous acceptable à la condition que des garanties d'impartialité et de confidentialité strictes figurent, par écrit, dans le mandat confié à l'expert (interdiction d'agir dans le cadre de l'enquête pénale en cours, accès codé et exclusif aux informations, mission menée sous l'autorité du seul juge des scellés, engagement de confidentialité absolue, etc.). On relèvera par ailleurs que le recours à une entreprise privée n'est pas nécessairement mieux à même de sauvegarder les intérêts de l'ayant droit, des fuites ne pouvant être exclues malgré les engagements de confidentialité pris par l'expert privé, qui n'est pas soumis au secret de fonction.

En tout état, l'intervention de la police judiciaire en soutien du juge des scellés devrait être admise lorsque cette participation se limite à des recherches techniques «aveugles» dont le résultat est ensuite analysé par le juge lui-même¹⁰⁴. A titre d'exemple, le juge peut faire appel à la police judiciaire pour l'aider à installer les outils utiles au triage de grandes quantités de données¹⁰⁵.

Lorsque la mission d'expertise consiste à trier des pièces couvertes par le secret professionnel de l'avocat, un membre dirigeant d'un ordre voisin pourrait éventuellement officier à titre d'expert, moyennant là encore l'obtention de garanties d'impartialité et de confidentialité suffisantes¹⁰⁶.

La désignation de l'expert par le juge des scellés et la définition de son mandat ne sont pas des décisions susceptibles de recours (cf. art. 393 al. 1 lit. c CPP)¹⁰⁷. En outre, selon la jurisprudence, la décision (incidente) qui fixe les modalités de la procédure de tri n'est en principe pas de nature à causer un préjudice irréparable, car la question de la levée des scellés et de son ampleur n'est pas encore tranchée.

102 Cf. arrêt du TF 1B_346/2013 du 18.12.2013, consid. 2.2. Dans cette affaire, un inspecteur de la BCI avait été chargé d'examiner le contenu des données informatiques mises sous scellés et de remettre un rapport au juge, sans que cela ne suscite d'objection.

103 A teneur de l'art. 15 CPP, la police fait partie des autorités de poursuite pénale. Dans ce cadre, elle est soumise à la surveillance et aux instructions du Ministère public (cf. nouvel art. 2 al. 2 LPol-GE). En outre, le secret de fonction du personnel de la police n'est pas opposable aux autres autorités de poursuite pénale, à savoir notamment au Ministère public (cf. nouvel art. 24 al. 7 LPol-GE).

104 Dans le même sens, BSK StPO-*Thormann/Brechbühl* (n. 3), art. 248 N 39.

105 Cf. ATF 137 IV 189, consid. 5.1.2 = JdT 2012 IV 90; arrêts du TF 1B_70/2010 du 3.8.2010, consid. 6.2; 1B_316/2009 du 8.3.2009, consid. 3 et 4.

106 Cf. arrêt du TF 1B_345/2014 du 9.1.2015, où le mandat d'expertise a été confié par le Tribunal des mesures de contrainte du canton de Vaud au vice-bâtonnier de l'Ordre des avocats fribourgeois.

107 Arrêt du TF 1B_19/2013 du 22.2.2013, consid. 2.

Il n'est en effet pas encore décidé, à ce stade, quels documents concrets seront mis à la disposition de l'autorité pénale requérante ou, au contraire, soustraits à sa connaissance. Un recours direct au Tribunal fédéral selon l'art. 93 al. 1 LTF paraît donc exclu¹⁰⁸.

d) Droit d'être entendu

De manière générale, le juge des scellés doit s'assurer, avant de rendre sa décision, que l'ayant droit a eu la possibilité de consulter l'ensemble des documents mis sous scellés et de se déterminer à leur sujet, dans le respect de son droit d'être entendu (cf. art. 29 al. 2 Cst. et 3 al. 2 lit. c CPP)¹⁰⁹. Cela revêt une importance particulière dans les cas où les documents ont été remis par des tiers détenteurs.

L'autorité pénale requérante, qui a la qualité de partie dans la procédure de levée des scellés¹¹⁰, dispose-t-elle d'un droit d'être entendu similaire? La réponse ne peut être que négative. En effet, il résulte de la nature même de l'art. 248 CPP que les documents concernés doivent échapper à son contrôle jusqu'au prononcé d'une éventuelle levée des scellés¹¹¹. A notre sens, ces motifs commandent qu'en cas d'audience fixée par le juge des scellés, la présence de l'autorité pénale soit limitée (voire exclue en l'absence d'aménagements possibles) afin d'éviter que le contenu des documents mis sous scellés ne soit porté à sa connaissance. Cela étant, l'autorité n'est pas pour autant privée de tout droit dans la procédure. Le juge peut ainsi l'interpeller pour obtenir des explications complémentaires, s'agissant en particulier de la pertinence des documents sous scellés¹¹².

e) Décision du juge des scellés

Le sort des scellés est tranché au moyen d'une décision ou d'une ordonnance au sens de l'art. 80 al. 1 CPP¹¹³. S'il admet la demande, le juge ordonne la levée des scellés ainsi que la transmission des documents à l'autorité pénale requérante, qui aura alors la possibilité d'en prendre connaissance et de les exploiter. Si, à l'inverse, la demande de levée des scellés est rejetée, les documents sont restitués à leur détenteur.

108 Cf. arrêts du TF 1B_155/2011 du 14.6.2011, consid. 1.3; 1B_108/2011 du 6.6.2011, consid. 2.

109 Arrêt du TF 1B_346/2013 du 18.12.2013, consid. 2; ATF 140 I 285, consid. 6.3.1; ATF 135 I 279, consid. 2.3.

110 Keller, in: Kommentar StPO (n. 6), art. 248 N 43; BSK StPO-Thormann/Brechbühl (n. 3), art. 248 N 32.

111 Cf. arrêt du TF 1B_345/2014 du 9.1.2015, consid. 2.3.

112 Arrêts du TF 1B_637/2012 du 8.5.2012, consid. 3.8.1 (non publié aux ATF 139 IV 246); 1B_200/2007 du 15.1.2008, consid. 2.6; 1B_345/2014 du 9.1.2015, consid. 2.3.

113 Moreillon/Parein-Reymond (n. 8), art. 248 N 22.

Dans les deux cas, la décision entre en force non pas le jour où elle est notifiée, mais le jour où elle est rendue, conformément à l'art. 437 al. 3 CPP¹¹⁴. Il s'agit en effet d'une décision définitive, non sujette à recours selon le CPP (art. 248 al. 3 lit. a et 380 CPP)¹¹⁵. Elle est aussitôt exécutoire et acquiert l'autorité de chose jugée¹¹⁶, indépendamment d'un éventuel recours au Tribunal fédéral¹¹⁷.

Il découle de ce qui précède qu'en cas de levée des scellés, le juge pourrait transmettre les documents à l'autorité pénale sans attendre l'échéance du délai de 30 jours (cf. art. 100 al. 1 LTF), ce qui rendrait la procédure de recours pratiquement sans objet. Il appartiendra donc au recourant soucieux d'éviter ce risque d'informer immédiatement le juge des scellés de son intention de saisir le Tribunal fédéral et de l'enjoindre de ne pas se défaire des documents dans l'intervalle. Le recourant devra ensuite rapidement préparer et déposer son mémoire de recours, qu'il assortira d'une requête d'effet suspensif (art. 103 al. 1 LTF), lequel semble être généralement octroyé en pratique¹¹⁸.

Si le prévenu succombe dans la procédure après avoir requis la mise sous scellés, il pourrait avoir à assumer les frais de la procédure dans la mesure prévue à l'art. 426 CPP, mais seulement après la clôture de l'instruction¹¹⁹. Jusque-là, il appartient au canton de supporter les frais de procédure échus (cf. art. 423 al. 1 CPP)¹²⁰.

Si, en revanche, le prévenu obtient gain de cause, il adressera à la fin de la procédure ses prétentions à l'autorité pénale compétente selon les art. 429 et 436 CPP¹²¹. Il a été jugé que, nonobstant le fait que le juge des scellés ait constaté l'illégalité de la mesure de contrainte sous-jacente, le prévenu ne pouvait se voir allouer une indemnité fondée sur l'art. 431 al. 1 CPP. En effet, la décision du juge des scel-

114 Message (n. 12), FF 2006 1317; *Riklin*, StPO (n. 8), art. 380 N 2 s.

115 *M. Perrin*, in: Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, A. Kuhn/Y. Jeanne-
ret (édit.), Bâle 2011, art. 437 N 18; *Moreillon/Parein-Reymond* (n. 8), art. 380 N 5.

116 CR CPP-*Perrin* (n. 115), art. 437 N 6, art. 438 N 11.

117 Message (n. 12), FF 2006 1317.

118 Cf. par exemple arrêts du TF 1B_206/2014 du 21. 8. 2014, consid. C; 1B_120/2014 du 20. 6. 2014, consid. C; 1B_62/2014 du 4. 4. 2014, consid. C; 1B_328/2013 du 20. 12. 2013, consid. C; 1B_332/2013 du 20. 12. 2013, consid. B; 1B_422/2012 du 28. 8. 2012, consid. 1; 1B_322/2013 du 20. 12. 2013, consid. A. Le Tribunal fédéral refuse cependant d'accorder l'effet suspensif avant le dépôt effectif du recours dont il est saisi. Cela oblige le recourant à déposer son recours bien avant l'échéance du délai de l'art. 100 al. 1 LTF afin de sauvegarder au mieux ses droits. Cela fait, le Tribunal fédéral invitera généralement le juge des scellés et l'autorité pénale à se déterminer sur la requête d'effet suspensif, tout en faisant interdiction au juge des scellés de prononcer une quelconque mesure d'exécution de la décision attaquée jusqu'à l'issue du recours, ce qui garantit en quelque sorte un effet pré-suspensif.

119 La procédure de levée des scellés étant une procédure de première instance, le principe de l'art. 428 CPP ne s'applique pas.

120 ATF 138 IV 225, consid. 8.2.

121 TC VD CREP 16. 4. 2013/279; TC VD CREP 21. 3. 2013/155.

lés est prise à l'issue d'une procédure rapide, dont le but principal consiste en la protection des secrets contenus dans les documents saisis. Par conséquent, cette décision ne lie pas l'autorité de jugement¹²².

Lorsque la personne à l'origine de la demande de mise sous scellés est un tiers à la procédure pénale et qu'elle obtient gain de cause dans la procédure de levée des scellés, elle peut prétendre à la réparation du dommage causé du fait des actes de procédure ou de l'aide apportée aux autorités pénales, en application de l'art. 434 al. 1 CPP. Il lui appartient de faire valoir ses prétentions chiffrées et de les justifier par pièces, à défaut de quoi l'autorité pénale n'entrera pas en matière (cf. art. 433 al. 2 CPP, par renvoi de l'art. 434 al. 1 CPP). Aux termes de l'art. 434 al. 2 CPP, ces prétentions sont réglées dans le cadre de la décision finale, mais lorsque le cas est clair, le Ministère public est compétent pour statuer sur une éventuelle indemnité déjà au stade de la procédure préliminaire.

3. Procédure de recours

Le juge statue définitivement sur la demande de levée de scellés (art. 248 al. 3 CPP), de sorte qu'aucune des voies de recours prévues par les art. 393 ss CPP n'est ouverte (art. 380 CPP). En revanche, la décision est directement attaquable par le biais du recours en matière pénale auprès du Tribunal fédéral (art. 78 ss LTF)¹²³. Il s'agit d'une exception au principe du double degré de juridiction¹²⁴. Le délai pour recourir est de 30 jours (art. 100 al. 1 LTF)¹²⁵ et les griefs peuvent se rapporter en particulier à la violation du droit fédéral ou international (art. 95 lit. a et b LTF).

Outre l'ayant droit, l'autorité pénale, qui est partie à la procédure, peut également contester la décision de levée de scellés, respectivement son refus, si elle estime que la procédure suivie n'a pas abouti à un résultat satisfaisant¹²⁶.

La décision du juge des scellés sera qualifiée différemment en fonction du rôle (ou de l'absence de rôle) de l'ayant droit dans la procédure pénale:

122 Décision de l'*Obergericht* du canton de Thurgovie SW.2014.94 du 11.9.2014, consid. 2c/bb, RBOG 2014, 241, 245 s.

123 Arrêt du TF 1B_120/2014 du 20.6.2014, consid. 1.1.

124 P. Ferrari, in: Commentaire de la LTF, B. Corboz/A. Wurzbürger/P. Ferrari/J.-M. Frésard/F. Aubry Girardin (édit.), 2^e éd., Berne 2014, art. 80 N 24.

125 Arrêt du TF 1B_120/2014 du 20.6.2014, consid. 1.2. Comme mentionné plus haut, le recourant sera toutefois avisé de ne pas attendre l'échéance du délai de recours pour présenter sa requête d'effet suspensif au Tribunal fédéral, laquelle doit impérativement être soumise conjointement avec l'acte de recours.

126 Arrêt du TF 1B_19/2013 du 22.2.2013, consid. 3.

- Si l'ayant droit est partie à la procédure pénale, la décision sur la levée des scellés sera qualifiée d'incidente, de sorte que le Tribunal fédéral n'entrera en matière que si ladite décision est susceptible de lui causer un préjudice irréparable (art. 93 al. 1 lit. a LTF). Le Tribunal fédéral admet l'existence d'un préjudice irréparable lorsque l'ayant droit invoque la protection du domaine secret (secrets professionnels ou privés)¹²⁷, mais également lorsqu'il se limite à contester le bien-fondé de la mesure de contrainte sous-jacente¹²⁸. Il en va de même en cas de recours de l'autorité pénale, le préjudice irréparable pouvant consister en la disparition des moyens de preuve¹²⁹.
- Si, à l'inverse, l'ayant droit n'est pas partie à la procédure pénale, la décision du juge des scellés sera qualifiée de partielle¹³⁰. Sous l'angle de l'art. 91 LTF, il n'y a pas d'exigence de préjudice irréparable, le recours étant ouvert sans aucune restriction, de la même manière que s'il visait une décision finale¹³¹.

Une exception au principe du recours direct au Tribunal fédéral s'est un temps imposée dans les cas particulièrement complexes, dans lesquels les griefs de l'ayant droit nécessitaient un tri détaillé des documents mis sous scellés¹³². En pareille hypothèse, la décision du juge des scellés justifiait, selon la jurisprudence prévalant à l'époque, un double degré de juridiction et était dès lors susceptible de recours au sens des art. 393 ss CPP, contrairement à la lettre claire de la loi¹³³. Cette pratique a été abandonnée par la suite¹³⁴.

Le Tribunal fédéral appuie toutefois une requête de modification du CPP allant dans le sens de cette ancienne pratique. En effet, les juges de Mon-Repos estiment ne pas disposer de l'infrastructure nécessaire au traitement des cas complexes de levée des scellés, qui implique l'évaluation d'un matériel important comportant souvent des données informatiques, ceci en présence des parties et avec le concours

127 Arrêts du TF 1B_273/2015 du 21. 1. 2016, consid. 1.3; 1B_120/2014 du 20. 6. 2014, consid. 1.2; 1B_346/2013 du 18. 12. 2013, consid. 1.1; 1B_352/2013 du 12. 12. 2013, consid. 1.1; 1B_422/2012 du 28. 8. 2012, consid. 2; 1B_595/2011 du 21. 3. 2012, consid. 1.

128 Arrêts du TF 1B_726/2012 du 26. 2. 2013, consid. 1; 1B_516/2011 du 17. 11. 2011, consid. 1.2.

129 Arrêts du TF 1B_231/2013 du 25. 11. 2013, consid. 1 (non publié aux ATF 140 IV 28); 1B_517/2012 du 27. 2. 2013, consid. 4.

130 Arrêts du TF 1B_62/2014 du 14. 4. 2014, consid. 1.1; 1B_206/2007 du 7. 1. 2008, consid. 3.3.

131 B. Corboz, in: Commentaire de la LTF, B. Corboz/A. Wurzbürger/P. Ferrari/J.-M. Frésard/F. Aubry Girardin (édit.), 2^e éd., Berne 2014, art. 91 N 7.

132 Cf. sur cette question, A. Eicker, *Aktuelles aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Beschlagnahme, Editionsaufrorderung und Siegelung*, RPS 2013, 225, 240 ss.

133 Arrêts du TF 1B_422/2012 du 28. 8. 2012, consid. 2; 1B_492/2011 du 2. 2. 2012, consid. 1; 1B_595/2011 du 21. 3. 2012, consid. 2 à 5. Dans ce dernier arrêt, le Tribunal fédéral avait transmis lui-même la cause à l'autorité de recours cantonale.

134 Arrêts du TF 1B_346/2013 du 18. 12. 2013, consid. 1; 1B_397/2012 du 10. 10. 2012, consid. 1.1 (non publié aux ATF 138 IV 225).

d'experts¹³⁵. Ils proposent dès lors de réintroduire le principe de la double instance de recours¹³⁶. Cette proposition a été concrétisée dans le projet de modification de la LTF mis en consultation en novembre 2015¹³⁷, afin de permettre à notre Haute Cour de se concentrer sur sa mission première «qui est de répondre en dernière instance aux questions de droit et d'assurer l'application uniforme du droit fédéral»¹³⁸. D'après ce projet, l'art. 393 al. 1 lit. c CPP serait modifié pour ouvrir une voie de recours cantonale contre les décisions du Tribunal des mesures de contrainte¹³⁹.

V. Spécificités en droit pénal administratif et en entraide internationale en matière pénale

1. DPA

L'art. 50 DPA contient des prescriptions spécifiques en matière de «perquisition visant des papiers». Cette mesure de contrainte doit être opérée avec les plus grands égards pour les secrets privés; en particulier, les papiers ne peuvent être examinés que s'ils contiennent apparemment des écrits importants pour l'enquête (al. 1). En outre, la perquisition doit sauvegarder le secret de fonction ainsi que les secrets professionnels (ecclésiastiques, avocats, notaires, médecins, pharmaciens, sages-femmes et leurs auxiliaires) (al. 2). Enfin, avant la perquisition, le détenteur des papiers doit, chaque fois que cela est possible, être mis en mesure d'en indiquer le contenu. S'il s'oppose à la perquisition, les papiers sont mis sous scellés et déposés en lieu sûr; la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral statue sur l'admissibilité de la perquisition (al. 3).

Bien que l'art. 50 DPA se réfère uniquement à la «perquisition» de «papiers», il faut considérer que cette disposition vise plus généralement l'ensemble des documents, enregistrements et objets faisant l'objet d'une perquisition, d'un séquestre ou d'un ordre de dépôt¹⁴⁰. A teneur de la jurisprudence relative à l'art. 50 al. 3 DPA,

135 Cf. arrêt du TF 1B_595/2011 du 21. 3. 2012, consid. 2 à 5.

136 Séance plénière du Tribunal fédéral du 17. 3. 2014 – Propositions de modifications de la Loi sur le Tribunal fédéral, 6 (www.bger.ch/decisions_plenum_2014-03-17.pdf).

137 Cf. www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2015/2015-11-09/vorentw-f.pdf.

138 Rapport explicatif du 4. 11. 2015, 13 (www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2015/2015-11-09/vn-ber-f.pdf).

139 La teneur du nouvel art. 393 al. 1 lit. c CPP serait la suivante: «Le recours est recevable contre les décisions du tribunal des mesures de contrainte.»

140 Cf. ATF 108 IV 76, qui mentionne la perquisition d'autres supports d'information tels que les films et les enregistrements; cf. aussi ATF 139 IV 246 = JdT 2014 IV 85; arrêts du TPF BE.2013.16 du 27. 2. 2014 (séquestre de supports de données électroniques); BE.2014.17 du 27. 3. 2015 (séquestre de téléphones portables); BE.2014.9 du 25. 7. 2014 (demande d'édition de documents).

seul le détenteur des papiers est légitimé à requérir leur mise sous scellés¹⁴¹. A notre avis, les principes établis à l'ATF 140 IV 28 sous l'angle de l'art. 248 al. 1 CPP sont transposables à l'art. 50 al. 3 DPA, compte tenu du but similaire poursuivi par ces deux dispositions¹⁴². La mise sous scellés devrait ainsi pouvoir être requise par toutes les personnes qui, bien que ne détenant pas les documents, disposent d'un intérêt juridiquement protégé au maintien du secret.

A l'appui de sa demande de mise sous scellés, l'ayant droit peut invoquer aussi bien les motifs liés à l'admissibilité de la mesure de contrainte sous-jacente¹⁴³ que ceux se fondant sur la protection de secrets privés, du secret de fonction ou du secret professionnel (art. 50 al. 1 et 2 DPA).

Selon le Tribunal fédéral, lors de l'entrée en vigueur du CPP, le législateur a renoncé à adapter l'art. 50 DPA à l'art. 248 al. 2 CPP, lequel ne s'applique dès lors pas dans les procédures régies par le DPA. Si l'autorité administrative d'instruction n'est ainsi pas tenue de demander la levée des scellés dans les 20 jours, elle doit toutefois se conformer au principe de célérité (art. 29 al. 1 Cst. et 5 al. 1 CPP)¹⁴⁴. A cet égard, notre Haute Cour a jugé que l'Administration fédérale des contributions n'avait pas agi tardivement en sollicitant la levée des scellés un mois après la perquisition et le séquestre¹⁴⁵. Dans une autre affaire, le Tribunal pénal fédéral a considéré qu'une requête de levée des scellés présentée 70 jours après la mise sous scellés était incompatible avec le principe de célérité¹⁴⁶. De manière générale, un délai d'un mois semble constituer une limite raisonnable qui ne devrait pouvoir être dépassée que dans des circonstances exceptionnelles.

Dans le cadre d'une demande de levée des scellés, la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral se limite, dans un premier temps, à se prononcer sur l'ad-

141 Arrêt du TF 1B_232/2009 du 25.2.2010, consid. 4.2; arrêts du TPF BE.2013.8 du 5.12.2013, consid. 1.2; BE.2011.1 du 4.7.2011, consid. 1.2. Cf. toutefois arrêt du TPF BE.2014.9 du 25.7.2014, consid. 1.3, qui n'exclut pas, en se référant à un arrêt du Tribunal fédéral (1B_567/2012 du 26.2.2013, consid. 1.1), que les titulaires de comptes bancaires, non détenteurs des documents saisis, soient légitimés à participer à la procédure de levée des scellés.

142 C'est le lieu d'observer que, jusqu'à l'entrée en vigueur du DPA le 1.1.1975, l'ancienne Loi fédérale sur la procédure pénale (aPPF) regroupait deux dispositions traitant de la mise sous scellés – l'une applicable à la «procédure pénale fédérale» (art. 73 aPPF), l'autre à l'enquête administrative en matière de «contraventions aux lois fiscales de la Confédération» (art. 292 aPPF, repris par la suite à l'art. 50 DPA) –, dont la formulation était pratiquement identique. Cf. à ce sujet arrêt du TF 1S.28/2005 du 27.9.2005, consid. 2.4.2.

143 Cf. arrêt du TF 8G.116/2003 du 26.1.2004, consid. 5; arrêt du TPF BE.2014.9 du 25.7.2014, consid. 2.1.2.

144 ATF 139 IV 246, consid. 3.2 = JdT 2014 IV 85. *Contra A. Eicker/F. Frank/J. Achermann, Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsstrafverfahrensrecht*, Berne 2012, 210.

145 ATF 139 IV 246, consid. 3.3 = JdT 2014 IV 85. La mise sous scellés était quant à elle intervenue le jour même de la perquisition.

146 Arrêt du TPF BE.2013.8 du 5.12.2013, consid. 1.4.3.

missibilité de la mesure de contrainte sous-jacente (cf. notamment art. 46 al. 1, 48 al. 1 et 50 al. 1 DPA), ensuite de quoi elle examine si les conditions nécessaires à la levée des scellés sont réunies¹⁴⁷. En cas de secret professionnel avéré, il sera généralement procédé selon la procédure en trois phases dont il a déjà été question plus haut¹⁴⁸.

L'autorité administrative d'instruction doit démontrer en quoi les documents sous scellés peuvent être pertinents pour la procédure. Un lien factuel concret entre chaque document scellé et l'enquête n'est toutefois pas exigé¹⁴⁹. La personne ayant demandé la mise sous scellés doit pour sa part désigner chaque document qui, de son point de vue, ne présente aucun rapport avec l'instruction. Cela vaut en particulier si elle a requis la mise sous scellés de documents ou données volumineux ou complexes¹⁵⁰.

En tant qu'elle porte sur une mesure de contrainte, la décision de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral peut être attaquée par la voie du recours en matière pénale au Tribunal fédéral (art. 79 LTF)¹⁵¹. Une telle décision, de nature incidente pour les parties à la procédure, sera généralement susceptible de causer un préjudice irréparable (art. 93 al. 1 lit. a LTF), aussi bien à la personne ayant sollicité la mise sous scellés (en cas de recours contre une décision de levée des scellés)¹⁵² qu'à l'autorité administrative en charge de la procédure (en cas de recours contre une décision de refus de levée des scellés)¹⁵³.

2. EIMP

Selon l'art. 9 EIMP, lors de l'exécution d'une demande d'entraide judiciaire internationale, la protection du domaine secret est réglée conformément aux dispositions sur le droit de refuser de témoigner, les art. 246 à 248 CPP s'appliquant par analogie à la perquisition de documents et à leur mise sous scellés.

Dans le domaine de l'entraide, la procédure de mise sous scellés vise principalement à protéger le domaine secret. Elle a en outre pour but d'assurer le res-

147 Arrêts du TPF BE.2013.9 du 6. 8. 2013, consid. 2; BE.2011.6 du 17. 3. 2012, consid. 2.1.

148 ATF 132 IV 63, consid. 4 (partiellement publié sous SJ 2006 I 287); arrêt du TF 1B_354/2009 du 2. 3. 2010, consid. 3.2.

149 Arrêt du TF 1B_637/2012 du 8. 5. 2013, consid. 3.8.1 (non publié aux ATF 139 IV 246); arrêts du TPF BE.2013.8 du 5. 12. 2013, consid. 2.4.2; BK_B 039/04 du 26. 5. 2004, consid. 2.1.

150 Arrêt du TF 1B_637/2012 du 8. 5. 2013, consid. 3.8.1 (non publié aux ATF 139 IV 246).

151 ATF 139 IV 246, consid. 1.3 = JdT 2014 IV 85.

152 Arrêts du TF 1B_414/2013 du 29. 4. 2014, consid. 1; 1B_109/2010 du 14. 9. 2010, consid. 1.1. Plus restrictif arrêt du TF 1B_354/2009 du 2. 3. 2010, consid. 2.2, qui semble lier l'existence d'un préjudice irréparable à l'invocation de secrets juridiquement protégés.

153 Arrêt du TF 1B_380/2012 du 20. 8. 2012, consid. 1.2.

pect du principe de proportionnalité, de façon à ce que seuls les documents nécessaires à l'enquête étrangère soient remis à l'Etat requérant¹⁵⁴.

L'ATF 127 II 151 reconnaît au seul détenteur des documents le droit de requérir la mise sous scellés dans la procédure d'entraide¹⁵⁵. Cette approche restrictive est approuvée par une partie de la doctrine¹⁵⁶. Un arrêt du Tribunal pénal fédéral semblait privilégier la voie suivie dans l'ATF 140 IV 28 (rendu dans le cadre d'une procédure nationale)¹⁵⁷, alors qu'un autre arrêt plus récent adopte une position plus restrictive en matière de légitimation active, refusant de l'étendre aux personnes non détentrices ayant un intérêt juridiquement protégé au maintien du secret des documents¹⁵⁸.

L'autorité d'exécution n'a pas à faire état d'un lien concret entre l'enquête pénale étrangère et les documents visés par la demande d'entraide, un tel lien ne pouvant être mis en évidence qu'après la levée des scellés, dans le cadre de la décision de clôture autorisant la remise des moyens de preuve à l'étranger. L'autorité doit toutefois indiquer dans quelle mesure ces documents pourraient contribuer à élucider les faits sur lesquels porte la procédure conduite par l'Etat requérant (principe de l'utilité potentielle)¹⁵⁹.

Le respect du principe de proportionnalité, qui prohibe la remise en vrac des documents recueillis, impose en principe la mise en œuvre d'une procédure de tri¹⁶⁰. Dans cette tâche, l'autorité d'exécution est en droit de s'appuyer sur le déten-

154 ATF 127 II 151, consid. 4c; BSK StPO-*Thormann/Brechbühl* (n. 3), art. 248 N 72.

155 ATF 127 II 151, consid. 4c/aa. Cf. aussi ATF 111 Ib 50, consid. 3b.

156 BSK StPO-*Thormann/Brechbühl* (n. 3), art. 248 N 71; R. Zimmermann, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 4^e éd., Berne 2014, N 401. Dans le même sens, arrêt du TPF BE.2012.2 du 4. 4. 2012, consid. 2.2 à 2.4.

157 Arrêt du TPF RR.2014.280 du 15. 1. 2015. L'affaire portait sur une décision de refus de mise sous scellés prononcée à la suite d'une requête présentée non pas par la banque détentrice des documents litigieux, mais par la société titulaire du compte. Si le recours de la société précitée a été déclaré irrecevable sur la base de l'art. 80e al. 2 EIMP, le Tribunal pénal fédéral n'a en revanche aucunement laissé entendre que cette dernière n'aurait pas été habilitée à solliciter la mise sous scellés. La légitimation active de la société ne semble pas davantage avoir été remise en cause par le Ministère public de la Confédération, lequel avait justifié sa décision de refus de mise sous scellés par la tardiveté de la requête et son caractère mal fondé.

158 Arrêt du TPF RR.2015.132 du 25. 11. 2015, consid. 2.4 et 2.5, dont il ressort que les principes établis à l'ATF 140 IV 28 ne trouveraient pas à s'appliquer en matière d'entraide pénale internationale au motif qu'ils se heurteraient à la volonté du législateur de restreindre la qualité pour recourir dans ce domaine aux personnes devant se soumettre personnellement à une mesure d'exécution (ce qui exclurait les tiers non détenteurs de documents perquisitionnés ou séquestrés). Le Tribunal pénal fédéral a néanmoins relevé qu'à supposer que la société recourante jouisse de la qualité pour recourir, elle ne pouvait dans le cas d'espèce qu'invoquer des intérêts commerciaux ou économiques insuffisants aux fins d'une mise sous scellés.

159 ATF 130 II 193, consid. 4.3 et 5.1 = JdT 2005 IV 309; ATF 127 II 151, consid. 4c/bb; arrêt du TPF BE.2009.22 du 23. 2. 2010, consid. 2.

160 ATF 122 II 367, consid. 2c; ATF 115 Ib 186, consid. 4.

teur des documents qui a l'obligation, sous peine de forclusion, de participer au tri en indiquant de manière précise quelles pièces ne devraient pas être transmises et pour quelles raisons¹⁶¹.

Lorsqu'il est donné suite à la requête de mise sous scellés, le tribunal compétent pour statuer sur la demande de levée des scellés (qui doit être présentée dans les 20 jours, cf. art. 9 EIMP et 248 al. 2 CPP) dépend de l'identité de l'autorité chargée de l'exécution de l'entraide:

- si l'autorité d'exécution est cantonale, le Tribunal des mesures de contrainte du canton où se déroule la procédure est compétent (cf. art. 9 EIMP et 248 al. 3 CPP);
- si l'exécution de l'entraide est assurée par le Ministère public de la Confédération, la compétence pour statuer sur la demande de levée des scellés appartient au Tribunal des mesures de contrainte du canton où le Ministère public de la Confédération a son siège (Berne) ou son antenne (Lausanne, Lugano ou Zurich) (cf. art. 9 EIMP, 248 al. 3 CPP et 65 LOAP)¹⁶²;
- si une autorité fédérale autre que le Ministère public de la Confédération est en charge de la procédure d'entraide (par exemple l'Administration fédérale des douanes), l'art. 65 LOAP n'est pas applicable et il convient de se référer aux art. 12 al. 1 EIMP et 50 al. 3 DPA, qui désignent la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral¹⁶³.

Les décisions par lesquelles l'autorité refuse la mise sous scellés, respectivement ordonne ou rejette la levée des scellés, sont de nature incidente. Elles ne peuvent pas faire l'objet d'un recours séparé dans la mesure où elles ne causent pas un préjudice immédiat et irréparable au sens de l'art. 80e al. 2 EIMP¹⁶⁴. Ces décisions doivent être attaquées conjointement avec la décision de clôture devant la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral (art. 80e al. 1 EIMP)¹⁶⁵.

Lorsque la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral est compétente pour statuer sur la demande de levée des scellés (cas où une autorité fédérale autre que le Ministère public de la Confédération exécute la procédure d'entraide), elle pourrait être amenée à examiner le bien-fondé de sa propre décision (incidente) dans le cadre du recours contre la décision de clôture. D'après le Tribunal fédéral, les pro-

161 ATF 126 II 258, consid. 9b/aa.

162 Cf. ATF 138 IV 40, consid. 2.2.4 = JdT 2013 IV 3.

163 ATF 138 IV 40, consid. 2.2.4 = JdT 2013 IV 3; arrêt du TPF BE.2012.3 du 18. 7. 2012.

164 ATF 127 II 151, consid. 4c/bb; arrêt du TPF RR.2014.280 du 15. 1. 2015, consid. 2.2. D'après le Tribunal fédéral, l'absence de préjudice immédiat et irréparable, au stade de l'apposition et de la levée des scellés, découle du fait que les agents des autorités fédérales et cantonales d'exécution sont soumis au secret de fonction, d'une part, et que les documents saisis ne peuvent en tout état être remis à l'Etat requérant qu'après l'entrée en force de la décision de clôture, sujette à recours.

165 ATF 138 IV 40, consid. 2.3.1 = JdT 2013 IV 3; *Zimmermann* (n. 156), N 401 et 403.

blèmes de prévention ne se posent pas si des juges différents, appartenant idéalement à des cours distinctes, interviennent aux deux stades de la procédure¹⁶⁶. Le Tribunal pénal fédéral ne comptant actuellement qu'une seule Cour des plaintes (cf. art. 33 lit. b LOAP et 19 ROTPF), il est impératif que la procédure de recours contre la décision de clôture soit confiée à des juges différents de ceux ayant connu de la demande de levée des scellés, sous peine de faire apparaître un motif de récusation (cf. art. 10 PA).

VI. Conclusion

La procédure de mise sous scellés offre à l'ayant droit touché par une mesure de contrainte ou visé par un ordre de dépôt la garantie que les secrets contenus dans les documents ou objets qui intéressent l'autorité pénale ne seront pas exploités sans passer par le filtre d'une autorité judiciaire indépendante. Cette dernière est également habilitée à se prononcer sur le bien-fondé de la mesure ordonnée par l'autorité pénale et, cas échéant, à en limiter la portée si celle-ci déborde de manière injustifiée du cadre de l'enquête en cours.

Cette double faculté du juge des scellés représente un instrument de contrôle efficace, quoique relativement peu utilisé, de l'activité de l'autorité pénale. L'ayant droit pourra notamment y trouver un moyen spécifique de protéger des informations qu'il ne souhaite pas voir divulguées.

Pour sa part, l'autorité pénale ne devrait pas craindre d'être entravée dans la conduite de sa mission par la mise en œuvre de l'art. 248 CPP. En effet, en cas de levée (totale ou partielle) des scellés, elle se verra confortée dans son choix de recourir à la mesure de contrainte sous-jacente et pourra se concentrer sur l'analyse des documents dont la pertinence pour l'instruction aura été confirmée par le juge des scellés.

166 ATF 138 IV 40, consid. 2.3.3 = JdT 2013 IV 3.