



Article scientifique

Article

2020

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

---

## Mise sous scellés et infractions financières : développements récents

---

Villard, Katia Anne

### How to cite

VILLARD, Katia Anne. Mise sous scellés et infractions financières : développements récents. In: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, 2020, vol. 92, n° 2, p. 99–105.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:137386>

## Mise sous scellés et infractions financières : développements récents

Katia Villard\*

*The sealing of evidence is a procedural tool of great relevance, notably in the context of economic offences. The case law on this measure is important and sometimes uncertain. This is especially true in administrative criminal law: the practical importance of this area of law has been steadily increasing these past years while its procedural provisions appear to be outdated. This paper deals with recent developments regarding*

*the sealing of evidence in (administrative) criminal proceedings. After a brief overview of the relationship between administrative criminal procedure and ordinary criminal procedure, the discussion focuses on the person entitled to request the sealing of evidence and the reasons that can be claimed in support of the demand.*

### Table des matières

#### Introduction

- I. Les liens entre procédure pénale administrative et procédure pénale ordinaire
- II. La procédure de scellés
  1. Les règles du Code de procédure pénale
  2. Les règles du droit pénal administratif
- III. La qualité pour requérir les scellés
- IV. Les motifs permettant le maintien des scellés
  1. Les secrets juridiquement protégés
  2. Le droit de se taire
  3. Autres motifs ?
  4. La non-pertinence du lieu de situation des documents
- V. Deux remarques conclusives

#### Introduction

Qui dit suspicion d'infractions au sein d'une institution financière dit, souvent, perquisition de l'établissement par les autorités de poursuite. Des documents seront saisis. Fréquemment, ils contiendront des données confidentielles, potentiellement couvertes par le secret de l'avocat ou un secret d'affaires. Pour prendre un exemple : le Département fédéral des finances (DFF) mène une procédure pénale administrative à l'encontre d'un collaborateur d'une banque pour violation du devoir de communication au sens de l'art. 37 LBA<sup>1</sup>. Il entend verser à la procédure un rapport d'enquête interne effectué par une étude d'avocats sur mandat de la banque ainsi que les résultats

d'une procédure d'enforcement menée par la FINMA. Les documents portent sur les mêmes faits que ceux sous investigation du DFF. L'établissement financier s'oppose à leur saisie au nom du secret de l'avocat, le prévenu en invoquant le principe *nemo tenetur se ipsum accusare*.

C'est là qu'intervient la procédure de scellés. Ce moyen de droit fait l'objet d'une jurisprudence abondante et parfois hésitante, spécialement en matière de procédure pénale administrative, dont les règles apparaissent lacunaires et désuètes. L'année 2019 s'est révélée riche en la matière.

Les propos qui suivent s'articulent autour de quelques développements récents relatifs à la qualité pour requérir les scellés et les motifs qui peuvent être invoqués à l'appui de la demande dans le contexte d'infractions financières. Certains sont intervenus dans le cadre d'une procédure pénale ordinaire, d'autres dans le cadre d'une procédure pénale administrative. De ce fait, le sujet mérite tout d'abord une mise en exergue des liens entre ces deux types de procédure.

### I. Les liens entre procédure pénale administrative et procédure pénale ordinaire

Le CPP d'octobre 2007 est de trente-trois ans le cadet de la loi fédérale sur le droit pénal administratif (DPA), qui date de 1974. Au moment des travaux relatifs à l'unification de la procédure pénale, il a été envisagé d'y incorporer la procédure pénale administrative. Le législateur y a rapidement renoncé pour ne pas trop retarder le processus d'unification<sup>2</sup>.

\* Katia Villard est docteure en droit et titulaire du brevet d'avocat.

<sup>1</sup> Cf. TF, 1B\_453/2018 du 6 février 2019.

<sup>2</sup> Message du CF relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005, FF 2006 1057, 1069.

Le souci de célérité était compréhensible. Cela étant, sur le plan des garanties procédurales, un traitement « deux poids deux mesures » entre le prévenu soumis à la DPA et celui poursuivi selon le CPP n'a pas de raison d'être. Il se justifie d'autant moins que si le droit pénal administratif ne s'appliquait traditionnellement qu'aux faits de moindre importance<sup>3</sup>, il concerne maintenant une large palette d'infractions qui ne sauraient être qualifiées de « bagatelle »<sup>4</sup> et qui donnent régulièrement lieu à des procédures complexes. Le choix politique qui consiste à soumettre tel ou tel comportement au droit pénal administratif plutôt qu'à la procédure pénale ordinaire ne doit pas s'effectuer au détriment des justiciables<sup>5</sup>.

Il ne fait d'ailleurs pas de doute que les garanties générales de procédure pénale doivent être pleinement respectées en droit pénal administratif<sup>6</sup>.

A une échelle plus détaillée, la relation entre la procédure pénale administrative et la procédure pénale ordinaire est – sommairement – réglée par la jurisprudence fédérale : les dispositions du CPP s'appliquent par analogie là où la DPA ne règle pas la question de manière exhaustive<sup>7</sup>. Le *distinguo* entre les cas dans lesquels les lacunes de la DPA doivent être comblées par les normes du CPP de ceux où le silence de la loi doit être considéré comme qualifié n'est toutefois pas toujours aisé à effectuer<sup>8</sup>.

Il n'a pas échappé au législateur que les règles de la DPA sont dépassées. En 2015, une motion visant à la révision totale de la loi ou à son abrogation au profit de modifications dans le CP et le CPP a été adoptée par les Chambres fédérales. On est dans l'attente de l'avant-projet du Conseil fédéral, qui a d'ores et déjà indiqué son penchant pour la première option<sup>9</sup>.

## II. La procédure de scellés

L'apposition de scellés vise à empêcher que l'autorité d'instruction prenne connaissance de moyens de preuve qui ne doivent pas être exploités dans la procédure. Sont avant tout visées les informations couvertes par un secret protégé par la loi.

Dans cette optique, la mise sous scellés permet de s'opposer à la perquisition (art. 246 CPP, art. 50 DPA), au séquestre (art. 263 CPP, art. 46 DPA) ou à un ordre de dépôt (art. 265 CPP<sup>10</sup>).

### 1. Les règles du Code de procédure pénale

Conformément à l'art. 248 al. 1 CPP, les supports de données qui ne peuvent pas être perquisitionnés ou séquestrés parce que l'intéressé fait valoir son droit de refuser de déposer ou de témoigner ou pour d'autres motifs sont mis sous scellés. Ils ne peuvent être ni examinés, ni exploités par les autorités pénales.

L'art. 248 CPP doit être lu en combinaison avec l'art. 264 al. 1 et 3 CPP, relatif au séquestre. Le 1<sup>er</sup> alinéa interdit notamment le séquestre de documents couverts par le secret de l'avocat (let. a, c et d) ou d'autres secrets protégés par la loi (let. c), par exemple le secret commercial ou le secret bancaire (art. 162 CP et 47 LB, cum art. 173 al. 2 CPP). Le 3<sup>e</sup> alinéa renvoie à l'art. 248 CPP en prévoyant que si un ayant droit s'oppose au séquestre et invoque à cet effet son droit de refuser de déposer ou de témoigner ou d'au-

<sup>3</sup> Message du CF concernant le projet de loi fédérale sur le droit pénal administratif du 21 avril 1971, FF 1971 I 1017, 1018.

<sup>4</sup> *Eicker/Goldenberger*, Das Verwaltungsstrafrecht im Normensystem, in: Eicker (éd.), Das Verwaltungsstrafrecht im Wandel, Berne 2017, p. 18. Par exemple, l'amende prévue pour certaines violations à la loi fédérale sur l'infrastructure des marchés financiers peut atteindre CHF 10 millions (art. 151 et 152 LIMF), alors que le montant maximum de l'amende en cas de violation des obligations d'annoncer l'ayant droit économique des actions d'une SA (art. 327 CP) est de CHF 10 000 (art. 106 al. 1 CP); cf. aussi Message du CF (n. 3), 1023 s.

<sup>5</sup> Cf. *Eicker/Goldenberger* (n. 4), p. 21 s. : « Verwaltungsstrafrecht ist echtes Strafrecht ».

<sup>6</sup> Entre autres ATF 139 IV 246, c. 3.2, JdT 2014 IV 85.

<sup>7</sup> ATF 139 IV 246, c. 1.2, JdT 2014 IV 85; TF, 1B\_487/2018 du 6 février 2019, c. 2.1.

<sup>8</sup> Par exemple TPF 2017 107, c. 1.2 ss, JdT 2018 IV 390; TPF 2013 182, c. 2.2; *Eicker/Acherhmann/Lehner*, Zur Zulässigkeit eines Rückgriffs auf Bestimmungen der StPO im Verwaltungsstrafverfahren, PJA 2013, p. 1454 ss.

<sup>9</sup> Cf. Motion *Caroni Andrea* n°14.4122 « pour un droit pénal administratif moderne » : <<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20144122>> (26.1.2020).

<sup>10</sup> Mesure également applicable en procédure pénale administrative, cf. TPF, BE.2007.2 du 3 juillet 2007, c. 1 et 4.4; *Keller*, Grundrechtskonformität und Tauglichkeit des Verwaltungsstrafrechts, in: Eicker (éd.), Aktuelle Herausforderungen für die Praxis im Verwaltungsstrafverfahren, Berne 2013, p. 189.

tres motifs, les autorités pénales procèdent conformément aux dispositions régissant la mise sous scellés.

Conçue comme une mesure immédiate, la requête de mise sous scellés doit se trouver en relation temporelle directe avec la saisie des documents<sup>11</sup>. Une demande manifestement tardive peut être refusée par l'autorité de poursuite<sup>12</sup>.

A partir du moment où un motif de mise sous scellés est invoqué en temps utile<sup>13</sup>, l'autorité d'instruction doit apposer les scellés sur les documents litigieux et, ensuite, en demander la levée dans les vingt jours au Tribunal des mesures de contrainte (art. 248 al. 2 et 3 let. a CPP). C'est à ce dernier qu'il appartient d'examiner les pièces et, cas échéant, d'effectuer un tri entre celles couvertes par un secret et celles qui ne le seraient pas<sup>14</sup>. Au stade de la levée de scellés, celui qui s'y oppose doit étayer les motifs qui justifient leur maintien<sup>15</sup>. L'obligation procédurale vaut en particulier lorsque la procédure de scellés porte sur une masse importante de données<sup>16</sup>.

Si la levée des scellés n'est pas requise dans les vingt jours, les pièces sont rendues à l'ayant droit (art. 248 al. 2 CPP). La restitution des documents n'empêche pas une nouvelle saisie par l'autorité pénale en cas de modification de la situation factuelle ou juridique, voire même dans l'hypothèse d'un changement d'appréciation du Ministère public<sup>17</sup>. Cette possibilité doit être examinée avec retenue pour ne pas permettre à l'autorité de « contourner » le délai de 20 jours qui lui est imposé<sup>18</sup>.

## 2. Les règles du droit pénal administratif

La mise sous scellés en droit pénal administratif est prévue à l'art. 50 DPA, qui traite de la perquisition de documents. A teneur de l'art. 50 al. 1 DPA, dont on soulignera la formulation désuète, « la perquisition visant des papiers doit être opérée avec les plus grands égards pour les secrets privés ; en particulier, les papiers ne seront examinés que s'ils contiennent apparemment des écrits importants pour l'enquête ». L'art. 50 al. 2 DPA ajoute que la perquisition doit être opérée de manière à sauvegarder, notamment, le secret de l'avocat et celui du notaire. Quant à l'art. 50 al. 3 DPA, il permet au détenteur des papiers de s'opposer à la perquisition, auquel cas ceux-ci sont mis sous scellés jusqu'à décision de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral, à laquelle revient l'examen et le tri des pièces.

La notion, à l'art. 50 DPA, de « papiers » est bien entendu trop étroite. La disposition vaut, à l'instar de l'art. 248 CPP, pour tout support de données<sup>19</sup>.

En matière de séquestre, l'art. 46 al. 3 DPA se contente d'interdire le séquestre des objets et documents concernant des contacts entre une personne et son avocat.

Nonobstant la lettre restrictive de l'art. 46 al. 3 DPA, les secrets visés par cette disposition sont les mêmes que ceux de l'art. 50 DPA. Il ne ferait aucun sens d'exclure la perquisition de documents protégés par un secret autre que celui de l'avocat mais d'en permettre le séquestre<sup>20</sup>.

Le déroulement de la procédure est en substance le même qu'en procédure pénale ordinaire. Toutefois, selon la jurisprudence, le délai de 20 jours de l'art. 248 al. 2 CPP imposé à l'autorité pour requérir la levée des scellés ne s'applique pas en droit pénal administratif<sup>21</sup>. Cette jurisprudence est critiquée par la doctrine : les exigences de célérité ne doivent pas être moins strictes en procédure pénale administrative<sup>22</sup>.

<sup>11</sup> Cf. pour des détails, TF, 1B\_320/2012 du 14 décembre 2012, c. 4 s., SJ 2013 I 333 et *Graf*, Aspekte der strafprozessualen Siegelung, PJA 2017, p. 558 s.

<sup>12</sup> Cf. TF, 1B\_516/2012 du 9 janvier 2013.

<sup>13</sup> Cf. pour des détails, TF, 1B\_522/2019 du 4 février 2020, c. 2.1.

<sup>14</sup> Ainsi, le juge des scellés ne peut pas déléguer la tâche de trier les documents litigieux à l'autorité de poursuite (ATF 142 IV 372, c. 3.1).

<sup>15</sup> Cf. notamment, TF, 1B\_453/2018 du 6 février 2019, c. 6.1 ; TF, 1B\_295/2016 du 10 novembre 2016, c. 3.2.2 ; TF, 1B\_18/2016 du 19 avril 2016, c. 3.1 et 3.3.

<sup>16</sup> Notamment, TF, 1B\_525/2017 du 4 mai 2018, c. 3.1 ; TF, 1B\_296/2018 du 26 novembre 2018, c. 1.2 ; TF, 1B\_295/2016 du 10 novembre 2016, c. 3.1 ; TF, 1B\_637/2012 du 8 mai 2013, c. 3.8.1 (consid. non publié aux ATF 139 IV 246).

<sup>17</sup> TF, 1B\_117/2012 du 26 mars 2012, c. 2.4.

<sup>18</sup> *Thormann/Brechbühl*, in: BSK StPO, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2014, Art. 248 N 21.

<sup>19</sup> Rappelé dans TF, 1B\_243/2016 du 6 octobre 2016, c. 3.4.

<sup>20</sup> TF, 1B\_158/2019 du 25 juillet 2019, c. 2.1 ; TPF 2017 10, c. 2.1.

<sup>21</sup> ATF 139 IV 246, c. 3.2, JdT 2014 IV 85.

<sup>22</sup> *Franck/Eicker*, Nr. 17 Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 4. August 2016 i.S. A. gegen Swissmedic, Schweizerisches Heilmittelinstitut – 1B\_91/2016, Forumpoenale 2017, p. 162.

### III. La qualité pour requérir les scellés

Selon l'art. 248 al. 1 CPP dans sa teneur française, la qualité pour requérir les scellés appartient à « l'intéressé qui fait valoir son droit de refuser de déposer ou de témoigner ou (...) d'autres motifs ». En revanche, les versions allemande et italienne de l'art. 248 al. 1 CPP utilisent la notion de « détenteur » (« *Inhaber* », « *detentore* »). L'art. 264 al. 3 CPP parle, quant à lui, « d'ayant droit » (« *berechtigte Person* », « *avente diritto* »). L'art. 50 al. 3 DPA se réfère, dans les trois langues, au « détenteur » des supports de données à mettre sous scellés.

La notion de détenteur – qui renvoie tant au prévenu qu'à un tiers<sup>23</sup> – est étroite : à la suivre, seule la banque, mais non le titulaire du compte, pourrait requérir les scellés sur la documentation bancaire saisie au sein de l'établissement financier<sup>24</sup>.

En 2013, le Tribunal fédéral a tranché et il reconnaît désormais que, conformément à la version française de l'art. 248 CPP et à l'art. 264 al. 3 CPP, le cercle des personnes habilitées à demander les scellés s'étend à toute personne qui dispose d'un intérêt juridiquement protégé au maintien du secret<sup>25</sup>. Dans cette conception, tant le détenteur que le maître du secret a qualité pour s'opposer à la saisie des documents litigieux<sup>26</sup>.

L'application de cette jurisprudence en procédure pénale administrative était toutefois niée par le Tribunal pénal fédéral qui continuait à reconnaître la qualité pour demander la mise sous scellés au seul détenteur des supports<sup>27</sup>. En 2019, le Tribunal fédéral en a décidé autrement et a admis que le droit de demander les scellés pouvait être « reconnu indépendamment d'un rapport de possession, (...) lorsque la personne fait valoir un intérêt juridiquement protégé au maintien du secret sur les pièces saisies »<sup>28</sup>.

L'exigence de l'intérêt juridiquement protégé vaut également à l'égard du prévenu qui n'est pas *eo ipso* admis à participer à la procédure de scellés. Les juges de Mon-Repos ont en particulier nié au collaborateur d'une banque poursuivi pour violation du devoir de communication le droit de se prévaloir du secret professionnel pour s'opposer au séquestre d'une enquête interne effectuée par une étude d'avocats au sein de la banque, car les avocats avaient été mandatés par l'établissement financier<sup>29</sup>. Le prévenu n'était donc pas partie à la relation couverte par le secret.

### IV. Les motifs permettant le maintien des scellés

#### 1. Les secrets juridiquement protégés

La procédure de mise sous scellés tend avant tout à protéger les supports de données contenant des secrets couverts par les dispositions du CPP relatives au droit de refuser de témoigner au sens des art. 170 à 173 CPP. Dans le contexte d'infractions financières, ce sont essentiellement le secret de l'avocat et ceux de nature économique qui apparaissent pertinents.

##### 1.1 Le secret de l'avocat et les enquêtes internes

Le secret de l'avocat est « absolu » : il ne peut être sacrifié au nom des besoins de l'instruction (art. 171 CPP). Il convient toutefois de rappeler qu'il ne s'étend qu'aux activités typiques de la profession<sup>30</sup>. L'étendue du secret est très discutée aujourd'hui en lien avec les

<sup>23</sup> Schmid/Jositsch, StPO Praxiskommentar, 3<sup>e</sup> éd., Zurich/St Gall 2018, Art. 248 N 3.

<sup>24</sup> Cf. TPF, BE.2011.1 du 4 juillet 2011; Isenring/Kessler, Strafprozessuale «Bank-Editionen»: Die Rechtlosigkeit des Kontoinhabers und der beschuldigten Person, PJA 2012, p. 329.

<sup>25</sup> ATF 140 IV 28, c. 4.3.4 s., JdT 2014 IV 206. Dans le cadre d'une révision en cours du CPP, le projet de modification de l'art. 248 CPP remplace le terme « détenteur » par « ayant droit », FF 2019 6437, 6443.

<sup>26</sup> A noter que le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si la banque pouvait se prévaloir du secret bancaire, dès lors que ce dernier ne protège que le client (ATF 142 IV 207, c. 10, JdT 2017 IV 51). A notre sens, sous réserve du cas dans lequel le client consentirait à la saisie de la documentation le concernant, la réponse doit être positive. L'établissement financier conserve un intérêt à ce que l'autorité de poursuite ne prenne pas connaissance d'un secret dont elle est détentrice. La problématique est toutefois moins importante qu'il y paraît : la documentation bancaire devrait dans une large majorité des cas être (également) couverte par le secret commercial, dont la banque est maître (cf. Fischer/Richa/Raedler, in : CR CP II, Bâle 2017, Art. 162 N 41 s.).

<sup>27</sup> TPF 2016 55, c. 2.3; TPF, BE.2018.12 du 22 janvier 2019, c. 1.2.

<sup>28</sup> TF, 1B\_91/2019 du 11 juin 2019, c. 2.2; TF, 1B\_487/2018 du 6 février 2019, c. 2.3.

<sup>29</sup> TF, 1B\_487/2018 du 6 février 2019, c. 2.6 ss.

<sup>30</sup> Pour un arrêt récent, TF, 1B\_264/2018 du 28 septembre 2018, c. 2.1 s.

enquêtes internes effectuées par des avocats sur mandat d'établissements financiers suite à des manquements constatés en leur sein. Lorsque les événements ont donné lieu à l'ouverture d'une procédure pénale (ou pénale administrative), l'autorité d'instruction cherchera à obtenir les résultats de l'enquête. Ces dernières années, le Tribunal fédéral a été appelé à se pencher sur la problématique dans le domaine de la lutte contre le blanchiment. Il a, dans ce cadre, estimé que le mandat de l'avocat devait être considéré comme mixte, en ce qu'il se compose tant d'activités typiques qu'atypiques<sup>31</sup>. Ainsi, le juge, saisi d'une demande de levée de scellés par l'autorité d'instruction, doit faire un tri entre les pièces couvertes par le secret professionnel et celles qui ne le sont pas. A cet égard, le Tribunal fédéral a récemment insisté sur l'obligation procédurale incombant à l'établissement financier de désigner concrètement les documents qui seraient protégés par le secret professionnel. Le juge n'a pas à rechercher d'office quelles pièces sont potentiellement concernées. L'invocation «en bloc» du secret de l'avocat pour s'opposer à la levée des scellés sur un rapport d'enquête interne et ses annexes ne satisfait pas à cette obligation de motivation. Le Tribunal pénal fédéral était donc légitimé à nier l'existence d'un secret juridiquement protégé et à lever les scellés sur l'intégralité des documents litigieux<sup>32</sup>.

## 1.2 Les secrets de nature commerciale

Au contraire du secret professionnel, les secrets de nature commerciale, tels le secret d'affaires (art. 162 CP)<sup>33</sup>, le secret bancaire (art. 47 LB)<sup>34</sup>, le secret des réviseurs (art. 321 CP)<sup>35</sup>, ou encore le secret fiscal<sup>36</sup>, ne bénéficient que d'une protection «relative». Les documents couverts par ce type de secret ne peuvent être soustraits à la procédure que si celui qui l'invoque rend vraisemblable que l'intérêt à la préservation du

secret l'emporte sur la recherche de la vérité (art. 173 al. 2 CPP).

Si les secrets de nature commerciale ne sont pas mentionnés à l'art. 50 DPA, il n'est pas contesté qu'ils sont également protégés en procédure pénale administrative, dans les limites de l'art. 173 al. 2 CPP. L'art. 41 al. 2 DPA relatif à l'audition de témoins renvoie d'ailleurs expressément aux art. 170 à 173 CPP pour la dispense de l'obligation de témoigner<sup>37</sup>.

En pratique, dans la pesée des intérêts entre préservation du secret et recherche de la vérité, la balance penche généralement en faveur de la seconde, le droit de procédure pénale ne protégeant en principe pas les intérêts essentiellement économiques<sup>38</sup>. Le Tribunal fédéral l'a encore récemment confirmé dans une jurisprudence relative au secret des réviseurs<sup>39</sup>.

Dans le cadre d'une révision en cours du CPP, le projet du Conseil fédéral modifiant les art. 248 et 264 al. 3 CPP mentionne expressément, comme motif de mise sous scellés, les secrets commerciaux<sup>40</sup>. A notre sens, cette référence explicite ne devrait toutefois pas conduire à une protection plus étendue de ces secrets.

## 2. Le droit de se taire

Selon l'art. 248 CPP, les supports de données doivent être mis sous scellés lorsque l'intéressé fait valoir son droit de refuser de déposer. Ce motif renvoie à l'art. 113 CPP qui consacre le droit au silence. La notion d'intéressé comprend donc le prévenu ainsi que toute personne dont les déclarations seraient susceptibles de l'incriminer (art. 178 let. d *cum* 180 al. 1 CPP)<sup>41</sup>. En d'autres termes, si la prise de connaissance, par l'autorité de poursuite, de certains documents est susceptible de violer le privilège contre l'auto-incrimination, les scellés doivent être apposés.

Même si la DPA ne le mentionne qu'indirectement<sup>42</sup>, le droit au silence est évidemment applicable

<sup>31</sup> TF, 1B\_85/2016 du 20 septembre 2016, c. 4 ss; TF, 1B\_433/2017 du 21 mars 2018, c. 4.2 ss; sur ces deux décisions, cf. notamment, *Chappuis*, Enquêtes internes et secret professionnel de l'avocat, RSDA 2019, p. 114 ss.

<sup>32</sup> TF, 1B\_453/2018 du 6 février 2019, c. 6.3.

<sup>33</sup> Notamment TF, 1B\_295/2016 du 10 novembre 2016, c. 3.2.1; TPF, BE.2018.13 du 1<sup>er</sup> février 2019, c. 7.5.3.

<sup>34</sup> Notamment ATF 123 IV 157, c. 5d; TF, 1B\_273/2015 du 21 janvier 2016, c. 5.8.

<sup>35</sup> ATF 145 IV 273, c. 3.3 ss.

<sup>36</sup> TF, 1B\_98/2018 du 29 mai 2018, c. 3.4.

<sup>37</sup> Cf. TF, IB\_10/2020 du 12 février 2020, c. 2.2.1 s.

<sup>38</sup> Notamment Message CPP (n. 2), p. 1185.

<sup>39</sup> ATF 145 IV 273.

<sup>40</sup> FF 2019 6437, 6443; Message du CF du 28 août 2019 concernant la modification du code de procédure pénale, FF 2019 6351, 6402.

<sup>41</sup> *Julen Berthod/Mégevand*, La procédure de mise sous scellés, RPS 2016, p. 224.

<sup>42</sup> Cf. art. 39 al. 4 DPA.

en procédure pénale administrative. Sur le principe, il doit donc s'agir d'un motif de mise sous scellés.

L'argument ne revêt toutefois qu'une portée (très) limitée dans le cadre de la procédure de scellés.

En effet, le motif tiré du droit de se taire se confond en réalité avec celui de la licéité de la preuve. Or, cette dernière problématique est réservée au juge du fond. Ainsi, des interdictions générales d'exploiter des preuves découlant des art. 140 et 141 CPP (avec restitution à l'ayant droit ou retrait des preuves du dossier de l'enquête) ne doivent être tranchées, dans le cadre de la procédure préliminaire de levée des scellés, que lorsque l'inexploitabilité est déjà manifeste<sup>43</sup>.

Dans le contexte d'infractions financières, la problématique du droit de se taire est actuellement très débattue en lien avec l'échange de renseignements entre la FINMA et l'autorité de poursuite pénale<sup>44</sup>. La question est la suivante : les informations que l'intermédiaire financier livre à la FINMA au nom de son obligation de collaborer peuvent-elles être utilisées par les autorités de poursuite dans le cadre de la procédure pénale parallèle contre l'intermédiaire financier et/ou ses collaborateurs ?

La question n'a pas encore été tranchée par le Tribunal fédéral. Au stade de la procédure de scellés, le grief tiré du droit au silence ne s'oppose pas à la levée des scellés sur un rapport interne effectué par une banque prévenue de blanchiment d'argent suite à une demande de renseignements de la FINMA au sens de l'art. 29 LFINMA<sup>45</sup>. L'inexploitabilité du document n'apparaît en effet pas manifeste<sup>46</sup>. La question est ensuite de savoir s'il en va de même s'agissant des documents recueillis par la FINMA dans le cadre d'une procédure formelle d'*enforcement*, respectivement de rapports et de décisions établis par la FINMA elle-même. L'utilisation de tels documents dans le

cadre d'une procédure pénale contre l'établissement financier pose des problèmes de compatibilité avec le principe *nemo tenetur se ipsum accusare*. Cela étant, dans la mesure où le Tribunal fédéral n'a pas tranché, il est probable que l'argument ne s'opposera de manière générale pas à la levée des scellés, faute, à nouveau, d'inexploitabilité *évidente* des documents litigieux. L'établissement financier sera donc bien inspiré d'individualiser les pièces qui seraient, cas échéant, manifestement couvertes par le privilège contre l'auto-incrimination.

### 3. Autres motifs ?

En sus des secrets protégés par les art. 170 à 173 CPP et du droit de se taire, l'art. 248 al. 1 CPP prévoit que les scellés peuvent être apposés pour « d'autres motifs ». Le Tribunal fédéral reconnaît que les griefs généraux contre le prononcé d'une mesure de contrainte, tels le défaut de connexité entre le document litigieux et l'enquête pénale ou la violation du principe de proportionnalité peuvent également être invoqués dans la procédure de scellés<sup>47</sup>. Ces motifs devraient toutefois être allégués aux côtés de l'existence d'un secret<sup>48</sup>. Le Conseil fédéral, dans son projet de modification du CPP, ne mentionne d'ailleurs plus ces « autres motifs » aux art. 248 al. 1 P-CPP et 264 al. 3 P-CPP<sup>49</sup>.

En procédure pénale administrative, l'art. 50 al. 1 DPA renvoie au caractère pertinent des documents litigieux et au respect du principe de proportionnalité. Ces conditions à la perquisition sont donc dans un premier temps vérifiées dans la procédure de scellés, avant que l'autorité compétente ne se penche, dans un second temps, sur le bien-fondé des secrets invoqués<sup>50</sup>.

<sup>43</sup> TF, 1B\_443/2018 du 28 janvier 2019, c. 1.2; ATF 142 IV 207, c. 9.8, JdT 2017 IV 51.

<sup>44</sup> Cf. notamment *Beck*, Enforcementverfahren der FINMA und Dissonanz zum nemo tenetur-Grundsatz, Zurich/Bâle/Genève 2019, p. 251 ss; *Geth*, Aufsichtsrechtliche Mitwirkungspflichten und nemo tenetur, in: Emmenegger (éd.), *Banken zwischen Strafrecht und Aufsichtsrecht*, Bâle 2014, p. 155 ss; *Gless*, Nemo tenetur se ipsum accusare und verwaltungsrechtliche Auskunftspflichten, in: *Fahl/Müller/Satzger/Swoboda* (éd.), *Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2015, p. 728 ss.

<sup>45</sup> ATF 142 IV 207, c. 8 ss, JdT 2017 IV 51.

<sup>46</sup> ATF 142 IV 207, c. 9.8, JdT 2017 IV 51.

<sup>47</sup> ATF 143 IV 387, c. 4.4, JdT 2018 IV 201; TF, 1B\_360/2013 du 24 mars 2014, c. 2.2.

<sup>48</sup> Cf. TF, 1B\_351/2016 du 16 novembre 2016, c. 1.3; *Bertossa/Droz*, Scellés – mesures de protection ou d'obstruction?, in: *Bovet/Chappuis/Hirsch* (éd.), *Mélanges à la mémoire de Bernard Corboz*, Genève/Zurich/Bâle 2019, p. 23 s.

<sup>49</sup> FF 2019 6402, 6443 s.

<sup>50</sup> TPF, BE.2019.12 du 3 décembre 2019, c. 2.1; TPF, BE.2013.10 du 21 novembre 2013, c. 2; TPF, BE.2012.4 du 11 juillet 2012, c. 2.

#### 4. La non-pertinence du lieu de situation des documents

Il n'est maintenant plus contesté que la mise sous scellés peut être demandée indépendamment du lieu de situation des documents litigieux, ce qui résulte expressément, en matière de séquestre, de l'art. 264 CPP<sup>51</sup>. La protection ne couvre en effet non pas le support de données en tant que tel, mais son contenu<sup>52</sup>. Dans le cas, déjà mentionné plus haut<sup>53</sup>, de l'intermédiaire financier poursuivi pour violation de l'obligation de communiquer, le DFF avait obtenu de la FINMA des annexes du rapport d'enquête menée par les avocats au sein de la banque. Or, tant le rapport que les annexes faisaient alors l'objet d'une procédure de scellés. Le Tribunal pénal fédéral a jugé que le procédé revenait à contourner cette procédure et violait l'interdiction de l'abus de droit (cf. art. 3 al. 2 let. b CPP)<sup>54</sup>. Dans la même optique, le Tribunal fédéral a récemment reconnu que la remise d'un dossier par la FINMA au Ministère public sur la base de l'entraide entre autorités prévue aux art. 194 CPP et 38 LFINMA pouvait faire l'objet d'une procédure de scellés<sup>55</sup>. Que les documents litigieux se trouvent entre les mains de la FINMA, de l'intermédiaire financier ou du détenteur du secret – par exemple l'avocat – n'a donc pas d'incidence pour la mise sous scellés. Autre est ensuite la question de savoir, si au stade de la levée des scellés, ceux-ci seront maintenus<sup>56</sup>.

A contrecourant de la jurisprudence du Tribunal pénal fédéral<sup>57</sup>, le Tribunal fédéral a laissé entendre, sous forme d'*obiter dictum*, que le lieu de situation des documents pourrait continuer à être pertinent en procédure pénale administrative<sup>58</sup>. Une telle position, qui permettrait, par exemple, de saisir entre les mains d'un prévenu des pièces couvertes par le secret professionnel du seul fait que les documents ne se

trouvent pas dans la sphère d'influence de l'avocat, ne peut manifestement pas être suivie. L'art. 46 al. 3 DPA, introduit le 1<sup>er</sup> mai 2013, est d'ailleurs censé reprendre le contenu de l'art. 264 al. 1 let. a et d CPP<sup>59</sup>. L'absence de mention, dans cette disposition, du caractère non pertinent du lieu de situation des documents, ne doit pas être interprétée comme un silence qualifié du législateur<sup>60</sup>. La position inverse ne nous semble en outre guère faire de sens à partir du moment où l'on admet que la qualité pour demander les scellés s'étend à toute personne disposant d'un intérêt juridiquement protégé<sup>61</sup>.

#### V. Deux remarques conclusives

La pratique récente en matière de scellés tend à un alignement de la procédure pénale administrative sur la procédure pénale. La « mise à niveau » doit se poursuivre. Aucune raison ne justifie que les règles qui régissent la mise sous scellés en droit pénal administratif se distinguent de celles applicables en procédure pénale ordinaire<sup>62</sup>. Une différence de traitement est d'autant plus problématique si l'on imagine qu'une même situation peut donner lieu à la conduite parallèle d'une procédure pénale ordinaire et d'une procédure pénale administrative, par exemple l'une pour blanchiment d'argent (art. 305<sup>bis</sup> CP), l'autre pour violation de l'obligation de communiquer (art. 37 LBA). L'obsolescence manifeste de la DPA, couplée à son importance pratique, plaide pour une interprétation évolutive de celle-ci.

En ce qui concerne les motifs qui ouvrent la voie à une procédure de scellés, la loi est formulée de manière large. A juste titre, les tribunaux ne leur confèrent pas la même valeur. Des précisions jurisprudentielles quant à la portée réelle des divers griefs qui peuvent être invoqués à l'appui d'une demande de mise sous scellés et, qui, ensuite, justifient leur maintien, seraient bienvenues.

<sup>51</sup> Cf. ATF 140 IV 108, c. 6, JdT 2015 IV 13 (en matière de secret des médias) ; cf. pour l'ancienne jurisprudence, ATF 117 Ia 341, c. 6c ; ATF 114 III 105, c. 3b ; TF, 1B\_101/2008 du 28 octobre 2008, c. 4.4.1.

<sup>52</sup> TPF, BV.2019.2 du 15 avril 2019, c. 4.2.3.

<sup>53</sup> Cf. III *supra*.

<sup>54</sup> TPF, BV.2019.2 du 15 avril 2019, c. 4.2.4.

<sup>55</sup> TF, 1B\_268/2019 du 25 novembre 2019, c. 2.

<sup>56</sup> Cf. IV.2 *in fine supra*.

<sup>57</sup> Cf. TPF, BV.2019.2 du 15 avril 2019, c. 4.2.3 ; TPF, BV.2018.29 du 26 février 2019, c. 2.5 ; cf. aussi, TPF, BE.2011.6 du 27 mars 2012, c. 4.2.1.2.

<sup>58</sup> TF, 1B\_158/2019 du 25 juillet 2019, c. 2.3.

<sup>59</sup> FF 2011 7509, 7516 ; cf. aussi TPF, BV.2018.29 du 26 février 2019, c. 2.5 ; TPF, BE.2018.10 du 29 octobre 2019, c. 7.2.

<sup>60</sup> Comparer : TF, 6B\_158/2019 du 25 juillet 2019, c. 2.3.

<sup>61</sup> Cf. aussi Keller, in : Donatsch/Hansjakob/Lieber (éd.), StPO-Komm., 2<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2014, Art. 248 N 6.

<sup>62</sup> Dans le même sens, Graf (n. 11), p. 558.