

ENTRAIDE JUDICIAIRE EN MATIÈRE PÉNALE

Corinne CORMINBOEUF HARARI

Film

ENTRAIDE JUDICIAIRE EN MATIÈRE PÉNALE ET MISE SOUS SCHELLÉS

A. PRINCIPES DÉCOULANT DE LA JURISPRUDENCE DU TRIBUNAL FÉDÉRAL RENDUE EN 2000 ET 2001

En matière de procédure pénale comme en entraide, la procédure de mise sous scellés vise à permettre la sauvegarde de secrets privés ou professionnels par hypothèse prépondérants aux besoins de l’instruction. Elle entraîne en principe l’interdiction pour l’autorité de poursuite (respectivement l’autorité de l’exécution de l’entraide) de consulter les documents saisis avant que les « scellés » n’aient par hypothèse été levés par un tribunal appelé à peser les intérêts en présence.

Dans un arrêt du 17 novembre 2000¹, le Tribunal fédéral a été amené à examiner en détail la portée de la procédure de mise sous scellés en

¹ ATF 126 II 495 = JdT 2004 IV p. 138.

matière d'entraide internationale sous l'angle du nouveau texte de l'EIMP dont la révision était entrée en force le 1^{er} février 1997.

Le Tribunal fédéral y retenait que la procédure de levée des scellés – dont le principe découlait alors de l'art. 69 PPF par renvoi de l'art. 9 aEIMP – est certes régie en premier lieu par le droit de procédure pénale. Cette procédure détermine néanmoins l'étendue de l'entraide qui peut en définitive être octroyée. Dans cette mesure, elle constitue donc une «partie» de la procédure d'entraide judiciaire et la décision rendue dans ce contexte doit être considérée comme une décision «incidente»².

Le Tribunal fédéral examinait ensuite³ la question de savoir si la décision de levée de scellés est susceptible, sous l'angle de l'art. 80e let. b EIMP, de donner lieu à un recours immédiat⁴. Il s'agissait de déterminer *in casu* si l'atteinte au secret professionnel de l'avocat était susceptible de constituer une situation supplémentaire à celles énumérées expressément à l'art. 80e let. b EIMP et si, partant, il y avait lieu de combler une lacune improprement dite du texte légal. À l'issue d'une pesée des intérêts en présence, le Tribunal fédéral répondait par la négative, en raison du principe de la célérité voulu par le législateur lors de la modification de l'EIMP⁵. Le Tribunal fédéral rappelait que l'autorité d'exécution est en toute hypothèse soumise au secret de fonction de sorte qu'elle n'est pas autorisée, durant la procédure d'exécution, à communiquer aux autorités étrangères les informations obtenues avant qu'une décision finale susceptible de recours n'ait été prononcée. Pour le reste, la décision incidente de levée des scellés, si elle n'est susceptible d'aucun recours immédiat, était en revanche attaquantable à l'issue de la procédure d'entraide, simultanément au recours formé contre la décision finale de clôture (art. 80e let. a et 80f

² *Ibidem* c. 3.

³ *Ibidem* c. 4.

⁴ Depuis la révision de l'EIMP, le 1^{er} février 1997, les moyens de recours immédiats contre les décisions incidentes rendues dans le cadre d'une procédure d'entraide judiciaire en matière pénale sont strictement limités par les termes de l'art. 80e EIMP et par l'interprétation qu'en donne le Tribunal fédéral. Selon sa jurisprudence, l'énumération des cas dans lesquels une décision incidente peut être attaquée de façon indépendante est en principe exhaustive. Elle porte, en cas de préjudice immédiat et irréparable, uniquement sur les deux hypothèses suivantes (1) la saisie d'objets de valeur ou (2) la présence de personnes qui participent à la procédure à l'étranger.

⁵ ATF 126 II 495 = JdT 2004 IV p. 138 c. 5e.

1^{er} al. EIMP)⁶. Enfin, le Tribunal fédéral relevait une exception notable au principe de l'absence de recours contre la décision de levée des scellés, soit le cas où les représentants de l'autorité étrangère se voient accorder le droit de participer à la procédure d'entraide. Un préjudice immédiat et irréparable au sens de l'art. 80e let. b ch. 2 EIMP est alors susceptible d'être réalisé, de sorte que dans cette hypothèse un recours immédiat contre la décision de levée de mise sous scellés est envisageable⁷.

Cet arrêt de principe était suivi d'un second, le 13 mars 2001⁸. Le Tribunal fédéral y soulignait l'importance dans la procédure d'entraide des règles en matière d'apposition et de levée des scellés et son corollaire à savoir l'impossibilité sous l'angle du principe de la proportionnalité – dont le Tribunal fédéral soulignait l'importance cruciale – de procéder à la transmission de documents à l'autorité étrangère sans levée préalable des scellés.

B. ENTRÉE EN FORCE DU CPP LE 1^{ER} JANVIER 2011

Les principes précités n'ont pas été remis en cause après l'entrée en force du nouveau Code de procédure pénale le 1^{er} janvier 2011 et en particulier à la lumière de l'article 248 CPP lequel régit désormais la procédure en matière de scellés en procédure pénale, comme en procédure d'entraide, compte tenu du renvoi de l'art. 9 deuxième phrase EIMP, selon lequel les articles 246 à 248 CPP s'appliquent par analogie à la perquisition de documents et à leur mise sous scellés dans le cadre de la procédure d'entraide⁹.

Un certain nombre de règles supplémentaires résulte toutefois de la jurisprudence abondante rendue par le Tribunal fédéral ces quatre dernières années, jurisprudence sur laquelle il y a lieu de se pencher dans la mesure où, même rendue en matière de procédure pénale nationale, elle est susceptible de s'appliquer en matière d'entraide.

⁶ ATF 126 II 495 = JdT 2004 IV p. 138 c. 5e/dd.

⁷ *Ibidem* c. 5.

⁸ ATF 127 II 151.

⁹ En revanche, l'art. 69 PPF exclusivement continue de régir la procédure de scellés dans les causes relevant du droit pénal administratif (ATF 139 IV 246 = JdT 2014 IV 85).

C. MOTIFS POUVANT JUSTIFIER UNE MISE SOUS SCÉLLÉS

Tout d'abord, la liste des motifs que le requérant peut invoquer et rendre vraisemblable au stade de sa requête de mise sous scellés a été dressée de manière relativement large par la jurisprudence récente, ce sur la base du texte de l'art. 248 CPP. Font partie de ces motifs : le secret professionnel de l'avocat¹⁰ et le secret de celui qui invoque le droit de refuser de déposer, respectivement de témoigner¹¹, deux cas expressément prévus par le texte légal. Il en va toutefois de même, selon la jurisprudence, de celui qui invoque son propre intérêt au maintien d'un secret quel qu'il soit, privé ou professionnel¹². Dans ce contexte peut être invoquée au titre des « autres motifs » prévus par l'art. 248 CPP, la violation du principe de la proportionnalité¹³. Dans un arrêt du 20 juin 2014¹⁴, le Tribunal fédéral a retenu qu'une saisie de documents portant sur une période manifestement postérieure à la période pénale pertinente constituait une violation du principe de la proportionnalité et de l'interdiction des *fishing expeditions* devant conduire à un refus de levée de scellés. Enfin, le bénéfice d'immunités et privilèges découlant de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques ou d'autres conventions ou traités similaires constitue également un motif, au sens de l'art. 248 al. 1 CPP, permettant de requérir les scellés¹⁵.

En parallèle, le Tribunal fédéral a souligné la nécessité, pour le juge de la levée des scellés, même lorsque la masse de données est importante, d'éliminer les objets « manifestement dénués de pertinence » pour l'enquête en cours¹⁶. Le fardeau de démontrer la pertinence des documents ou objets pour l'enquête en cours repose sur les épaules de l'autorité de poursuite (respectivement de l'autorité d'exécution en matière d'entraide). Dans ce contexte, le Tribunal des mesures de contrainte peut s'adjoindre – si nécessaire – le concours d'enquêteurs pour procéder au tri et recueillir des renseignements écrits auprès des autorités d'enquête

¹⁰ Cf. notamment ATF 1B_309/2012 c. 5.11 publié in PRA 2013 n° 19 p. 157.

¹¹ ATF 1B_136/2012 du 25 septembre 2012 c.4.4.

¹² ATF 1B_567/2012 du 26 février 2013 c.1.1, cf. également ATF 140 IV 28 = JdT 2014 IV 206 c. 3.4.

¹³ ATF 1B_360/2013 c. 2.2 et références citées.

¹⁴ ATF 1B_120/2014 du 20 juin 2014.

¹⁵ ATF du 20 décembre 2013 publié in SJ 2014 I p. 237.

¹⁶ ATF 138 IV 225 = JdT 2014 IV p. 24 c. 7.1.

afin d'acquiescer une meilleure vision des besoins en présence. Par ailleurs, les personnes ayant sollicité la mise sous scellés ont une obligation procédurale d'assister le tribunal des mesures de contrainte dans l'examen et le classement des documents¹⁷.

D. QUALITÉ POUR REQUÉRIR LA MISE SOUS SCELLÉS

La qualité pour requérir la mise sous scellés a par ailleurs été considérablement élargie par la jurisprudence. Avant l'entrée en force du nouveau CPP, seul le détenteur des documents réclamés était autorisé à solliciter leur mise sous scellés à l'exclusion de toute autre personne intéressée¹⁸. Depuis un arrêt du 25 novembre 2013, le droit de demander la mise sous scellés selon l'art. 248 al. 1 CPP a été considérablement élargi. Sont désormais légitimées à demander la mise sous scellés, les personnes qui ont un intérêt juridiquement protégé au maintien du secret des documents indépendamment de leur maîtrise effective sur ceux-ci¹⁹. En outre, il appartient à l'autorité pénale de s'assurer que les bénéficiaires de ce droit de procédure peuvent l'exercer à temps et de manière efficace. De ce fait, avant une mise en sûreté, elle doit au moins entendre le détenteur quant à un éventuel motif de mise sous scellés (art. 247 al. 1 CPP). Après la réception, respectivement la mise sous sûreté, mais avant la perquisition elle doit assurer le droit d'être entendu à d'autres ayants droit (art. 107 CPP) et leur accorder la possibilité de déposer une demande de mise sous scellés.²⁰ Cette jurisprudence n'est pas sans entraîner un certain nombre d'interrogations, en particulier en matière d'entraide.

Par exemple, s'il apparaît indiscutable que le titulaire d'un compte bancaire a désormais qualité pour solliciter la mise sous scellés de documents bancaires produits par l'établissement bancaire concerné dans une procédure pénale nationale comme dans une procédure d'entraide, la question se pose de savoir s'il en va de même du prévenu, par ailleurs ayant droit économique du compte bancaire concerné. Il est manifeste à la lecture de l'arrêt du 25 novembre 2013 que celui-ci dispose également

¹⁷ ATF 137 IV 189 c. 5.1.2 = JdT 2012 IV 90; ATF 138 IV 225 = JdT 2014 IV p. 24 c. 7.1.

¹⁸ ATF 127 II 151 c. 3c/aa et références citées.

¹⁹ ATF 140 IV 28 = JdT 2014 IV, p. 206 c. 4.3.4.

²⁰ *Ibidem* c. 4.3.5.

de la qualité pour solliciter la mise sous scellés de documents bancaires saisis en mains de tiers. L'on devine toutefois bien la contradiction à laquelle une telle formule aboutit en matière d'entraide, si l'on se souvient que dans ce domaine la jurisprudence nie de manière générale à l'ayant droit économique la qualité pour recourir contre des mesures concernant un compte bancaire²¹. La jurisprudence rendue en matière de scellés serait-elle susceptible de conduire à un élargissement de la qualité pour recourir en matière d'entraide, telle qu'elle découle des articles 80h EIMP et 9a OEIMP? La question peut légitimement se poser.

La concrétisation des droits découlant de l'art. 248 CPP pourrait par ailleurs être affaiblie par la possibilité donnée aux autorités pénales de solliciter du détenteur la remise de documents en assortissant cette mesure d'une interdiction de communiquer. Selon le Tribunal fédéral, la requête de mise sous scellés doit en principe être formée immédiatement, soit en relation temporelle directe avec la mesure coercitive, et doit en principe coïncider avec l'exécution de la perquisition ou intervenir au plus tard quelques heures après la perquisition afin de permettre à la personne visée de se faire conseiller par un avocat²². Tardive, une demande de mise sous scellés ne répond en effet plus au but même des scellés, à savoir empêcher l'autorité pénale de prendre connaissance du contenu des documents ou objets visés par la mesure²³. On devine ici la faille: il suffirait pour l'autorité d'exécution d'assortir son ordonnance de séquestre d'une interdiction de communiquer pour refuser la requête de mise sous scellés présentée ultérieurement par une personne intéressée autre que le détenteur et contourner ainsi les exigences découlant de l'art. 248 CPP. La question de savoir comment l'autorité pénale doit procéder lorsque le séquestre est assorti d'une interdiction de communiquer, soit dans la situation où la personne intéressée, non informée, n'est tout simplement pas en position de requérir la mise sous scellés, n'a pas été examinée dans l'arrêt du 25 novembre 2013 et a finalement été

²¹ En l'état de la jurisprudence fédérale, sous réserve de la situation où la société titulaire du compte a été dissoute, la qualité pour recourir contre des décisions en matière d'entraide appartient à cette dernière uniquement (ATF 123 II 153; Arrêt du Tribunal fédéral du 3 octobre 2012 1C_370/2012).

²² Cf. notamment arrêts du TF 1B_322/2013 du 20 décembre 2013 c. 2.1 et 1B_546/2012 du 23 janvier 2013, c.2.3.

²³ Arrêt 1B_320/2012 du 14 décembre 2012 c. 4.1.2 et 5.3 et références citées.

laissée ouverte par le Tribunal pénal fédéral dans une décision du 22 décembre 2014²⁴. À cet égard, le Tribunal pénal fédéral a toutefois relevé que dans ce type de situation, rien n'empêchait le détenteur (*in casu* la banque) de requérir lui-même la mise sous scellés des documents²⁵, ajoutant même qu'il pourrait être de son devoir d'agir ainsi²⁶.

E. JURIDICTIONS COMPÉTENTES POUR FONCTIONNER EN TANT QUE TRIBUNAL DES MESURES DE CONTRAINTES EN MATIÈRE D'ENTRAIDE

Dans le contexte de la mise en œuvre de l'art. 248 CPP en matière d'entraide²⁷, la désignation de l'autorité compétente pour intervenir en tant que Tribunal des mesures de contrainte chargé de la levée des scellés au sens de l'art. 248 al. 3 CPP est désormais réglée comme suit :

- lorsque la procédure d'entraide est conduite par une autorité d'exécution cantonale, c'est le Tribunal des mesures de contrainte cantonal (art. 18 al. 1^{er} CPP) qui est compétent pour procéder à la levée des scellés ;
- lorsque le Ministère public de la Confédération est en charge d'une procédure d'entraide, et faute d'un Tribunal des mesures de contrainte fédéral, c'est le Tribunal des mesures de contrainte du Canton où le Ministère public de la Confédération a son siège ou une antenne, qui doit statuer sur les mesures de contrainte mentionnées à l'art. 18 al. 1^{er} CPP, le tribunal du lieu où est menée la procédure étant compétent (art. 65 al. 1 et 2 LOAP) ;
- lorsque la procédure d'entraide est déléguée à la Direction générale des douanes en vertu de l'art. 79 al. 2 EIMP, la Cour des plaintes du

²⁴ Décision du TPF du 22 décembre 2014, cause BB.2014.147.

²⁵ Le Tribunal pénal fédéral retient alternativement que la banque pourrait remettre elle-même les documents sous scellés se référant à sa propre jurisprudence publiée in TPF 2009 p. 1. Une telle manière de voir semble toutefois difficilement conciliable avec la jurisprudence du Tribunal fédéral, telle qu'elle découle notamment de l'ATF 127 II 151 c. 3c/aa.

²⁶ Le Tribunal pénal fédéral citait notamment en ce sens ISENRING/KESSLER, *Strafprozessuale «Bank-Editionen» : die Rechtlosigkeit des Kontoninhabers und der beschuldigten Person*, PJA 2012, p. 322 et ss, p. 331.

²⁷ Cf. notamment ATF 138 IV 40 = JdT 2013 IV, p. 3 c. 2.2.1 et c.2.2.2.

Tribunal pénal fédéral est compétente pour statuer sur une demande de levée de scellés.²⁸

F. VOIES DE RECOURS

Depuis l'entrée en force du CPP, dans le cadre de procédures pénales suisses, la décision du Tribunal des mesures de contrainte est immédiatement attaquable auprès du Tribunal fédéral sur la base de l'art. 80 al. 2 LTF²⁹.

En matière d'entraide, une telle possibilité de recours direct auprès du Tribunal fédéral a en revanche été niée en faveur du Tribunal pénal fédéral³⁰. Le principe de l'absence d'un recours immédiat contre la décision incidente de levée des scellés a toutefois été confirmé par le Tribunal fédéral le 6 janvier 2012³¹, sur la base des principes découlant des arrêts rendus en 2000 et 2001 précités³², de sorte qu'un tel recours ne peut – aujourd'hui encore – être formé qu'au stade de la clôture de la procédure d'entraide. Dans ce contexte, certaines questions se posent néanmoins.

Quid en matière d'entraide d'un recours immédiat de la part de l'autorité d'exécution contre la décision du Tribunal des mesures de contrainte refusant la levée des scellés? Cette possibilité ne semble pas avoir été envisagée par la jurisprudence mais ne devrait pas pouvoir être écartée aisément.

Quid par ailleurs, du refus de l'autorité d'exécution de procéder à la mise sous scellés de documents en violation des principes qui précèdent?

²⁸ ATF 138 IV 40 = JdT 2013 IV p. 3 c. 2.2 – À noter que cette jurisprudence nécessite la mise en place d'une organisation particulière au sein du Tribunal pénal fédéral de manière à pouvoir assurer cette tâche en conformité avec le droit constitutionnel et en particulier à veiller à ce que des magistrats différents statuent dans le cadre de la procédure de levée des scellés, d'une part et dans la procédure de recours au fond contre la décision de clôture, d'autre part. (c. 2.3.2).

²⁹ Et non auprès de la Chambre pénale de recours (arrêt du Tribunal fédéral du 20 juin 2014, 1B_120/2014 c. 1.1 et références citées).

³⁰ Arrêts du Tribunal fédéral des 16 janvier 2012, 1B_563/2011 c. 2.3 et 2 février 2012, 1B_562/2011 c. 1.4.

³¹ ATF 138 IV 40 = JdT 2013 IV p. 3 c. 2.3.1.

³² Seule demeure donc susceptible d'un recours immédiat auprès du Tribunal pénal fédéral la décision de levée de scellés intervenant dans une situation où l'autorité requérante a obtenu de participer à la procédure d'entraide (cf. *supra*).

Dans le cadre d'une procédure pénale nationale, un recours contre un tel refus, fondé sur les articles 393 et ss CPP, a été admis par le Tribunal pénal fédéral statuant comme Chambre pénale de recours dans les procédures menées par le Ministère public de la Confédération³³ et semble par ailleurs découler des considérations contenues dans la jurisprudence du Tribunal fédéral³⁴. En matière d'entraide, le Tribunal pénal fédéral a en revanche retenu, dans un arrêt du 15 janvier 2015³⁵, qu'il n'existait aucune voie de recours immédiate pour s'en plaindre, ce principe découlant selon lui directement de l'art. 80e EIMP et de la jurisprudence du Tribunal fédéral dans les arrêts de 2000 et 2001³⁶. L'on devine ici l'insécurité qu'une telle absence de recours est susceptible de générer. Quelques semaines après cette première décision, le Tribunal pénal fédéral le réalisait lui-même dans le cadre d'un dossier où l'autorité d'exécution avait dans un premier temps nié l'existence des scellés en matière d'entraide, pour ne l'admettre – et octroyer finalement les scellés sollicités – que dans un second temps, après le dépôt d'un recours par le requérant. Dans ce contexte, le Tribunal pénal fédéral, tout en relevant le caractère irrecevable du recours au vu de la jurisprudence précitée, retenait néanmoins que seul le dépôt du recours formé par le titulaire du compte avait finalement conduit à l'octroi des scellés, raison pour laquelle il convenait de statuer sans frais³⁷.

Au vu de ces quelques considérations, nul doute que la problématique de la mise sous scellés – dans les procédures pénales nationales comme en matière d'entraide – est susceptible de donner lieu à de nouvelles jurisprudences dans les mois à venir. À suivre donc.

³³ Cf. par exemple une décision du 22 décembre 2014, BB.2014.147.

³⁴ Cf. notamment ATF 1B_360/2013 du 24 mars 2014 c. 2.2 dernière phrase.

³⁵ Arrêt du Tribunal pénal fédéral du 15 janvier 2015, cause RR.2014.280. Le recours formé auprès du Tribunal fédéral contre cet arrêt a été déclaré irrecevable au motif qu'une décision incidente ne peut par nature pas remplir la condition d'un « cas important » au sens de l'art. 84 LTF (arrêt du TF du 7 avril 2015, 1C_65/2015).

³⁶ Cf. *supra*.

³⁷ Arrêt du Tribunal pénal fédéral du 18 mars 2015, cause RR.2015.74.