

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/5272/2015

ACPR/391/2017

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du mercredi 14 juin 2017

Entre

**A** \_\_\_\_\_ **S.A.** ayant son siège \_\_\_\_\_, comparant par M<sup>es</sup> Carlo LOMBARDINI et Garen UCARI, avocats, Etude Poncet Turrettini, rue de Hesse 8-10, case postale 5715, 1211 Genève 11,

recourante

contre les ordonnances rendues les 19 et 20 avril 2017 par le Ministère public,

et

**B** \_\_\_\_\_, domicilié \_\_\_\_\_, comparant par M<sup>c</sup> Nicolas Mossaz, avocat, Ochsner & Associés, place de Longemalle 1, 1204 Genève,

**LE MINISTÈRE PUBLIC** de la République et canton de Genève, route de Chancy 6B, 1213 Petit-Lancy - case postale 3565, 1211 Genève 3,

intimés

---

**EN FAIT :**

- A. a.** Par acte déposé au greffe le 1<sup>er</sup> mai 2017, A\_\_\_\_\_S.A., partie plaignante, recourt contre les ordonnances rendues les 19 et 20 avril 2017, notifiées par messagerie électronique, par lesquelles le Ministère public a refusé de placer sous scellés des données relatives aux communications électroniques de B\_\_\_\_\_ dont il avait ordonné le dépôt le 2 mars 2017.

La recourante conclut à l'annulation de ces décisions et à l'injonction au Ministère public de placer sous scellés les données concernées et se conformer à l'avenir à l'art. 80 al. 2 CPP. Préalablement, elle demande l'effet suspensif, en ce sens que les données à sceller ne seront pas exploitées avant droit connu sur le recours.

- b.** Par ordonnance du 2 mai 2017, la Direction de la procédure a accordé l'effet suspensif (OCPR/27/2017).

- B.** Les faits pertinents suivants ressortent de la procédure :

**a.** C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_ sont prévenus de gestion déloyale (art. 158 CP), abus de confiance (art. 138 CP), escroquerie (art. 146 CP) et faux dans les titres (art. 251 CP) pour avoir, comme administrateur et/ou gérant de fortune de E\_\_\_\_\_S.A., société à laquelle des avoirs substantiels avaient été confiés en gestion, à tout le moins depuis l'automne de l'année 2012, procédé à des investissements spéculatifs, non couverts par les mandats de gestion et ayant provoqué d'importantes pertes pour tout ou partie de la clientèle, pour avoir caché ces pertes par de faux états de situation et pour avoir falsifié les signatures sur des instructions de transferts de liquidités et des instructions d'investissement, dans le but, notamment, de rembourser certains clients au détriment d'autres ou pour s'enrichir personnellement.

F\_\_\_\_\_, gestionnaire chargé au sein de A\_\_\_\_\_S.A. des relations avec E\_\_\_\_\_, est prévenu de défaut de vigilance en matière d'opérations financières (art. 305<sup>ter</sup> alinéa 1 CP), pour avoir omis de vérifier, avec la vigilance que requéraient les circonstances, l'identité de l'ayant droit économique de sociétés titulaires de comptes et liées à E\_\_\_\_\_, en particulier aux prévenus précités.

Son assistant était B\_\_\_\_\_.

**b.** Selon le Ministère public, l'instruction sera étendue au blanchiment d'argent (art. 305<sup>bis</sup> CP), tant à l'encontre de F\_\_\_\_\_ que d'autres employés de A\_\_\_\_\_S.A. Le Ministère public affirme en outre "*sérieusement*" songer à étendre son enquête à A\_\_\_\_\_S.A. elle-même et, éventuellement, à B\_\_\_\_\_, chargé de traiter les instructions de E\_\_\_\_\_, qu'il tient pour un maillon essentiel dans la commission des

infractions, dès lors que, de juillet 2012 à mai 2015, plus de 14'000 messages électroniques avaient été échangés avec E\_\_\_\_\_ depuis son adresse professionnelle.

**c.** Le 2 mars 2017, le Ministère public a ordonné le dépôt (art. 265 CPP) de l'intégralité des données informatiques stockées sur les serveurs de A\_\_\_\_\_S.A. sous l'adresse de courrier électronique de B\_\_\_\_\_ pour la période comprise entre le 1<sup>er</sup> mai 2008 et le 16 avril 2015.

Le 7 mars 2017, A\_\_\_\_\_S.A. a sollicité la mise sous scellés de l'ensemble de ces données, aux motifs qu'elles contiendraient des secrets et données personnelles d'elle-même, d'autres clients que ceux visés par la procédure pénale et d'autres employés; qu'elles comporteraient des communications ne concernant pas les faits de la cause; et que l'ordre de dépôt s'étendait à une période antérieure aux faits susceptibles de recevoir une qualification pénale.

Le 9 mars 2017, B\_\_\_\_\_ a expliqué n'avoir rejoint le département concerné de A\_\_\_\_\_S.A. que courant février 2012. Il a sollicité la mise sous scellés des documents à fournir, aux motifs que les données recherchées contenaient des informations confidentielles portant sur des clients ou gérants n'ayant aucun lien avec la procédure et que de nombreux messages revêtaient un caractère personnel.

Le 10 mars 2017, le Ministère public a ramené le début de la période concernée par l'ordre de dépôt au 1<sup>er</sup> mars 2012.

**d.** Le 10 avril 2017, A\_\_\_\_\_S.A. a fait parvenir au Ministère public quatre supports de données. L'un d'eux, intitulé "*Emails to/from Law Firms*", contiendrait les communications avec des avocats, à l'exception de celles qui concernent un administrateur d'une société touchée. Un autre, intitulé "*Nicht relevanter Rest von B\_\_\_\_\_ Mailbox*", renfermerait des éléments sans pertinence pour l'enquête, soit 93'141 éléments représentant 16.3 Gb.

Il semble ressortir de la correspondance échangée et du mémoire de recours que, en raison de sa demande de scellés, A\_\_\_\_\_S.A. n'a pas fourni les clés de cryptage donnant accès à ces deux disques durs.

**e.** Le 12 avril 2017, B\_\_\_\_\_ a déclaré au Ministère public n'avoir pas de motif propre de mise sous scellés et s'est simplement référé aux déterminations de A\_\_\_\_\_S.A.

**f.** Par les deux décisions attaquées, communiquées par messagerie électronique, le Ministère public a refusé de placer les deux supports précités sous scellés.

**g.** A\_\_\_\_\_S.A. a demandé une notification conforme aux prescriptions légales, alléguant n'avoir jamais accepté de notification par voie électronique. Le Procureur a refusé. Après que les recours eurent été déposés, il a notifié des copies certifiées conformes de ses deux ordonnances.

- C.** Dans les décisions querellées, le Ministère public retient que le détenteur des données ne pouvait pas simplement exciper de son droit à demander des scellés, mais devait, au contraire, rendre vraisemblable l'existence de motifs prévus par la loi. À défaut, un abus de droit pourrait être commis, qui autorisait le Ministère public à refuser de donner suite à la demande. Or, A\_\_\_\_\_S.A. n'avait délibérément pas étayé quel type de secret ou de données personnelles se trouverait dans les fichiers extraits de la boîte aux lettres électroniques de B\_\_\_\_\_. Le peu d'ancienneté de celui-ci dans A\_\_\_\_\_S.A. rendait invraisemblable qu'il eût accès à des secrets d'importance sur le fonctionnement de l'établissement. Les données personnelles de clients non concernés par l'instruction seraient triées par le Ministère public et ne seraient pas versées au dossier. Si le détenteur pouvait, certes, exciper de l'inutilité des données pour l'enquête, cette inutilité n'était pas pour autant un motif de les sceller; la présence de données inutiles était inhérente à tout ordre de dépôt. Quant au secret bancaire, il n'était pas opposable à l'autorité de poursuite pénale; à défaut, celle-ci aurait à saisir le Tribunal des mesures de contrainte de plus de cent demandes de levées de scellés, ce qui revenait à paralyser l'instruction. Or, tel était en réalité le but poursuivi par A\_\_\_\_\_S.A.
- D. a.** À l'appui de son recours, A\_\_\_\_\_S.A. estime irrégulières les notifications des deux décisions attaquées, qu'il avait cependant entreprises dans les 10 jours suivant leur communication par courriels.

Sur le fond, il fait valoir que les cas dans lesquels le ministère public pouvait refuser d'apposer des scellés étaient exceptionnels; à défaut, le ministère public s'arrogerait une compétence dévolue au tribunal des mesures de contrainte. En l'espèce, le Procureur ne pouvait pas valablement affirmer que les données recueillies, auxquelles il n'avait pas encore eu accès, ne seraient pas couvertes par un secret protégé. Au stade du recours contre un refus de scellés, le détenteur n'avait pas à révéler la teneur de ces données, non plus que leurs auteurs ou leurs destinataires. Dès lors que le recours n'était pas ouvert contre l'ordre de dépôt lui-même, ces questions, comprenant aussi celle de l'utilité ou de la pertinence pour la procédure en cours, devaient être débattues devant le juge compétent, soit le Tribunal des mesures de contrainte (ci-après, TMC).

**b.** Le Ministère public propose de rejeter le recours.

S'agissant du support intitulé "*Emails to/from Law Firms*", A\_\_\_\_\_S.A. elle-même avait exclu que du courrier électronique de B\_\_\_\_\_ fût destiné à l'avocat de ce

dernier ou d'elle-même. Pour le reste, elle n'avait pas rendu vraisemblable, y compris au stade du recours, où elle restait muette sur la question, que l'un des motifs prévus à l'art. 248 CPP serait applicable.

S'agissant du support intitulé "*Nicht relevanter Rest von B\_\_\_\_\_ Mailbox*", le défaut de pertinence, comme motif propre de sceller un contenu, n'avait jamais été tranché en jurisprudence. Les interprétations historique, systématique et téléologique de l'art. 248 CPP confirmaient les décisions attaquées, le cas échéant de manière "*définitive*". A\_\_\_\_\_ S.A. devait se plier à la jurisprudence de la Chambre de céans rendue dans la même procédure (ACPR/55/2017), à teneur de laquelle il revenait au ministère public de trier, parmi les données volumineuses, celles qui présentaient un intérêt potentiel pour l'enquête et à les verser au dossier.

- c. B\_\_\_\_\_ déclare faire siens les arguments de A\_\_\_\_\_ S.A.
- d. A\_\_\_\_\_ S.A. a répliqué aux observations du Ministère public.
- e. Le Ministère public a dupliqué.

#### **EN DROIT :**

1. Le recours est recevable pour avoir été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 385 al. 1 et 396 al. 1 CPP), concerner une décision sujette à recours auprès de la Chambre de céans (art. 393 al. 1 let. a CPP; ACPR/25/2016; ACPR/134/2013) et émaner d'une partie destinataire des décisions attaquées, qui, comme telle (art. 105 al. 1 let. f CPP), a qualité pour agir, ayant un intérêt juridiquement protégé à la modification ou à l'annulation de la décision querellée (art. 382 al. 1 CPP).

La question de la validité de la notification électronique est, ici, oiseuse, car les règles de forme ont principalement une fonction de preuve. Si l'accès à la communication est assuré (par un autre biais), il paraît ainsi de moindre importance, voire sans importance, que la forme de la notification – qui tend avant tout à assurer la protection du destinataire (droit à l'information) – puisse être invalide au sens de l'art. 85 al. 2 CPP (ATF 99 IV 50 consid. 3 p. 55; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_390/2013 du 6 février 2014 consid. 2.3.2 et les références citées). Or, la recourante ne conteste pas avoir eu connaissance des décisions attaquées le jour même de leur envoi et a calculé depuis cette date le délai de recours.

2. L'informalité examinée ci-dessus n'ayant pas porté préjudice aux droits de la partie recourante, il n'y a aucune raison – faute d'intérêt juridique actuel et pratique – d'enjoindre au Ministère public de se conformer à l'avenir à la règle, nouvelle depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017 (RO 2016 4660), de l'art. 86 al. 1, 1<sup>ère</sup> phrase, CPP.

3. La recourante estime que, dès lors qu'elle demandait la mise sous scellés des deux supports de données litigieux, le Ministère public n'avait pas à s'arroger le droit de trier lui-même les données utiles à son enquête, mais devait donner suite à sa requête, puis saisir le TMC. Le Ministère public objecte que le défaut de coopération de la recourante montrait que la requête de scellés était abusive et qu'il pouvait, en conséquence, passer outre.

**3.1.** Le recours n'est pas ouvert contre un ordre de dépôt, au sens de l'art. 265 CPP (arrêt du Tribunal fédéral 1B\_136/2012 du 25 septembre 2012 consid. 3.2.).

En effet, selon la systématique de la loi, la procédure de mise sous scellés prévue par l'art. 264 al. 3 CPP s'applique aussi aux décisions ordonnant le dépôt en application de l'art. 265 CPP. Lorsque la personne concernée par l'ordre de dépôt s'oppose à cette mesure – qu'elle invoque son droit de refuser de déposer ou témoigner ou un autre intérêt juridiquement protégé au maintien du secret (*ibid.*) –, c'est la procédure de mise sous scellés qui doit intervenir. Soit l'autorité d'instruction procède à une perquisition provisoire et place les objets concernés sous scellés, soit la personne concernée les remet volontairement à l'autorité d'instruction, qui les place sous scellés et, dans les deux hypothèses, les arguments invoqués pour s'opposer à la mesure seront évalués dans le cadre de la procédure de levée (art. 248 CPP). C'est dans le cadre de cette procédure que doivent être examinés tous les moyens juridiques, quelle qu'en soit la nature, que la personne concernée invoque pour s'opposer à la mesure (arrêt du Tribunal fédéral 1B\_320/2012 du 14 décembre 2012 consid. 3.1. résumé *in* SJ 2013 I 334, et les références citées).

Au cours de cette procédure – devant le tribunal des mesures de contrainte (art. 248 al. 3 let. a CPP), et non devant l'autorité de recours, au sens de l'art. 393 al. 1 let. a CPP –, celui qui se prévaut de son droit de refuser de déposer ou de témoigner ou d'autres motifs (art. 248 al. 1 CPP) peut soulever des arguments en lien avec le motif allégué pour l'apposition des scellés, mais il peut également y invoquer des objections accessoires, telles notamment l'insuffisance des soupçons laissant présumer une infraction, l'absence de pertinence des objets et/ou documents séquestrés pour la procédure pénale, la violation du principe de proportionnalité de la mesure (arrêt du Tribunal fédéral 1B\_360/2013 du 24 mars 2014 consid. 2.2 et les références citées). Quant à la voie du recours de l'art. 393 CPP, elle n'entre en ligne de compte que si les griefs soulevés ne concernent aucun intérêt juridiquement protégé au maintien du secret couvert par les scellés (*ibid.*).

**3.2.** Il résulte de ce qui précède que c'est à juste titre que la recourante ne détaille pas, dans ses écritures de recours, les motifs pour lesquels les scellés devraient être apposés. La Chambre de céans n'a, en effet, aucune compétence en la matière (cf. art. 248 al. 3 let. a CPP et 128 al. 2 let. a LOJ). En revanche, elle peut et doit examiner les griefs qui ne touchent pas directement au secret qu'il y aurait lieu de

protéger. En l'espèce, il s'agit donc bien d'examiner si la recourante se prévaut à bon droit ou, au contraire, abusivement de son droit d'invoquer l'art. 248 CPP. L'ordonnance invoquée dans ce contexte par le Ministère public (OCPR/18/2017) a trait non pas à une problématique de scellés, mais de recours contre un ordre de dépôt (plus exactement, d'effet suspensif à accorder à un tel recours).

**3.3.** Dans le cadre d'un recours contre un déboutement d'effet suspensif par l'autorité cantonale, le Tribunal fédéral a jugé (arrêt 1B\_464/2012 du 7 mars 2013 consid. 3) que la protection provisoire qu'offrait l'effet suspensif en matière de scellés ne pouvait être refusée, à titre exceptionnel, que si la partie qui demandait les scellés abusait manifestement de son droit et si la situation procédurale (cf. consid. 6.2.) apparaissait limpide dès avant la décision à intervenir (que ce soit celle de l'autorité de levée des scellés ou de l'autorité de recours).

Or, à supposer ces principes transposables sans autre en l'espèce – où l'effet suspensif a été accordé –, les éléments à l'appui d'un abus de la part de la recourante ne sont pas manifestes.

Sans avoir à prendre connaissance des données elles-mêmes ni empiéter sur les compétences propres à l'autorité judiciaire expressément désignée à cette fin (art. 248 al. 3 let. a CPP), on ne voit pas en quoi la démarche suivie par la recourante, en exécution de l'ordre de dépôt du 2 mars 2017, relèverait en tant que telle d'un abus de droit. La loi requiert uniquement que l'intéressé fasse valoir son droit de refuser de déposer ou de témoigner ou d'autres motifs ("*blosse Geltendmachung*" : *Strafprozessordnung / Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar StPO/JStPO*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2014, n. 1 ad art. 248). La recourante s'est livrée à un pré-tri en regroupant toutes les données échangées pendant la période voulue sur quatre supports distincts, qu'elle a intitulés et dont deux sont litigieux. Que le Ministère public éprouve un doute sur l'affirmation contenue dans le titre de l'un de ces deux supports – soit le défaut de pertinence des données qui y ont été transférées – ne change rien au fait que l'examen de cette question ne lui appartient pas. Il est vrai que, lorsque les documents à sceller sont très nombreux ou très complexes, leur détenteur a l'obligation de désigner ceux qui, de son point de vue, sont sans pertinence (ATF 138 IV 225 consid. 7.1 p. 229). Mais cette obligation ne naît que devant l'autorité compétente pour en connaître, qui n'est pas le ministère public, mais le tribunal des mesures de contrainte.

La faculté qui pourrait être reconnue au ministère public d'examiner sommairement et brièvement une masse considérable de documents saisis, avant qu'il ne les scelle, ne peut en aucun cas permettre une prise de connaissance, à ce stade, de secrets protégés (N. SCHMID, *Schweizerische Strafprozessordnung : Praxiskommentar*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2013 n. 5 ad art. 248; M. NIGGLI / M. HEER / H. WIPRÄCHTIGER (éds), *op. cit.*, n. 13 ad art. 248). Cette faculté est d'autant moins défendable en

l'espèce qu'il ne s'agirait pas d'un pré-tri visant à restituer aux ayants droit des documents ou enregistrements originaux dont ils auraient besoin par ailleurs.

**3.4.** La paralysie des investigations complexes, que semble redouter le Ministère public, paraît davantage liée en l'espèce à l'extension temporelle qu'il a lui-même tracée, qui reste vaste même corrigée, qu'aux objections que lui oppose la recourante. Il est probable que, si cette autorité et cette partie s'étaient préalablement accordées sur les mots-clés destinés à permettre l'exploitation des données récoltées, la crainte de "*centaines*" de demandes de levées de scellés eût été sensiblement atténuée. Mais on ne voit pas en quoi le risque de stagnation redouté par le Ministère public serait moindre s'il effectuait lui-même le tri nécessaire. Ce risque ne saurait en tout cas pas justifier l'atteinte à des secrets, ou à des intérêts privés, strictement protégés par la loi.

**3.5.** Pour le surplus, la décision rendue dans la présente procédure par la Chambre de céans sur la préservation de la confidentialité de certaines données séquestrées (ACPR/55/2017) n'est d'aucun secours au Ministère public. Les données récoltées l'avaient été à l'occasion d'une perquisition, et aucun détenteur ou tiers touché n'avait demandé, en tout cas pas en temps utile (cf. le consid. 2.3. de l'arrêt), de faire apposer des scellés sur les supports. C'est dans cette configuration-là qu'il incombait au Ministère public de restreindre l'accès au dossier pendant le temps nécessaire à son analyse des données et de prendre ensuite les mesures nécessaires pour la protection des tiers.

- 4.** De ce qui précède, il résulte que le recours est fondé et doit être admis. Les ordonnances attaquées seront annulées. La cause sera renvoyée au Ministère public (art. 397 al. 2 CPP) pour qu'il procède sans délai à la mise sous scellés des deux disques durs litigieux ou, s'il n'a pas accès à leurs contenus parce qu'il ne dispose pas des clés de cryptage, pour qu'il saisisse le TMC (art. 248 al. 2 CPP), sur le mode apparemment déjà usité à l'occasion d'une précédente mise sous scellés intervenue dans cette procédure (cf. la décision du TMC STMC/2/2017 du 10 février 2017).
- 5.** Il n'est pas perçu de frais (art. 428 al. 4 CPP).
- 6.** La recourante, partie plaignante, a conclu à des dépens. Faute d'avoir chiffré cette prétention, il ne peut être entré en matière (art. 433 al. 2, 2<sup>e</sup> phrase, et 436 al. 1 CPP).

\* \* \* \* \*

**PAR CES MOTIFS,  
LA COUR :**

Admet le recours, dans la mesure où il est recevable, annule les ordonnances attaquées et renvoie la cause au Ministère public, au sens des considérants.

Laisse les frais de la procédure de recours à la charge de l'État.

Notifie le présent arrêt ce jour, en copie, à la recourante (soit, pour elle, ses conseils), à B \_\_\_\_\_ (soit, pour lui, son défenseur) et au Ministère public.

**Siégeant :**

Madame Corinne CHAPPUIS BUGNON, présidente; Monsieur Christian COQUOZ et Madame Daniela CHIABUDINI, juges; Monsieur Julien CASEYS, greffier.

Le greffier :

Julien CASEYS

La présidente :

Corinne CHAPPUIS BUGNON

**Voies de recours :**

*Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière pénale au sens de l'art. 78 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110); la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 78 à 81 et 90 ss LTF. Le recours doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué.*

*Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14. Les mémoires doivent être remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF).*