Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

1B 90/2016

Arrêt du 8 septembre 2016

Ire Cour de droit public

Composition
MM. les Juges fédéraux Fonjallaz, Président,
Merkli, Eusebio, Chaix et Kneubühler.
Greffière : Mme Kropf.

Participants à la procédure
1. A._____,
2. C._____ Inc.,
tous les deux représentés par
Me Pierre de Preux, avocat,
recourants,

contre

Ministère public de la République et canton de Genève, route de Chancy 6B, 1213 Petit-Lancy.

Objet
Procédure pénale; levée de scellés,

recours contre la décision du Tribunal des mesures de contrainte de la République et canton de Genève du 5 février 2016.

Faits :

A.
Le Ministère public de la République et canton de Genève instruit une enquête pour escroquerie et faux dans les titres à l'encontre de B._____. Il ressort de cette procédure que la société C._____ Inc. - dont A._____ est en particulier l'ayant droit économique - aurait prêté des fonds à l'entreprise détenue par le prévenu sous garantie de produits pétroliers; or, la quantité de ceux-ci aurait été frauduleusement modifiée, notamment à l'insu de la société mandatée pour la surveiller, qui a alors déposé plainte pénale.
Dans ce cadre, A._____ a été convoqué en tant que témoin et son ordinateur portable a été séquestré le 15 décembre 2015. Le 23 suivant, une procédure de levée des scellés a été entamée par le Procureur. Après différents échanges d'écritures, le Tribunal des mesures de contrainte de la République et canton de Genève (Tmc) a confirmé, le 5 février 2016, son intention de nommer un policier membre de la Brigade de criminalité informatique (BCI) en tant qu'expert pour effectuer la copie des données informatiques, ainsi que leur analyse. Il a notamment considéré que l'inspecteur présentait toutes les garanties de confidentialité nécessaires, étant exposé à des sanctions pénales en cas de violation de son secret de fonction. Cette autorité a également refusé la présence des avocats de A._____ et de C._____ Inc. durant le travail de copie. Le Tmc a encore précisé en substance qu'il attendrait l'issue d'un éventuel recours contre sa décision avant d'ordonner la copie du matériel informatique.

B.
Par acte du 7 mars 2016, A._____ et C._____ Inc. forment un recours en matière pénale contre cette décision, concluant à son annulation. Ils demandent la nomination d'un expert neutre et indépendant pour effectuer la copie des données informatiques contenues dans l'ordinateur mis sous scellés, ainsi que le tri en découlant. Ils requièrent également l'ouverture des scellés en présence de leurs avocats. A titre subsidiaire, les recourants sollicitent le renvoi de la cause à l'autorité précédente pour nouvelle décision au sens des considérants.
Le Tmc a conclu au rejet du recours; en particulier, il a relevé les démarches entreprises antérieurement à la décision attaquée, soit notamment l'ouverture des scellés par ses soins, le mandat d'enquête donné au chef de la BCI, la transmission de l'ordinateur à un inspecteur de cette brigade, l'impossibilité pour ce dernier d'effectuer la copie en local des données faute d'adaptateur ou du mot de passe du détenteur, puis la suspension de toute démarche dès le 5 février 2016 vu l'opposition des recourants. Le Ministère public a conclu à l'irrecevabilité du recours; en substance, le Procureur soutient qu'en l'état, seule se poserait la question de la copie du matériel informatique par un policier du BCI, ce dernier n'ayant pas encore été désigné en tant qu'expert. Le 23 mai 2016, les recourants ont persisté dans leurs conclusions; ils ont en outre demandé l'octroi de l'effet suspensif au recours, requête admise le 24 mai 2016.

Considérant en droit :

1.
Le Tribunal fédéral examine d'office sa compétence (art. 29 al. 1 LTF) et contrôle librement les conditions de recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 140 IV 57 consid. 2 p. 59).

1.1. Conformément à l'art. 393 al. 1 let. c CPP, un recours n'est ouvert contre les décisions du Tmc que dans les cas prévus par ledit code. Aux termes de l'art. 248 al. 3 let. a CPP, cette juridiction statue définitivement sur la demande de levée des scellés au stade de la procédure préliminaire. Le code ne prévoit pas de recours cantonal contre les autres décisions rendues par le Tmc dans le cadre de la procédure de levée des scellés. La voie du recours en matière pénale au Tribunal fédéral est ainsi en principe directement ouverte contre de tels prononcés (art. 80 al. 2 in fine LTF).

1.2. Le Ministère public paraît contester la qualification de décision du courrier du 5 février 2016, faute de notification; celui-ci ne lui aurait été communiqué que pour information le 15 février 2016.
Le Tmc a pourtant expressément utilisé ce terme lorsqu'il a mentionné la possibilité d'un recours au Tribunal fédéral (cf. p. 3). De plus, une telle qualification ne découle pas du seul mode de communication utilisé pour transmettre un prononcé. En effet, la notification prévue par l'art. 112 al. 1 1ère phrase LTF tend avant tout à pouvoir déterminer la date de la réception de l'acte chez les parties en cause; cette disposition n'impose en revanche pas un mode spécifique de communication et il appartient au droit de procédure de dire comment la notification doit être effectuée (BERNARD CORBOZ, in CORBOZ/ WURZBURGER/FERRARI/FRÉSARD/AUBRY GIRARDIN, Commentaire de la LTF, 2e éd. 2014, nos 11 s. ad art. 112 LTF).
Sauf disposition contraire du CPP, les communications des autorités pénales sont notifiées en la forme écrite (art. 85 al. 1 CPP). Celles-ci notifient leurs prononcés par lettre signature ou par tout autre mode de communication impliquant un accusé de réception, notamment par l'entremise de la police (art. 85 al. 2 CPP). La violation de ces règles de forme n'entraîne cependant aucune conséquence si la partie concernée a pu sauvegarder ses droits (arrêt 1B 41/2016 du 24 février 2016 consid. 2.1 et 2.2 et les références citées).
En l'espèce, le Procureur ne conteste pas avoir eu connaissance du courrier du 5 février 2016 et ne soutient pas non plus avoir subi un quelconque dommage en raison du moyen de communication utilisé. Ce grief est donc dénué de pertinence.

1.3. Les recourants, destinataires de la décision entreprise, ont qualité pour recourir (art. 81 al. 1 let. a et b LTF). En effet, le recourant A._____ est le détenteur de l'ordinateur saisi. La société C._____ Inc. a également un intérêt juridique protégé, dès lors que l'ordinateur appartenant à A._____ peut contenir des

documents susceptibles de la concerner.

1.4. La décision entreprise ne met pas un terme à la procédure pénale et revêt par conséquent un caractère incident. Le recours en matière pénale n'est recevable contre ce type de décisions que si celles-ci sont susceptibles de causer un préjudice irréparable à leur destinataire (art. 93 al. 1 let. a LTF) ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (art. 93 al. 1 let. b LTF); cette dernière hypothèse n'entre manifestement pas en considération en l'occurrence. Dans la procédure de recours en matière pénale, un préjudice irréparable se rapporte à un dommage de nature juridique qui ne puisse pas être réparé ultérieurement par un jugement final ou une autre décision favorable au recourant (ATF 141 IV 284 consid. 2.2 p. 287).
L'ordonnance du Tmc levant les scellés est en principe susceptible de causer un tel préjudice, notamment quand le secret professionnel de l'avocat est invoqué (ATF 140 IV 28 consid. 4.3.6 p. 37). En revanche, tel n'est généralement pas le cas des décisions qui déterminent la procédure de tri car la question de la levée des scellés et de son ampleur n'est pas encore tranchée et ne le sera qu'ultérieurement (arrêt 1B 63/2014 du 16 avril 2014 consid. 1.3 et les arrêts cités). Il en va ainsi en particulier de la décision du Tmc de mandater un expert pour effectuer le tri (arrêt 1B 108/2011 du 6 juin 2011 consid. 2) ou de celle déterminant les modalités de ce mandat (arrêt 1B 19/2013 du 22 février 2013 consid. 3). Ces prononcés doivent donc être contestés avec la décision de levée des scellés (art. 93 al. 3 LTF; arrêt 1B 63/2014 du 16 avril 2014 consid. 1.3).
En l'occurrence, la décision attaquée ne désigne pas formellement - notamment nominativement - un policier de la BCI en tant qu'expert dans la procédure de levée des scellés et on pourrait dès lors douter que les recourants subissent, à ce stade, un préjudice irréparable. Cela étant, à la lecture de l'arrêt entrepris, on comprend que l'intention du Tmc de nommer cet agent est définitive; il a en effet rejeté la demande des recourants tendant à la désignation d'un tiers en tant qu'expert. Cela découle également du mandat d'enquête donné au chef de la BCI le 2 février 2016, celui-ci étant chargé de nommer l'un de ses collaborateurs en tant qu'expert au sens de l'art. 248 al. 4 CPP, ainsi que des opérations déjà tentées par ce même policier pour procéder à la copie des données informatiques. Partant et sauf à procéder de manière formaliste à l'excès, il y a lieu de considérer que la décision entreprise confirme la nomination d'un policier de la BCI en tant qu'expert dans la procédure de levée des scellés.
Dans cette procédure particulière, l'expert désigné doit effectuer le tri des documents mis sous scellés, ce qui implique généralement d'en prendre connaissance; il doit ensuite assurer la confidentialité de ceux bénéficiant de la protection des secrets invoqués. Or, l'indépendance et l'impartialité du policier nommé par le Tmc sont mises en cause en raison de sa fonction au sein des forces de l'ordre, ainsi que des liens existant entre celles-ci et le Ministère public. La communication des dossiers contenus dans l'ordinateur saisi à cet inspecteur, respectivement la lecture de ceux-ci, est donc susceptible de causer aux recourants un préjudice irréparable au sens de l'art. 93 al. 1 let. a LTF.

1.5. Les recourants ont demandé à pouvoir être présents lors de l'ouverture des scellés. Cette requête est cependant sans objet, puisqu'il ressort des déterminations déposées par le Tmc que cette procédure a eu lieu le 2 février 2016 (cf. ad 5 de ses observations du 29 mars 2016).
Les autres conclusions sont en revanche recevables (art. 107 al. 1 LTF) et le recours a été déposé en temps utile (art. 100 al. 1 LTF). Il y a donc lieu d'entrer en matière.

2.
Se référant notamment aux art. 8 CEDH, 13 al. 1 et 36 Cst., les recourants reprochent à l'autorité précédente une violation des art. 15, 182 ss et 248 CPP. Ils soutiennent en substance qu'un inspecteur, membre d'une brigade de la police judiciaire, ne pourrait pas être désigné en tant qu'expert pour effectuer le tri des documents dans une procédure de levée des scellés; en effet, celui-ci ne présenterait pas toutes les garanties nécessaires en matière d'indépendance et d'impartialité.

3.
Selon l'art. 248 al. 4 CPP, le Tmc peut faire appel à un expert pour examiner le contenu des documents, des enregistrements et d'autres objets placés sous scellés.

3.1. Dans le cadre d'une procédure de levée des scellés, il appartient au Tmc de prendre les précautions nécessaires pour éviter que des tierces personnes, notamment des membres des autorités d'enquête et d'instruction, puissent procéder à l'examen des données mises sous scellés sans autorisation ou de manière anticipée. Ce but peut notamment être assuré par le recours à un expert. Cette manière de procéder permet en effet de garantir la protection des secrets invoqués, d'assurer le respect des droits de la personnalité, ainsi que le principe de proportionnalité (ATF 137 IV 189 consid. 4.2 p. 195). L'expert désigné agit en outre sous la direction du Tmc (arrêt 1B 19/2013 du 22 février 2013 consid. 3), autorité qui peut aussi requérir l'assistance des parties (ATF 141 IV 77 consid. 4.3 p. 81 s. et 5.6 p. 87; 138 IV 225 consid. 7.1 p. 229).
Il découle des éléments précédents que le tri judiciaire ne peut en principe pas être transféré ou délégué aux autorités d'instruction en charge de l'affaire (ATF 137 IV 189 consid. 5.1.1 p. 196; arrêt 1B 274/2008 du 27 janvier 2009 consid. 7; MOREILLON/PAREIN-REYMOND, Petit commentaire, Code de procédure pénale, 2e éd. 2016, nos 24 et 26 ad art. 248 CPP; THORMANN/BRECHTBÜHL, in Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Art. 196-457 StPO, 2e éd. 2014, n°56 ad art. 248 CPP;), dont font partie le ministère public et la police (cf. art. 12 let. a et b CPP; ANDREAS J. KELLER, in DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2e éd. 2014, n°46 ad art. 248 CPP; JEANNERET/KUHN, Précis de procédure pénale, 2013, nos 14026).
La jurisprudence a toutefois précisé que, si l'autorité judiciaire entend bénéficier de l'assistance de policiers membres de brigades spécialisées - ce qui peut se justifier pour des motifs de célérité et d'économie de procédure -, elle doit s'assurer que ceux-ci ne pourront pas avoir accès de manière indue au contenu des données protégées par le secret invoqué (arrêt 1B 274/2008 du 27 janvier 2009 consid. 7). Les tâches confiées à la police dans ce cadre particulier doivent donc être limitées à des recherches d'ordre purement technique - notamment par le biais de l'informatique - et seule l'autorité judiciaire doit avoir connaissance des résultats découlant de ces démarches, puis procéder elle-même au tri des documents (THORMANN/BRECHTBÜHL, op. cit., n°39 ad art. 248 CPP).
Pour le surplus, les dispositions générales en matière d'expertise (art. 182 ss CPP) sont applicables à l'expert désigné en application de l'art. 248 al. 4 CPP (arrêt 1B 345/2014 du 9 janvier 2015 consid. 2.2).

3.2. En l'occurrence, la mission donnée au policier ne se limite pas à effectuer une simple manipulation technique ou à opérer une première distinction des documents, fondée par exemple uniquement sur des mots-clés; l'inspecteur désigné est en effet chargé de procéder à la copie et au tri effectif des pièces en fonction de leur contenu. Cela ressort notamment de l'arrêt entrepris ("l'inspecteur expert s'engage à garder la confidentialité absolue des données dont il aura connaissance au cours du tri des données informatiques" [p. 2 de cette écriture]), ainsi que du mandat d'enquête du 2 février 2016 de l'autorité précédente. Sans remettre en cause l'intégrité des membres de la police, cette manière de procéder - qui implique incontestablement d'avoir accès aux documents et d'en prendre connaissance - n'est pas compatible avec la jurisprudence susmentionnée (cf. consid. 3.1 ci-dessus).

3.2.1. La pratique développée par l'autorité précédente (aucune participation préalable ou postérieure à l'instruction, absence de contact avec le Ministère public ou les policiers en charge de l'enquête, subordination hiérarchique au Tmc, secret de fonction) ne permet pas d'avoir une approche différente.
En effet, la restriction des mandats que la police peut effectuer en matière de tri dans une procédure de scellés s'explique en raison de la nature particulière de cette procédure. Celle-ci permet, le cas échéant, de soustraire certaines données - couvertes par un secret - du dossier à disposition des autorités de poursuite pénale, dont font partie tant la police que le ministère public (art. 12 let. a et b CPP). Or, il existe de facto, notamment lorsqu'une instruction formelle est en cours, des liens de subordination entre ces deux autorités (cf. art. 15 al. 2 2ème phrase, 307 et 312 CPP, 2 al. 1 et 2 de la loi genevoise du 9 septembre 2014 [LPol; RS/GE F 1 05; en vigueur depuis le 16 mai 2016]); MOREILLON/PAREIN-REYMOND,op. cit., nos 5 et 15a ad art. 307 CPP; HANSPETER USTER, in Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Art. 1-195 StPO, 2e éd. 2014, nos 9 ss ad art. 15 CPP; PETER RÜGGER, in Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Art. 196-457 StPO, 2e éd. 2014, nos 5 ss ad art. 307 CPP; KELLER, op. cit., nos 21 ss ad art. 15 CPP; LANDSHUT/BOSSHARD, in DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2e éd. 2014, nos 21 ss ad art. 307 CPP; FRANZ RIKLIN, Kommentar StPO,
2e éd 2014, nos 5 ad art. 15 CPP et 3 s. ad art. 307 CPP; JEANNERET/KUHN, op. cit., nos 6004 et 6012.;

NIKLAUS SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung (StPO), Praxiskommentar, 2e éd. 2013, nos 9 s. ad art. 15 CPP et 4 ad art. 307 CPP; NIKLAUS OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3e éd. 2012, nos 1349 ss). Une telle configuration est susceptible, sur un plan objectif, de créer une apparence de dépendance et/ou de partialité (JEANNERET/KUHN, op. cit., no 13007; JOËLLE VUILL e, in Commentaire romand, Code de procédure pénale, 2011, n°23 ad art. 183 CPP) : cela pourrait conduire à une procédure de récusation du policier désigné en tant qu'expert au sens de l'art. 248 al. 4 CPP (cf. art. 183 al. 3 en lien avec l'art. 56 let. f CPP; ATF 139 I 121 consid. 5.1 p. 125; arrêt 1B 362/2015 du 10 décembre 2015 consid. 3.2.2).
Il se justifie donc de ne pas octroyer à la police - par le biais d'un rôle d'expert selon l'art. 248 al. 4 CPP - un accès au contenu des données mises sous scellés.

3.2.2. Au demeurant, cette solution tend également à mieux préserver les intérêts du policier qui serait désigné en tant qu'expert dans une telle procédure. Elle lui permet de ne pas se retrouver dans une situation de conflit d'intérêts, que ce soit par rapport à ses collègues ou vis-à-vis du Procureur. En effet, vu en particulier le partage des locaux, il paraît difficile en pratique d'éviter toute situation où l'affaire litigieuse pourrait être évoquée. Il n'est pas non plus exclu que l'inspecteur en cause puisse être confronté aux personnes en charge de cette enquête dans le cadre d'autres affaires.
Selon le contenu des documents mis à sa disposition, le policier pourrait également se trouver en violation de ses obligations en matière de dénonciation et de poursuite d'infraction (cf. art. 7 al. 1, 302 al. 1 CPP et 33 de la loi genevoise du 27 août 2009 d'application du code de procédure pénale [LaCP; RS/GE E 4 10]; MOREILLON/ PAREIN-REYMOND, op. cit., nos 14 ad art. 15 CPP et 4 s. ad art. 302 CPP; NADINE HAGENSTEIN, in Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Art. 196-457 StPO, 2e éd. 2014, nos 12 et 20 ad art. 302 CPP;), ce qui peut avoir des conséquences disciplinaires et/ou pénales (cf. par exemple l'art. 305 CP [entrave à l'action pénale]; MOREILLON/PAREIN-REYMOND, op. cit., no 13 ad art. 302 CPP; HAGENSTEIN, op. cit., no 34 ad art. 302 CPP; LANDSHUT/BOSSHARD, op. cit., no 20 ad art. 302 CPP; SCHMID, op. cit., no 8 ad art. 302 CPP; OBERHOLZER, op. cit., no 1327 in fine). Le policier n'est en effet dispensé d'une telle obligation que dans les hypothèses définies à l'art. 302 al. 3 CPP (art. 113 al. 1 [prévenu], 168, 169 [témoin]et 180 CPP [personne appelée à donner des renseignements]).
Quant au secret de fonction (art. 170 CPP), il peut certes être invoqué si le policier est cité à comparaître en tant que témoin (art. 170 al. 1 CPP). Mais, même dans cette situation, il n'est pas non plus absolu; en effet, si l'autorité de surveillance - en l'occurrence, le chef du département de la sécurité et de l'économie (art. 24 al. 6 LPol) - délie le policier par écrit, celui-ci est alors tenu de témoigner (art. 170 al. 2 CPP : "doivent témoigner", "haben auszusagen" et "sono tenuti a deporre"). Cette procédure d'autorisation n'est au demeurant nécessaire que dans la mesure où le témoignage du policier porterait sur des faits sortant du cadre de son devoir de dénonciation; il n'existe en effet pas de secret de fonction entre la police, le ministère public et les tribunaux chargés de la même affaire (ATF 140 IV 177 consid. 3.3 p. 181; JEANNERET/KUHN, op. cit., no 12033).

3.2.3. Au vu des considérations précédentes, un policier - y compris s'il est un membre d'une brigade spécialisée - ne peut pas être désigné en tant qu'expert pour effectuer le tri des documents dans une procédure de levée des scellés lorsque celle-ci nécessite d'avoir accès au contenu des pièces. Par conséquent, ce grief doit être admis.

3.3. Quant à la copie des données informatiques, aucune raison ne justifie dans le cas particulier de ne pas confier cette tâche à l'expert qui sera désigné afin de trier les documents.
S'agissant ensuite de la participation des recourants à cette opération, l'expert agit en qualité d'expert judiciaire au sens des art. 182 ss CPP. Dans une telle situation, il conduit seul sa mission, sous la supervision de la direction de la procédure (arrêt 1B 19/2013 du 22 février 2013 consid. 3), et les interventions des parties sont généralement limitées aux stades antérieur (art. 184 al. 3 CPP) et postérieur (art. 188 CPP; arrêt 1B 345/2014 du 9 janvier 2015 consid. 2.4). Vu la nature purement technique de cette tâche, il n'y a en l'occurrence aucun motif permettant de se distancer de ces principes et d'autoriser les recourants à y prendre part. Par conséquent, le recours est rejeté sur ce point.

4.
Il s'ensuit que le recours est partiellement admis. La décision du 5 février 2016 du Tmc est annulée dans la

mesure où elle rejette la demande des recourants tendant à la nomination d'un expert qui n'est pas un membre de la BCI pour copier et effectuer le tri des données contenues dans l'ordinateur saisi. La cause est renvoyée à l'autorité précédente pour qu'elle procède au sens des considérants, notamment en désignant une personne offrant les garanties nécessaires en matière d'indépendance en tant qu'expert. Pour le surplus, l'arrêt attaqué est confirmé.
Les recourants, assistés par un mandataire professionnel, obtiennent gain de cause sur la question principale. Il se justifie dès lors de leur allouer une pleine indemnité de dépens pour la procédure fédérale à la charge de la République et canton de Genève (art. 68 al. 1 LTF). Il n'est pas perçu de frais judiciaires (art. 66 al. 4 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.
Le recours est partiellement admis.

2.
La décision du 5 février 2016 du Tribunal des mesures de contrainte est annulée dans la mesure où elle rejette la demande tendant à la désignation d'un expert qui n'est pas membre de la Brigade de criminalité informatique pour copier et effectuer le tri des données mises sous scellés. La cause est renvoyée à l'autorité précédente pour qu'elle procède au sens des considérants.

3.
Une indemnité de dépens, fixée à 2'500 fr., est allouée aux recourants pour la procédure fédérale, à la charge de la République et canton de Genève.

4.
Il n'est pas perçu de frais judiciaires.

5.
Le présent arrêt est communiqué au mandataire des recourants, au Ministère public de la République et canton de Genève et au Tribunal des mesures de contrainte de la République et canton de Genève.

Lausanne, le 8 septembre 2016
Au nom de la Ire Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse

Le Président : Fonjallaz

La Greffière : Kropf