

CHAMBRE DES RECOURS PENALE

Arrêt du 10 décembre 2018

Composition : M. PERROT, vice-président
M. Krieger et Mme Byrde, juges
Greffier : M. Petit

* * * * *

Art. 246 CPP

Statuant sur le recours interjeté le 1^{er} octobre 2018 par **X._____ SA** contre la décision rendue le 18 septembre 2018 par le Ministère public de l'arrondissement de Lausanne dans la cause n° **PE16.023548-ERY**, la Chambre des recours pénale considère :

En fait :

A. a) La société X._____ SA a un capital social de 40 millions de francs et deux actionnaires, un ressortissant russe, [...], et B._____, ressortissant français, ce dernier à hauteur de 15%. Le but principal est le commerce de spiritueux.

b) Le 28 novembre 2016, X._____ SA a déposé plainte pénale contre B._____. Le Ministère public de l'arrondissement de Lausanne a ouvert une instruction pénale contre le prénommé pour gestion déloyale.

B._____ est mis en cause pour avoir, entre janvier 2013 et décembre 2015, en qualité d'administrateur de la société X._____ SA, ordonné des transferts de fonds sans cause, en sa faveur ou en faveur de sociétés dont il était l'ayant droit économique, pour un montant de 8'743'219 euros au préjudice de la société X._____ SA. L'une de ces sociétés serait [...] dont le siège est à [...], au profit de laquelle un montant de 3'991'911 euros aurait été crédité grâce aux fonds détournés (P. 155/2).

c) En cours d'instruction, plusieurs comptes et immeubles en mains de [...], respectivement B._____, ont été séquestrés.

B. **a)** A plusieurs reprises pendant l'instruction, la première fois par courrier recommandé du 13 novembre 2017 (P.118/1, p. 7), X._____ SA a requis le procureur d'ordonner la saisie des boîtes électroniques [...] et [...] et la production au dossier de la retranscription écrite de son contenu « *pour la période du 1^{er} janvier à ce jour* », ainsi que la saisie de différentes boîtes électroniques chez [...] et la production au dossier de la retranscription écrite de leur contenu dans la mesure où elles touchent à X._____ SA, B._____, [...] SA ou [...] pour la même période.

Cette réquisition a été renouvelée le 5 mars 2018 (P. 139, p. 3), le 8 mai 2018 (P. 162) et le 7 septembre 2018 (P. 203/3).

b) Par décision du 18 septembre 2018, le Procureur a fait savoir qu'il n'entendait pas ordonner la perquisition des boîtes de messagerie électronique précitées, estimant que cela relèverait de la « *fishing expedition* » prohibée par le code de procédure pénale.

C. Par acte du 1^{er} octobre 2018, X._____ SA a recouru auprès de la Cour de céans contre cette décision. La recourante reproche au procureur une mauvaise application de l'art. 246 CPP. Elle conclut à la réforme de cette décision en ce sens que la perquisition des boîtes électroniques [...], [...], [...] et [...] est ordonnée, ainsi que la production au dossier de la retranscription écrite de leurs contenus pour la période du 1^{er} janvier 2011 à ce jour. Subsidiairement, elle a conclu à la reconfiguration des adresses susmentionnées de manière à faire apparaître ce qu'elles contenaient, ainsi que la production au dossier de la retranscription écrite de leurs contenus pour la période du 1^{er} janvier 2011 à ce jour. Plus subsidiairement, elle a conclu à l'annulation de la décision prise le 18 septembre 2018 par le Procureur de l'arrondissement de Lausanne et au renvoi de la cause à ce procureur pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

Par lettre du 22 octobre 2018, la recourante a complété son recours en produisant une pièce (P. 207/1).

Le 5 novembre 2018, le Procureur a conclu au rejet du recours en se référant à la décision attaquée.

Le 6 décembre 2018, B._____ a conclu, sous suite de frais et dépens, au rejet du recours.

En droit :

1.

1.1 Une décision du Ministère public d'administrer ou de refuser d'administrer une preuve au sens des art. 139 ss CPP – en usant le cas échéant des mesures de contrainte prévues aux art. 196 ss CPP, notamment la perquisition de documents et enregistrements (art. 246 ss CPP) et le séquestre (art. 263 ss CPP), pour mettre les preuves en sûreté (cf. art. 196 al. 1 let. a CPP) – peut en principe faire l'objet d'un recours selon les art. 393 ss CPP (Keller, in: Donatsch/Hansjakob/ Lieber [éd.],

Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2^e éd., 2014, n. 16 ad art. 393 CPP; CREP 5 décembre 2013/733 consid. 1.1; CREP 18 octobre 2012/651; CREP 22 août 2012/485; CREP 3 août 2012/470). Toutefois, l'art. 394 let. b CPP précise que le recours est irrecevable lorsque le Ministère public ou l'autorité pénale compétente en matière de contraventions rejette une réquisition de preuves qui peut être réitérée sans préjudice juridique devant le tribunal de première instance. Selon la jurisprudence, les décisions relatives à l'administration des preuves ne sont en principe pas de nature à causer un dommage juridique irréparable (ATF 136 IV 92 consid. 4; ATF 134 III 188 consid. 2.3; ATF 133 IV 139 consid. 4; ATF 99 Ia 437 consid. 1; TF 1B_189/2012 du 17 août 2012, SJ 2012 I 89, consid. 1.2; TF 1B_688/2011 du 14 mars 2012). Cette règle comporte toutefois des exceptions, notamment lorsque le refus porte sur des moyens de preuve qui risquent de disparaître et qui visent des faits décisifs non encore élucidés (ATF 133 IV 335 consid. 4; ATF 101 Ia 161; ATF 98 Ib 282 consid. 4; TF 1B_189/2012 du 17 août 2012, SJ 2012 I 89 consid. 1.2; TF 1B_688/2011 du 14 mars 2012 et les références citées).

Toute procédure pénale emporte en soi le risque que certaines preuves qui auraient pu être administrées dans la procédure préliminaire puissent ne plus l'être par la suite aux débats. Ce risque ne saurait toutefois conduire à admettre trop largement la recevabilité d'un recours contre un éventuel refus de donner suite à des réquisitions de preuves d'une partie à la procédure pénale. La possibilité de recourir doit ainsi être admise lorsqu'il existe un risque de destruction ou de perte du moyen de preuve. Il doit s'agir d'un risque concret et non d'une simple possibilité théorique, faute de quoi l'exception voulue par le législateur à la possibilité de mettre en cause les décisions relatives à l'administration des preuves à ce stade de la procédure pourrait devenir la règle. La seule crainte abstraite que l'écoulement du temps puisse altérer les moyens de preuve ne suffit pas. Ainsi, le préjudice juridique évoqué à l'art. 394 let. b CPP ne se différencie pas du préjudice irréparable visé à l'art. 93 al. 1 let. a LTF, qui s'entend, en droit pénal, d'un dommage juridique à l'exclusion d'un dommage de pur fait tel l'allongement ou le renchérissement de la

procédure (TF 1B_189/2012 du 17 août 2012, SJ 2012 I 89, consid. 2.1 et la référence citée).

La doctrine évoque à cet égard la nécessité d'entendre un témoin très âgé, gravement malade ou qui s'apprête à partir dans un pays lointain définitivement ou pour une longue durée, ou encore celle de procéder à une expertise en raison des possibles altérations ou modifications de son objet (cf. Maurer, in: Goldschmid/ Maurer/Sollberger, Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozess-ordnung, 2008, p. 388; Schmid, Praxiskommentar, 2009, n. 3 ad art. 394 CPP; Rémy, in: Kuhn/Jeanneret [éd.], Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, 2011, n. 6 ad art. 394 CPP, p. 1762; Keller, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [éd.], op. cit., n. 3 ad art. 394 CPP; Stephenson/Thiriet, in: Niggli/ Heer/Wiprächtiger [éd.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugend-strafprozessordnung, Art. 196-457 StPO – Art. 1-54 JStPO, 2^e éd., 2014, n. 6 ad art. 394 CPP; Pieth, Schweizerisches Strafprozessrecht: Grundriss für Studium und Praxis, 2009, p. 230; CREP 18 octobre 2012/651; CREP 22 août 2012/485). Il en va de même lorsque le refus d'instruire porte sur des moyens de preuve qui risquent de disparaître et qui visent des faits non encore élucidés (TF 1B_189/2012 du 17 août 2012, in SJ 2012 I 89 consid. 2.1).

Pour qu'une dérogation à l'irrecevabilité du recours contre un refus de procéder à des actes d'instruction entre en considération, les moyens de preuve invoqués doivent porter sur des faits pertinents; même si cette condition ne ressort pas expressément du texte de l'art. 394 let. b CPP, elle découle de l'art. 139 al. 2 CPP (TF 1B_189/2012 du 17 août 2012, SJ 2012 I 89, consid. 2.1 et la référence citée).

Ces principes s'appliquent tant à la perquisition d'une habitation (selon l'art. 244 CPP) qu'à celle d'un ordinateur, préalablement saisi (selon l'art. 246 CPP).

1.2 En l'espèce, la recourante s'en prend au refus du Procureur d'ordonner la perquisition des boîtes de messagerie électroniques [...], [...]

et de quelques boîtes de messagerie électronique de collaborateurs de l'entreprise [...]. Ces preuves sont susceptibles d'être perdues ou, à tout le moins, altérées. Un tel recours est donc recevable selon les principes énoncés ci-dessus (art. 394 let. b CPP, a contrario).

2.

2.1 Conformément à l'art. 246 CPP, les supports informatiques ainsi que les installations destinées au traitement et à l'enregistrement d'informations peuvent en particulier être soumis à une perquisition lorsqu'il y a lieu de présumer qu'ils contiennent des informations susceptibles d'être séquestrées (art. 263 al. 1 let. a CPP ; ATF 143 IV 270, JdT 2017 IV 384).

Sont notamment considérés comme des enregistrements ceux qui se trouvent sauvegardés sur support électronique, dans des installations destinées à l'enregistrement ou au traitement d'informations, à savoir en particulier une boîte de messagerie électronique (ATF 143 IV 270 consid. 7.5, JdT 2017 IV 384; Chirazi, in: Kuhn/Jeanneret [éd.], op. cit., nn 16 s. ad art. 246 CPP; Jeanneret/Kuhn, Précis de procédure pénale, 2^e éd., Berne 2018, n. 14020; Moreillon/Parein-Reymond, Petit commentaire, Code de procédure pénale, 2^e éd., Bâle 2016, n. 3 ad art. 246 CPP).

Pour que l'on ait affaire à une pêche aux renseignements prohibée par le Code de procédure pénale il faut que l'on soit en présence d'une « recherche indéterminée de preuve sans rapport avec la ou les infractions en cause » (CREP 6 juin 2016/370 consid. 3.2; TF 1B_726/2012 du 26 février 2013 consid. 5.2 et les références citées; Moreillon/Parein-Reymond, op. cit., n. 6 ad art. 241 CPP).

Une boîte de messagerie électronique ne peut être soumise à une perquisition que s'il y a lieu de présumer qu'elle contient des informations susceptibles d'être séquestrées au sens des art. 263 et 264 CPP. Selon l'art. 263 al. 1 let. a CPP, le contenu d'une telle boîte ne pourra être séquestré que s'il est probable qu'il sera utilisé comme moyen de preuve. Une telle utilité s'apprécie sur la base d'indices concrets, étant

toutefois souligné qu'une utilité potentielle suffit (Chirazi, in: Kuhn/Jeanneret [éd.], op. cit., nn. 3 à 5 ad art. 246 CPP; Moreillon/Parein-Reymond, op. cit., n. 3 ad art. 246 CPP).

2.2 En l'espèce, contrairement à ce qu'affirme le Procureur, la demande de la plaignante est étayée de manière suffisante. Le prévenu aurait ainsi transféré une partie des fonds qu'il aurait détourné en en faisant profiter sa société [...] (cf. P. 155/2). De plus, les montants auraient transités par différentes banques tant au Liechtenstein qu'aux Iles Vierges, une des sociétés écrans ayant été liquidée après les recherches effectuées par la recourante (cf. P. 181/2). Ces transferts auraient ainsi vraisemblablement fait l'objet de communications par le biais des messageries mentionnées (cf. P. 118/2/4 et P. 181/2). Or, les perquisitions n'ont pas permis de mettre la main sur des documents écrits relatifs à ces transferts. Dans sa première audition du 10 janvier 2017 (PV aud. 1), les questions au prévenu étaient assez générales. L'intéressé a expliqué avoir commis quelques erreurs sur les justificatifs de versement (PV aud. 1, lignes 101 et 108). Après le dépôt du recours, le prévenu a été réentendu le 12 octobre 2018; il a déclaré à cette occasion avoir fait numériser sur un disque dur l'entier des archives comptables de X. _____ SA à fin 2017 - début 2018 et avoir détruit l'entier des documents papiers (P. 207/1, lignes 22 ss). Il a déclaré en outre avoir remis le disque dur à [...], soit le directeur administratif et financier de X. _____ SA France (P. 207/1, ligne 61).

Au vu de ce qui précède, notamment du soupçon que l'on peut avoir sur l'intention du prévenu de détruire les documents papiers concernant les transferts de fonds, il apparaît justifié de disposer au moins de la transcription des courriels du prévenu sous ses deux adresses électroniques [...], [...]. Comme évoqué ci-dessus, l'intéressé a utilisé sa messagerie électronique [...] pour ordonner à [...] de la [...], le 26 mars 2013, le transfert du montant de 200'000 euros depuis son compte personnel auprès de l'établissement bancaire précité à son compte privé auprès du [...] (P. 118/2/4). En outre, la boîte de messagerie électronique [...] figure sur l'ordre donné au même [...] de la [...], le 24 juin 2013, de

solder tous ses comptes auprès de l'établissement bancaire précité (P. 182/2)

En revanche, il paraît exagéré de saisir les documents sur les adresses de collaborateurs de la société [...] puisque, d'une part, ces pièces sont susceptibles d'apparaître dans la saisie des courriels du prévenu, et que, d'autre part, elles pourront être demandées à [...] sans avoir besoin de saisir des documents en mains tierces, soit en mains de personnes non impliquées dans la procédure, même si la recourante a pris soin de limiter sa demande aux courriels provenant ou à destination de X._____ SA. Cela ferait double emploi.

2.3 Le prévenu, qui a conclu au rejet des recours, admet dans ses déterminations la réalité du transfert d'argent à destination du Liechtenstein et prétend s'être longuement exprimé à ce propos. Il se borne à soutenir que les mesures de perquisition sollicitées ne seraient pas pertinentes. Ces arguments n'emportent pas la conviction pour les motifs exposés ci-dessus (cf. consid. 2.2 supra). En particulier, vu la destruction des documents papiers concernant les transferts de fonds litigieux, il apparaît justifié de disposer au moins de la transcription des courriels du prévenu sous les deux adresses électroniques [...] et [...].

2.4 Il résulte de ce qui précède que le recours doit être partiellement admis, et l'ordonnance attaquée réformée en ce sens qu'une perquisition des boîtes de messagerie électronique [...] et [...] pour la période du 1^{er} janvier 2011 à ce jour est ordonnée, de même que la production au dossier de la retranscription écrite de leur contenu.

La recourante X._____ SA, qui a procédé avec l'assistance d'un avocat de choix et qui a obtenu largement gain de cause, a droit, de la part du prévenu, qui succombe, à une indemnité pour les dépenses occasionnées par la procédure de recours (art. 436 al. 1 et 433 al. 1 CPP). Cette indemnité sera fixée à 900 fr., soit trois heures d'activité au tarif horaire d'avocat de 300 fr. (art. 26a al. 3 TFIP), plus un montant correspondant à la TVA – étant rappelé que si les indemnités au sens des

art. 429 ss CPP ne sont pas soumises à la TVA (art. 18 al. 2 let. i LTVA [Loi fédérale régissant la taxe sur la valeur ajoutée du 12 juin 2009 ; RS 641.20]), il convient de tenir compte du fait que les honoraires payés par la partie à son avocat sont quant à eux soumis à la TVA (CREP 1^{er} mars 2017/904) –, par 69 fr. 30, soit à 969 fr. 30 au total.

Les frais de la procédure de recours, constitués en l'espèce de l'émolument d'arrêt (art. 422 al. 1 CPP), par 990 fr. (art. 20 al. 1 TFIP [tarif des frais de procédure et indemnités en matière pénale du 28 septembre 2010; RSV 312.03.1]), seront mis à la charge de l'intimé B._____ qui succombe dès lors qu'il a conclu au rejet du recours (art. 428 al. 1 CPP).

Par ces motifs,
la Chambre des recours pénale
prononce :

- I.** Le recours est partiellement admis.
- II.** La décision du 18 septembre 2018 est réformée en ce sens qu'une perquisition des boîtes de messagerie électronique [...] et [...] pour la période du 1^{er} janvier 2011 à ce jour est ordonnée, de même que la production au dossier de la retranscription écrite de leur contenu.
Elle est confirmée pour le surplus.
- III.** Les frais d'arrêt, par 990 fr. (neuf cent nonante francs), sont mis à la charge de B._____.
- IV.** Une indemnité de 969 fr. 30 (neuf cent soixante-neuf francs et trente centimes) est allouée à X._____ SA, à la charge de B._____.
- V.** L'arrêt est exécutoire.

Le vice-président :

Le greffier :

Du

Le présent arrêt, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié, par l'envoi d'une copie complète, à :

- Me Jean-Pierre Gross, avocat (pour X. _____ SA),
- Me Stéphane Disch, avocat (pour B. _____),
- Ministère public central,

et communiqué à :

- M. le Procureur de l'arrondissement de Lausanne,

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière pénale devant le Tribunal fédéral au sens des art. 78 ss LTF (Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal ; RS 173.110). Ce recours doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète (art. 100 al. 1 LTF).

Le greffier :