

CHAMBRE DES RECOURS PENALE

Arrêt du 8 janvier 2019

Composition : M. MEYLAN, président
MM. Abrecht et Perrot, juges
Greffier : M. Petit

Art. 56 let. f CPP

Statuant sur la demande de récusation présentée le 28 mars 2018 par **H.**_____ à l'encontre du Procureur **V.**_____ dans la cause n° **PE17.002740-BUF**, la Chambre des recours pénale considère :

En fait :

A. a) Le 28 mars 2017, la police, sur instruction du Ministère public central du canton de Vaud, a procédé à une perquisition dans les locaux de **Q.**_____ SA, dans le bureau personnel du prévenu **H.**_____ (P. 43 et 44). A cette occasion, la perquisition a porté notamment sur un ordinateur portable HP Probook, sur un lot de fichiers et de données figurant sur un répertoire du serveur de **Q.**_____ SA et sur deux

téléphones cellulaires. Les fichiers figurant sur les supports de données et appareils précités ont été copiés par la police sur des ordinateurs, supports de données ou serveurs non identifiés. L'ordinateur et les deux téléphones cellulaires ont été restitués à H. _____ le 29 mars 2017 (P. 45).

b) Les 28 mars et 7 avril 2017, H. _____, par son précédent défenseur, l'avocat [...], a demandé la mise sous scellés du matériel saisi (P. 44), respectivement indiqué qu'il était prêt à limiter cette demande à un certain nombre d'éléments énumérés, s'agissant notamment de contacts et documents échangés entre lui et son défenseur (P. 32).

Après avoir pris acte de ce qui précède par courriel du 7 avril 2015 (P. 33), le Ministère public a confirmé, le 15 décembre 2017 (P. 122), à la demande de Me F. _____, le nouveau défenseur de H. _____, que les enquêteurs n'avaient examiné aucun document visé par l'art. 264 CPP et que le lot de données saisi sous chiffre 2 de l'inventaire établi le 28 mars 2017 (cf. P. 45) ne pouvait pas pour autant être restitué au prénommé, puisqu'il comportait également des fichiers qui pouvaient être perquisitionnés librement.

Le 21 décembre 2017 (P. 124), le défenseur de H. _____ a écrit au Ministère public que la manière de procéder envisagée était contraire aux art. 248 et 264 CPP. L'autorité précitée n'a pas répondu à cette correspondance. Toutefois, le 29 janvier 2018, le Procureur V. _____ a appelé l'avocat F. _____ pour lui indiquer qu'il était occupé à examiner avec la police comment procéder à la restitution concrète de tous les éléments saisis, ou à la destruction de ceux-ci, ce qui a été confirmé par courrier du 27 février 2018 de l'avocat précité (P. 146).

c) Après avoir reçu du Ministère public un CD-Rom, accompagné d'une lettre lui indiquant qu'une partie des fichiers séquestrés avait été effacée des supports de données correspondants et que le solde, figurant dans le CD-Rom précité, était conservé au titre des

fichiers librement exploitables, le conseil de H. _____ a, par courrier du 8 mars 2018, requis le retranchement du dossier des pièces soumises au secret professionnel, soit notamment le fichier "Mémoire 30.05.16".

Par ordonnance du 12 mars 2018, le Ministère public a refusé de retrancher du dossier les données litigieuses, informant H. _____ qu'elles avaient été versées au dossier comme pièces à conviction, de sorte qu'elles étaient désormais librement consultables par les parties.

Par arrêt du 17 avril 2018 (n° 289), la Chambre des recours pénale du Tribunal cantonal vaudois a admis le recours interjeté par H. _____ contre cette ordonnance, a annulé celle-ci et a imparti au Ministère public central un délai de vingt jours dès la notification de l'arrêt pour demander au Tribunal des mesures de contrainte la levée des scellés sur les fichiers enregistrés comme pièces à conviction le 6 mars 2018, à défaut de quoi ces fichiers devraient être restitués à H. _____ et toutes copies en mains du Ministère public et des autorités d'enquête être définitivement effacées.

d) Par courrier du 28 mars 2018 (P. 180), H. _____ a sollicité la récusation du Procureur V. _____. Il a confirmé cette demande par correspondance du 6 avril 2018 (P. 185/1) et a posé diverses questions, se référant notamment à un appel téléphonique passé le 14 mars 2018 [recte : 2017] par le Procureur à la Conseillère d'Etat T. _____, partie plaignante, pour l'informer que l'auteur des lettres anonymes avait été identifié et appréhendé.

Le 13 avril 2018, le Procureur a transmis cette demande de récusation à la Cour de céans, accompagné d'une prise de position (P. 189).

Le 17 avril 2018 (P. 197), H._____ a écrit au Président de la Cour de céans que le Procureur n'avait apporté aucune réponse aux questions posées dans sa correspondance du 6 avril 2018.

Le 25 avril 2018 (P. 202), le Président de la Cour de céans a imparti au Procureur un délai pour compléter sa prise de position.

Par complément du 26 avril 2018 (P. 204), le Procureur s'est déterminé en relevant qu'il n'avait altéré aucun document et que le dossier pénal était tenu conformément aux exigences de l'art. 100 CPP, le procès-verbal des opérations mentionnant tous les actes de procédure prévus à l'art. 76 al. 1 CPP.

Le 27 avril 2018 (P. 205), H._____ a produit une analyse de la Haute école de gestion de Genève (P. 205/1), dont il ressort notamment qu'il y aurait une différence de métadonnées entre les deux fichiers Word « Mémoire 30.05.16.doc » analysés (en ce sens qu'entre l'original et la copie d'écran produite par le Procureur, il y aurait deux incohérences, l'une dans la désignation du modèle et l'autre dans la mention de la « Société », l'original n'indiquant rien sous cette rubrique tandis que la copie indiquait « [...] ») et que cela pourrait s'expliquer soit par l'exécution de scripts (automatisés ou non) changeant certaines métadonnées de fichiers bureautiques dès lors qu'ils étaient déposés dans un système de gestion de fichiers communs, soit par la modification volontaire des métadonnées.

B. **a)** Par arrêt du 21 juin 2018 (n° 480), la Chambre des recours pénale du Tribunal cantonal vaudois a notamment rejeté la demande de récusation présentée le 28 mars 2018 par H._____ à l'encontre du Procureur V._____.

H._____ a formé un recours en matière pénale au Tribunal fédéral contre cet arrêt, en concluant, avec suite de frais et dépens, à sa réforme en ce sens que la demande de récusation soit admise, le dossier

de la cause étant renvoyé à l'autorité précédente en vue de désigner un nouveau procureur chargé d'instruire l'enquête PE17.002740-[...].

b) Par arrêt du 5 novembre 2018 (TF 1B_402/2018), la Cour de droit pénal du Tribunal fédéral a admis le recours de H._____ dans la mesure de sa recevabilité, a annulé l'arrêt précité et a renvoyé la cause à l'autorité cantonale pour nouvelle décision. Il ressort notamment de cet arrêt ce qui suit :

« 3.3. En l'espèce, s'agissant des griefs du recourant relatifs à l'administration des preuves, savoir le fait que le Procureur n'aurait pas donné suite à sa réquisition de production des rapports et analyses effectués par la Direction générale de l'environnement (grief n° 1), aurait refusé de verser au dossier des éléments à décharge réunis dans des enquêtes parallèles (grief no 2) et rejeté de "nombreuses réquisitions de preuves présentées par le prévenu H._____ " (grief n° 10), il apparaît que ces éléments relèvent de l'appréciation anticipée des preuves qui peut, le cas échéant, être critiquée dans le cadre d'une procédure de recours (cf. art. 379 ss CPP), mais ne dénotent pas en l'espèce, une apparence de prévention, du moins le recourant ne parvient pas à la rendre vraisemblable.

Quant à l'appréciation de la cour cantonale qui a considéré que l'allégation du recourant selon laquelle le Procureur aurait altéré la teneur d'un mémoire soumis au secret professionnel et soutenu à tort que le document en question serait exploitable parce qu'il aurait soi-disant pour auteur l'[...] n'était pas établie (grief no 6), le recourant ne démontre pas qu'elle serait arbitraire, c'est-à-dire manifestement insoutenable, et il n'apparaît pas que tel soit le cas, au vu du résultat de l'analyse de la Haute école de gestion de Genève produite par le recourant. Dès lors, on ne saurait, à ce stade, en déduire une impartialité (sic) du Procureur sur ce point.

Pour le reste, la cour cantonale n'a pas discuté précisément des autres éléments avancés par le recourant. Ce dernier a pourtant allégué, en particulier dans le grief n° 9 de sa requête du 28 mars 2018, avoir été privé de son droit de participer à l'administration des preuves garanti par l'art. 147 CPP lors de l'audition d'une des co-prévenus, le 8 mai 2017 (la violation de cette disposition invoquée par le recourant en faveur des autres co-prévenus n'étant pas relevante). Cet élément de fait précis - qui pourrait constituer une violation de ce droit - ne figure pas dans l'arrêt entrepris. On ignore donc si la cour cantonale l'a considéré comme avéré ou non. La cour cantonale ne traite pas non plus les griefs nos 4 et 5 du recourant en lien avec la violation du principe de la bonne foi qu'il allègue également dans sa requête de récusation du 28 mars 2018. L'intéressé évoque à cet égard l'appel téléphonique du 29 janvier 2018 lors duquel le Procureur se serait engagé auprès de son mandataire à restituer tous les éléments saisis respectivement à détruire ceux-ci et la violation de cette promesse en procédant lui-même au tri illicite de données se trouvant indûment en sa possession. La décision entreprise, qui fait pourtant état de cet appel téléphonique, ne contient aucune détermination, respectivement

appréciation juridique sur ces points. De plus, le Procureur, en versant au dossier des éléments protégés par l'art. 264 CPP, respectivement en procédant à leur tri (griefs n^{os} 3, 4 et 5), a commis des erreurs de procédure ayant conduit à l'arrêt cantonal du 17 avril 2018, alors même que son attention avait été attirée à plusieurs reprises sur cette question par le mandataire du recourant. La cour cantonale n'en fait pas mention lorsqu'elle se prononce sur la question de la récusation du Procureur; on pourrait en déduire qu'elle a implicitement considéré que ces seules erreurs de procédure n'étaient pas propres à fonder une récusation. Or, les éléments précités, pris ensemble avec ces erreurs, ce d'autant plus si le Procureur a eu connaissance du contenu d'éléments protégés par l'art. 264 CPP, pourraient être décisifs; l'existence ou non d'une prévention ne peut dès lors être infirmée ou confirmée en l'état, ce qui rend impossible pour l'autorité de céans la vérification correcte de l'application de l'art. 56 let. f CPP. A cela s'ajoute le fait que le recourant soupçonne le Procureur d'avoir eu des contacts avec la Conseillère d'Etat T. _____ sans les mentionner au procès-verbal, hormis celui du 14 mars 2017. Au vu des circonstances, le fait que l'entretien téléphonique du 29 janvier 2018 entre le Procureur et le mandataire du recourant n'ait pas été verbalisé, fait naître un doute, indépendamment de savoir si les contacts téléphoniques qui auraient eu lieu impliquaient une information utile à l'enquête ou une décision (grief n^o 8; cf. décision entreprise p. 12).

Par conséquent, il convient de renvoyer la cause à l'instance précédente pour qu'elle procède, dans le respect du droit d'être entendu du recourant, à un examen complet de la cause. Elle devra rendre une nouvelle décision faisant ressortir les motifs déterminants de fait et de droit en relation avec les questions juridiques soulevées. »

c) Par avis du 28 novembre 2018 adressé aux parties, le Président de la Cour de céans leur a fixé un délai au 10 décembre 2018 pour se déterminer à la suite de l'arrêt du Tribunal fédéral.

Le 7 décembre 2018, le Ministère public a déposé des déterminations, accompagnées d'une pièce (P. 267).

Le 17 décembre 2018, agissant dans le délai prolongé, H. _____ a déposé des déterminations (P. 270), accompagnées d'un onglet de sept pièces réunies sous bordereau (P. 270/1).

En droit :

1. Lorsque le Tribunal fédéral admet un recours, il statue lui-même sur le fond ou renvoie l'affaire à l'autorité précédente pour qu'elle

prenne une nouvelle décision. Il peut également renvoyer l'affaire à l'autorité qui a statué en première instance (art. 107 al. 2 LTF [Loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005; RS 173.110]). L'autorité à laquelle l'affaire est renvoyée doit fonder sa nouvelle décision sur les considérants de droit contenus dans l'arrêt de renvoi. Elle ne peut en aucun cas s'écarter de l'argumentation juridique du Tribunal fédéral, aussi bien en ce qui concerne les points sur lesquels celui-ci a approuvé la motivation précédente que ceux sur lesquels il l'a désapprouvée. Il n'est pas possible de remettre en cause ce qui a été admis – même implicitement – par le Tribunal fédéral (Corboz, *in* : Commentaire de la LTF, 2^e éd., Berne 2014, n. 27 ad art. 107 LTF).

Il y donc lieu de procéder à l'examen complet de la cause requis par le Tribunal fédéral, en tenant compte de l'appréciation opérée par celui-ci et des instructions données.

2.

2.1 Comme l'a exposé le Tribunal fédéral dans son arrêt du 5 novembre 2018, le requérant a allégué, en particulier dans le grief n° 9 de sa requête du 28 mars 2018, avoir été privé de son droit de participer à l'administration des preuves garanti par l'art. 147 CPP lors de l'audition d'une des co-prévenus, le 8 mai 2017, ce qui selon le Tribunal fédéral pourrait constituer une violation de ce droit.

Dans ses déterminations du 17 décembre 2018, le requérant fait valoir que la prévenue S._____ a été entendue le 8 mai 2017 sans lui donner l'occasion d'assister à son interrogatoire et de poser d'éventuelles questions. Il fait également valoir qu'il a été privé de participer à l'audition du prévenu G._____ le 28 mars 2017, lors de laquelle ce dernier avait évoqué son nom à plusieurs reprises sur demande des enquêteurs. Or, pour le requérant, l'urgence invoquée par la direction de la procédure dans le cas de l'audition de S._____ ne justifiait en aucun cas de le priver de la défense de ses droits, ce motif n'étant pas reconnu par la jurisprudence. Le requérant souligne en outre que le Procureur n'a avancé

aucun motif justifiant son absence lors de l'audition de G._____. Son droit d'être entendu aurait ainsi, par deux fois, été violé, ce pour cinq auditions réalisées avant le dépôt de la requête de récusation. Il s'agirait dès lors d'une faute grave et répétée, qui ne pouvait être invoquée immédiatement, mais seulement lorsque l'accumulation d'erreurs donnait objectivement à penser que le Procureur était prévenu.

Dans ses déterminations du 7 décembre 2018, le Procureur ne nie pas la violation du droit d'être entendu du requérant, mais se borne à indiquer qu'on peine à comprendre en quoi l'absence de l'intéressé ou de son défenseur lors de la première audition de S._____ aurait porté préjudice aux intérêts du premier.

Pour la Cour de céans, il a lieu de retenir que le Procureur a bien violé le droit du requérant de participer à l'administration des preuves. Pour le surplus, si ce dernier ne s'en était pas plaint auparavant, il était fondé à s'en prévaloir au moment d'apprécier si l'on était en présence d'erreurs répétées du magistrat, de nature à fonder une suspicion de partialité.

2.2 Conformément aux instructions du Tribunal fédéral, il sied également de traiter les griefs n^{os} 4 et 5 du requérant en lien avec la violation du principe de la bonne foi alléguée également dans sa requête de récusation du 28 mars 2018. En particulier, le requérant a invoqué un appel téléphonique du 29 janvier 2018 lors duquel le Procureur se serait engagé auprès de son mandataire à restituer tous les éléments saisis, respectivement à détruire ceux-ci et la violation de cette promesse en procédant lui-même au tri illicite de données se trouvant indûment en sa possession. Si, dans son arrêt du 21 juin 2018 (n° 480), la Cour de céans retient bien ces faits (cf. lettre A.e), l'arrêt en question ne contient toutefois aucune détermination, respectivement appréciation juridique sur ces points.

En l'occurrence, le Ministère public produit, à l'appui de ses déterminations du 7 décembre 2018, un échange de courriels qui a eu lieu

les 29 et 30 janvier 2018 avec l'inspecteur [...], dans lequel il disait à l'inspecteur que Me F._____ était « heureux d'apprendre que les données seront probablement effacées après un ultime contrôle » (cf. P. 267). De son côté, le requérant conteste qu'il ait été question lors de l'entretien téléphonique du 29 janvier 2018 qu'un ultime contrôle soit effectué par l'autorité d'enquête et que la restitution des éléments saisis ne soit que « probable ». Dans ces conditions, il est difficile de savoir quelle a été la teneur exacte de l'échange téléphonique en cause. Cela étant, le fait qu'un mois plus tard, le 27 février 2018, le requérant ait écrit au Procureur que celui-ci avait dit lors de l'entretien téléphonique du 29 janvier 2018 que les éléments seraient rapidement restitués sans qu'il en soit conservé de copie, et que le Procureur n'ait pas contesté ce courrier, tend à accréditer la version du requérant. On tiendra donc compte, dans l'appréciation d'ensemble, du fait que le Procureur n'a selon toute vraisemblance pas respecté des engagements pris.

2.3 Le Tribunal fédéral indique que le Procureur, en versant au dossier des éléments protégés par l'art. 264 CPP, respectivement en procédant à leur tri (griefs n^{os} 3, 4 et 5), a commis des erreurs de procédure ayant conduit à l'arrêt cantonal du 17 avril 2018, alors même que son attention avait été attirée à plusieurs reprises sur cette question par le mandataire du recourant. Il précise que les éléments précités, pris ensemble avec ces erreurs, ce d'autant plus si le Procureur a eu connaissance du contenu d'éléments protégés par l'art. 264 CPP, pourraient être décisifs s'agissant de constater l'existence d'une prévention. A cet égard, comme le relève le requérant dans ses déterminations du 17 décembre 2018, le Procureur a, de fait, reconnu dans ses propres déterminations du 7 décembre 2018 qu'il avait pris connaissance du contenu d'éléments protégés par l'art. 264 CPP, mais il soutient que c'est parce qu'il partait du principe que ces données n'étaient pas visées par la demande de mise sous scellés et qu'elles pouvaient donc être perquisitionnées sans restriction.

Or il faut retenir que tel n'était absolument pas le cas, comme la Cour de céans l'a constaté déjà dans son arrêt du 17 avril 2018 (n° 289).

2.4 Par ailleurs, le requérant émet l'hypothèse que le Procureur aurait eu des contacts avec la Conseillère d'Etat T._____ sans les mentionner au procès-verbal, hormis celui du 14 mars 2017. Sur ce point, la Cour de céans reprend l'appréciation du Tribunal fédéral selon laquelle le fait que l'entretien téléphonique du 29 janvier 2018 entre le Procureur et le mandataire du recourant n'ait pas été verbalisé fait déjà naître un doute, indépendamment de savoir si les contacts téléphoniques qui auraient eu lieu avec la Conseillère d'Etat précitée impliquaient une information utile à l'enquête ou une décision. Ainsi, la question de l'existence éventuelle d'autres échanges non verbalisés entre le Procureur et quiconque dans ce dossier peut rester ouverte.

2.5 Le requérant revient enfin sur la production, par le Procureur, d'un document altéré - non dans son contenu, mais dans ses métadonnées - et sur son maintien dans la procédure de recours, alors qu'il aurait dû faire marche arrière au vu des explications fournies par le requérant. Le Tribunal fédéral a certes requis un examen complet de la cause, mais il s'est déjà prononcé sur ce point. Il n'y a donc pas lieu, pour la Cour de céans, d'y revenir en détail - si ce n'est pour constater que les explications du Procureur sur l'altération du document apparaissent peu convaincantes - dans la mesure où il découle déjà de tous les éléments susmentionnés, appréciés dans leur ensemble, une apparence de prévention du Procureur à l'égard du requérant.

3. En conséquence, il convient d'admettre la demande de récusation présentée par H._____. Le dossier sera adressé au Procureur général du Canton de Vaud afin qu'il désigne un autre procureur.

Les frais de procédure, constitués de l'émolument de décision, par 1'100 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 laissés à la charge de l'Etat (art. 59 al. 4 CPP).

Par ces motifs,
la Chambre des recours pénale
prononce :

- I.** La demande de récusation présentée le 28 mars 2018 par H. _____ à l'encontre du Procureur V. _____ est admise.
- II.** Le dossier de la cause est transmis au Procureur général du Canton de Vaud pour nouvelle attribution.
- III.** Les frais de la présente décision, par 1'100 fr. (mille cent francs), sont laissés à la charge de l'Etat.
- IV.** La décision est exécutoire.

Le 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 Jérôme Benedict (pour H. _____),
- Me Nicolas Gillard (pour I. _____ SA et P. _____ SA),
- Me Elie Elkaïm (pour B. _____),
- Ministère public central,

et communiqué à :

- M. le Procureur V. _____ du Ministère public central, division affaires spéciales,

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 fédéral; 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 :