

CHAMBRE DES RECOURS PENALE

Arrêt du 5 février 2020

Composition : M. PERROT, président
MM. Meylan et Krieger, juges
Greffière : Mme Vuagniaux

**Art. 310 al. 1 let. a et 442 al. 4 CPP ; 173 et 174 CP ; 3 al. 1 let. a
LCD**

Statuant sur le recours interjeté le 23 décembre 2019 par
X._____SA contre l'ordonnance de non-entrée en matière rendue le 12
décembre 2019 par le Ministère public de l'arrondissement de Lausanne
dans la cause **n° PE19.004047-XMA**, la Chambre des recours pénale
considère :

En fait :

A. X._____SA et Z._____SA sont des sociétés concurrentes,
dont l'activité consiste notamment à installer des cabinets dentaires et à
assurer la maintenance de leurs installations.

La Dresse P._____ est cliente de la société X._____SA.
T._____ est le délégué commercial de Z._____SA.

Les faits litigieux se sont déroulés le 31 janvier 2019 dans le cabinet de la Dresse P._____, tandis qu'un employé de X._____SA, C._____, était affairé à réparer un fauteuil et que T._____ ne l'avait pas vu. Après que ce dernier aurait dit à la Dresse P._____ que le travail réalisé par X._____SA était « *du gros n'importe quoi* », C._____ serait sorti de la salle de soins et aurait dit à T._____ : « *Oui c'est nous X._____SA, le sous-traitant pour [...], vous êtes en train de dire qu'on ne travaille pas bien ?* ». Ce à quoi T._____ aurait répondu en regardant par terre : « *Bah oui c'est pas vraiment ça* ».

Le 22 février 2019, l'avocat Fabien Hohenauer, agissant au nom de X._____SA, a déposé plainte contre Z._____SA et T._____ pour atteinte à l'honneur au sens des art. 173 et 174 CP et concurrence déloyale au sens des art. 3 et 23 LCD. Il a produit une procuration au nom de X._____SA lui donnant mandat de la représenter et d'agir en son nom dans le cadre du litige qui l'oppose à Z._____SA.

B. Par ordonnance du 12 décembre 2019, le Ministère public de l'arrondissement de Lausanne a dit qu'il n'entrait pas en matière sur la plainte déposée par X._____SA (I) et a mis les frais, par 225 fr., à la charge de l'avocat Fabien Hohenauer (II).

La Procureure a exposé qu'une procuration spéciale - et non générale - était nécessaire pour les actes compromettant des biens immatériels tels que l'honneur, que la personne, dont l'identité était par ailleurs inconnue, qui avait signé la procuration n'avait pas donné à Me Hohenauer les pouvoirs de déposer plainte contre T._____ et que la plainte n'avait pas été ratifiée dans le délai de l'art. 31 CP, de sorte que la plainte n'était pas recevable à la forme.

Sur le fond, la Procureure a considéré que les infractions dénoncées ne paraissaient pas réalisées, d'une part parce que les allégations visant la réputation professionnelle n'étaient pas des allégations attentatoires à l'honneur protégées par le Code pénal, d'autre part parce que les propos négatifs tenus n'avaient pas le caractère de gravité nécessaire pour être illicites au sens de l'art. 3 al. 1 let. a LCD.

C. Par acte du 23 décembre 2019, X._____SA, par l'avocat Fabien Hohenauer, a recouru contre cette ordonnance, en concluant à son annulation et au renvoi de la cause au Ministère public pour qu'il ouvre une instruction.

Le 30 janvier 2020, le Ministère public a conclu au rejet du recours.

En droit :

1. Interjeté en temps utile (art. 310 al. 2 et 322 al. 2 CPP [Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 ; RS 312.0]), contre une ordonnance de non-entrée en matière rendue par le ministère public (art. 393 al. 1 let. a CPP), par la partie plaignante qui a qualité pour recourir (art. 382 al. 1 CPP) et dans les formes prescrites (art. 385 al. 1 CPP), le recours est recevable.

2.

2.1 La recourante soutient que l'affaire a pour objet principal la sauvegarde de ses intérêts commerciaux, de sorte qu'une procuration générale était suffisante pour déposer plainte. Elle considère en outre qu'il n'était pas nécessaire d'inclure T._____ dans l'intitulé de la procuration, puisque celui-ci est un employé de Z._____SA et que la société répond du dommage causé par ses travailleurs ou ses auxiliaires en vertu de l'art. 55 CO.

2.2 Le droit de déposer plainte est de nature strictement personnelle (ATF 122 IV 207 consid. 3c, JdT 1998 IV 76). Si une procuration générale suffit pour une atteinte à des droits matériels, une procuration spéciale donnée expressément ou tacitement en vue du cas concret, ou la ratification par le lésé dans le délai de plainte, est nécessaire pour des biens immatériels strictement personnels comme l'atteinte à l'honneur (Dupuis et alii, Petit Commentaire du Code pénal, 2^e éd., Bâle 2017, n. 13 ad art. 30 CP ; CREP 17 mai 2018/369 consid. 4.2.1).

Dans la mesure où la plainte pénale a été déposée par un représentant sans pouvoirs, la ratification par le lésé doit intervenir avant l'expiration du délai de plainte. Toute autre manière de voir serait contraire au but et au sens du délai de plainte (ATF 103 IV 71 consid. 4b). Il n'appartient pas au ministère public d'interpeller le plaignant sur l'échéance du délai de plainte et la validité de la procuration produite, le respect de ces exigences de forme incombant aux parties (CREP 17 mai 2018/369 consid. 4.3 in fine).

La plainte peut être déposée par écrit, mais aussi oralement (art. 304 al. 1 CPP). Elle peut l'être par un avocat (Devaud/Berset Hemmer, Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, 2^e éd., Bâle 2019, n. 3 ad art. 304 CPP). Si le dépôt de plainte par oral est admis, cela rend tout de même nécessaire que le représentant, lui, dispose d'un pouvoir spécial, tel que prévu à l'art. 462 al. 2 CO (ATF 99 IV 1 consid. 2d). Certes, le pouvoir exprès de la procuration peut être conféré par écrit ou par oral. Il appartient toutefois à la partie de prouver avoir donné le pouvoir exprès (Chappuis, Commentaire romand, Code des obligations I, 2^e éd., Bâle 2012, n. 14 ad art. 462 CO et n. 7 ad art. 460 CO).

Selon la jurisprudence, lorsque la plainte est déposée au nom d'une personne morale, il faut se référer à sa structure interne pour déterminer qui a qualité pour déposer plainte. C'est en principe l'organe qui a pour mission de veiller sur les intérêts lésés par l'infraction et dont les pouvoirs sont mentionnés au registre du commerce. S'agissant d'une société anonyme, il s'agira en principe de l'administration. Toutefois,

lorsqu'il y a lieu de sauvegarder les intérêts commerciaux d'une entreprise, un mandataire commercial au bénéfice d'une procuration générale au sens de l'art. 462 CO peut déposer plainte sans décision préalable du conseil d'administration pour autant que cela ne soit pas contraire à la volonté de celui-ci. En revanche, s'agissant d'actes qui compromettent des intérêts strictement personnels, telle une atteinte à l'honneur, la procuration spéciale est nécessaire (ATF 118 IV 167 consid. 1b et les références; CREP 22 août 2018/638 consid.2.2).

2.3 La recourante ne prétend pas, à juste titre, que la Procureure aurait dû l'interpeller sur la validité de la procuration, dès lors que le respect de son exigence de forme lui incombait.

Si on peut admettre que la plainte pour violation de la LCD (loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 ; RS 241) relève d'une atteinte à des droits matériels pour laquelle une procuration générale suffit, il n'en va pas de même de la plainte pour diffamation et calomnie, qu'elle vise Z. _____ SA ou T. _____. Il s'agit dans ce dernier cas de droits strictement personnels pour lesquels une procuration spéciale est nécessaire. L'art. 55 CO n'est ainsi d'aucun secours à la recourante en procédure pénale.

La recourante soutient toutefois subsidiairement qu'une procuration spéciale a de toute manière été tacitement délivrée, figure juridique admise par la jurisprudence mais que la Procureure n'a pas examinée. Elle fait ainsi état de plusieurs indices :

- dans son programme informatique, Me Hohenauer a ouvert le dossier sous l'intitulé « *Plainte pénale contre Z. _____ SA et T. _____* » (P. 7/2/5) ;

- la liste d'opérations de Me Hohenauer indique, à la date du 12 février 2019, un entretien téléphonique entre M. [...], administrateur (P. 3/1 plainte), et Me Hohenauer (P. 7/2/6) ;

- la même liste des opérations mentionne, à la date du 15 février 2019 : « *Procuration (plainte pénale c/Z._____SA et M. T._____* » ;

- dès lors que la procuration est datée du 16 février 2019, soit 4 jours après le téléphone avec le client et 6 jours avant le dépôt de la plainte, cela démontre qu'elle a été établie en vue du cas concret de la présente procédure ;

- dans une procédure antérieure pour le même client, Me Hohenauer avait produit à la demande du procureur des procurations spéciales (P. 7/2/8-10) ;

- la plainte pénale mentionne bien qu'elle est dirigée contre Z._____SA et T._____ (P. 4) ;

- Me Hohenauer a produit avec sa plainte un courriel du 31 janvier 2019 de la directrice générale - et administratrice présidente (P. 4/3/1) - de la recourante, [...], menaçant Z._____SA de procédures judiciaires (P. 4/3/4) ;

- [...] dispose de la signature individuelle et il résulte du dossier que c'est elle qui a signé la procuration litigieuse.

On doit admettre que les éléments qui précèdent forment un faisceau d'indices suffisant pour considérer que la recourante avait confié à Me Hohenauer la défense de ses intérêts dans la présente cause, de manière spécifique tant à l'égard de Z._____SA que de T._____.

Il en résulte qu'il n'était pas justifié de mettre les frais de la cause à la charge de l'avocat Fabien Hohenauer personnellement. Il y a en outre lieu d'entrer en matière sur le fond.

3.

3.1 La recourante soutient que les propos tenus par T._____ ont pour conséquence de propager une accusation sur la mauvaise qualité de ses prestations, ce qui est susceptible d'être punissable au sens des art. 173 et 174 CP, de sorte que le Ministère public aurait dû ouvrir une instruction et procéder à des mesures d'instruction telles que les auditions de C._____ et de la Dresse P._____.

3.2

3.2.1 Conformément à l'art. 310 al. 1 let. a CPP, le ministère public rend immédiatement – c'est-à-dire sans qu'une instruction soit ouverte – une ordonnance de non-entrée en matière lorsqu'il apparaît, à réception de la dénonciation (art. 301 ss CPP) ou de la plainte (Grodecki/Cornu, Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, 2^e éd., Bâle 2019, nn. 1-2 ad art. 310 CPP) ou après une procédure préliminaire limitée aux investigations de la police (art. 300 al. 1 et 306 ss CPP), que les éléments constitutifs d'une infraction ou les conditions à l'ouverture de l'action pénale ne sont manifestement pas réunis (TF 6B_898/2017 du 8 mars 2018 consid. 3.1).

Selon cette disposition, il importe donc que les éléments constitutifs de l'infraction ne soient manifestement pas réunis. En d'autres termes, il faut être certain que l'état de fait ne constitue aucune infraction. Une ordonnance de non-entrée en matière ne peut être rendue que dans les cas clairs du point de vue des faits mais également du droit. S'il est nécessaire de clarifier l'état de fait ou de procéder à une appréciation juridique approfondie, le prononcé d'une ordonnance de non-entrée en matière n'entre pas en ligne de compte. En règle générale, dans le doute, il convient d'ouvrir une enquête pénale (ATF 137 IV 285 consid. 2.3 et les références, JdT 2012 IV 160). En revanche, le ministère public doit pouvoir rendre une ordonnance de non-entrée en matière dans les cas où il apparaît d'emblée qu'aucun acte d'enquête ne pourra apporter la preuve d'une infraction à la charge d'une personne déterminée (TF 1B_67/2012 du 29 mai 2012 consid. 3.2).

3.2.2 Selon l'art. 173 ch. 1 CP, se rend coupable de diffamation celui qui, en s'adressant à un tiers, aura accusé une personne ou jeté sur elle le soupçon de tenir une conduite contraire à l'honneur, ou de tout autre fait propre à porter atteinte à sa considération, ou celui qui aura propagé une telle accusation ou un tel soupçon.

Selon l'art. 174 ch. 1 CP, se rend coupable de calomnie celui qui, connaissant la fausseté de ses allégations, aura, en s'adressant à un tiers, accusé une personne ou jeté sur elle le soupçon de tenir une conduite contraire à l'honneur, ou de tout autre fait propre à porter atteinte à sa considération, ainsi que celui qui aura propagé de telles accusations ou de tels soupçons, alors qu'il en connaissait l'inanité.

Jouit du droit à l'honneur non seulement toute personne physique, mais toute personne morale ou entité capable d'ester en justice, à l'exception des collectivités publiques et des autorités (ATF 124 IV 262 consid. 2a ; ATF 114 IV 14 consid. 2a). Une personne morale est atteinte dans son honneur lorsqu'il est allégué qu'elle a une activité ou un but propre à la rendre méprisable selon les conceptions morales généralement admises, ou lorsqu'on la dénigre elle-même, en évoquant le comportement méprisable de ses organes ou employés (TF 6B_1020/2018 du 1^{er} juillet 2019 consid. 5.1.1 et les références ; TF 6B_119/2017 du 12 décembre 2017 consid. 3.1).

Ces dispositions protègent la réputation d'être une personne honorable, c'est-à-dire de se comporter comme une personne digne a coutume de le faire selon les conceptions généralement reçues. L'honneur protégé par le droit pénal est conçu de façon générale comme un droit au respect qui est lésé par toute assertion propre à exposer la personne visée au mépris en sa qualité d'être humain (ATF 137 IV 313 consid. 2.1.1 ; ATF 132 IV 112 consid. 2.1). Pour apprécier si une déclaration est attentatoire à l'honneur, il faut se fonder non pas sur le sens que lui donne la personne visée, mais sur une interprétation objective selon la signification qu'un destinataire non prévenu doit, dans les circonstances d'espèce, lui attribuer. Un texte doit être analysé non seulement en fonction des expressions utilisées, prises séparément, mais aussi selon le sens général qui se dégage du texte dans son ensemble (TF 6B_143/2011 du 16 septembre 2011 consid. 2. 1. 3 et les références; Corboz, Les infractions en droit suisse, vol. I, 3^e éd., Berne 2010, nn. 13 et 42 ad art. 173 CP).

La réputation relative à l'activité professionnelle ou au rôle joué dans la communauté n'est pas pénalement protégée ; il en va ainsi des critiques qui visent, comme tels, la personne de métier, l'artiste, le politicien ou la politicienne, même si elles sont de nature à blesser et à discréditer (ATF 128 IV 53 consid. 1a ; ATF 119 IV 44 consid. 2a ; TF 6B_1020/2018 du 1^{er} juillet 2019 consid. 5.1.1). Ainsi, dans le domaine des activités socio-professionnelles, il ne suffit pas, pour qu'il y ait atteinte à l'honneur, de dénier à une personne certaines qualités, de lui imputer des défauts ou de l'abaisser par rapport à ses concurrents. En revanche, il y a atteinte à l'honneur, même dans ces domaines, si on évoque une infraction pénale ou un comportement clairement réprouvé par les conceptions morales généralement admises (TF 6B_1020/2018 du 1^{er} juillet 2019 consid. 5.1.1 ; TF 6B_224/2016 du 3 janvier 2017 consid. 2.2 ; ATF 116 IV 205 consid. 2).

3.2.3 Selon l'art. 3 al. 1 let. a LCD, agit de façon déloyale celui qui dénigre autrui, ses marchandises, ses œuvres, ses prestations, ses prix ou ses affaires par des allégations inexactes, fallacieuses ou inutilement blessantes.

Il est admis que les éléments constitutifs de l'infraction de concurrence déloyale sont directement déduits des dispositions figurant aux art. 3 à 6 LCD, lesquelles comportent ainsi une double nature, civile et pénale. La réalisation des comportements civilement pertinents aux termes des art. 3 à 6 LCD est déterminante dans la recherche d'une responsabilité pénale qui ne constituera toutefois qu'une *ultima ratio*. En principe, le droit pénal n'intervient que lorsque les atteintes aux intérêts des particuliers ou de la collectivité sont si graves que la seule réparation du préjudice est insuffisante. Ce constat, de même que les exigences strictes en matière de respect du principe de la légalité en droit pénal, impliquent d'interpréter de manière restrictive l'énoncé de fait légal lorsqu'il s'agit de déterminer s'il constitue (aussi) une infraction pénale (Macaluso/Dutoit, Commentaire romand, LCD, Bâle 2017, n. 16 ad art. 23 LCD et les références). Celui qui dénigre au sens de l'art. 3 al. 1 let. a LCD s'efforce de noircir et de faire mépriser quelqu'un ou quelque chose en

l'attaquant et en niant ses qualités. Un propos est dénigrant lorsqu'il rend méprisable le concurrent ou ses marchandises. Tout propos négatif ne suffit pas ; il doit revêtir un certain caractère de gravité (ATF 122 IV 33 consid. 2d). Une allégation n'est pas déjà illicite au sens de l'art. 3 al. 1 let. a LCD du seul fait qu'elle dénigre les marchandises d'un concurrent. Il faut encore qu'elle soit inexacte - c'est-à-dire contraire à la réalité -, ou bien fallacieuse - c'est-à-dire exacte en elle-même, mais susceptible, par la manière dont elle est présentée ou en raison de l'ensemble des circonstances, d'éveiller chez le destinataire une impression fautive -, ou encore inutilement blessante - à savoir qu'elle donne du concurrent, respectivement de ses prestations au sens large, une image négative, outrancière, que la lutte économique ne saurait justifier (TF 5A_585/2010 du 15 juin 2011 consi. 7.2 ; TF 6B_824/2007 du 17 avril 2008 consid. 2.3.1 ; ATF 124 III 72 consid. 2b/aa).

3.3 En l'espèce, sont litigieuses deux déclarations de T. _____ à l'intention de la Dresse P. _____, à savoir « *c'est du gros n'importe quoi* » en ce qui concerne le travail réalisé en général par la recourante, puis « *bah oui c'est pas vraiment ça* » en ce qui concerne les travaux de dépannage.

S'agissant des infractions contre l'honneur, on ne peut que constater que les propos exprimés par T. _____, par ailleurs peu incisifs, ne visaient que des qualités professionnelles de la recourante qui ne sont pas pénalement protégées. T. _____ n'a pas non plus affirmé qu'un administrateur ou un employé de la recourante, dans le cadre de ses fonctions, se serait rendu coupable d'une infraction pénale ou aurait eu un comportement méprisable ou clairement réprouvé par les conceptions morales généralement admises. C'est donc à juste titre que la Procureure a retenu que les éléments constitutifs des art. 173 et 174 CP n'étaient manifestement pas réunis.

Les propos incriminés ne dénigrent pas non plus la recourante en violation de l'art. 3 al. 1 let. a LCD, dès lors qu'ils ne revêtent pas le caractère de gravité exigé tant par la doctrine que par la jurisprudence,

respectivement ne donnent pas d'elle une image négative ou outrancière. La recourante en est par ailleurs consciente, puisqu'elle soutient que l'ouverture d'une enquête, notamment les auditions de C._____ et de la Dresse P._____, permettrait éventuellement de mettre à jour d'autres propos dénigrants de T._____. Or, la recourante perd de vue que, pour ouvrir une enquête, en particulier dans les infractions poursuivies sur plainte, il faut préalablement, et non après coup, des indices sérieux de la commission des infractions reprochées. Cet argument tombe de plus à faux en l'espèce, dès lors que les propos incriminés ont été entendus et rapportés par un employé de la recourante présent sur place et que l'on ne voit pas ce que celui-ci ou la Dresse P._____ pourraient ajouter plus d'une année après.

En l'absence d'éléments constitutifs d'une infraction contre l'honneur et d'une infraction en violation de la LCD, c'est à bon droit que la Procureure a rendu une ordonnance de non-entrée en matière.

4. Il résulte de ce qui précède que le recours de X._____SA doit être partiellement admis et l'ordonnance entreprise réformée en ce sens que les frais de procédure sont laissés à la charge de l'Etat. L'ordonnance est confirmée pour le surplus.

Les frais d'arrêt, par 1'210 fr. (art. 20 al. 1 [TFIP [Tarif des frais de procédure et indemnités en matière pénale du 28 septembre 2010 ; BLV 312.03.1]), seront mis par moitié à la charge de la recourante, qui succombe partiellement (art. 428 al. 1 CPP), et par moitié laissés à la charge de l'Etat.

La recourante, qui obtient partiellement gain de cause et qui a procédé avec l'assistance d'un avocat de choix, a droit à une indemnité pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits pour la procédure de recours. Cette indemnité sera fixée à 1'200 fr. (4 h à 300 fr.). Toutefois, vu l'issue du recours, elle sera réduite de moitié, soit à 600 fr., montant auquel il faut ajouter 2 % pour les débours (art. 19 al. 2 TDC [Tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; BLV

270.11.6] applicable par renvoi de l'art. 26a al. 6 TFIP), soit 12 fr., de sorte que l'indemnité totale s'élève à 659 fr. 10, TVA par 7,7 % incluse. Elle sera laissée à la charge de l'Etat, en l'absence de partie succombante (TF 6B_265/2016 du 1^{er} juin 2016 consid. 2.3 et 2.4 *in limine*).

Selon l'art. 442 al. 4 CPP, les frais d'arrêt mis à la charge de la recourante à hauteur de 605 fr. (soit la moitié de 1'210 fr.), seront compensés avec l'indemnité de 659 fr. 10 qui lui est allouée, de sorte que le solde dû par l'Etat à la recourante s'élève en définitive à 54 fr. 10.

Par ces motifs,
la Chambre des recours pénale
prononce :

- I.** Le recours est partiellement admis.
- II.** L'ordonnance du 12 décembre 2019 est réformée au chiffre II de son dispositif en ce sens que les frais sont laissés à la charge de l'Etat. Elle est confirmée pour le surplus.
- III.** Les frais de la procédure de recours, par 1'210 fr. (mille deux cent dix francs), sont mis par moitié à la charge de X. _____ SA et par moitié à la charge de l'Etat.
- IV.** Une indemnité réduite de 659 fr. 10 (six cent cinquante-neuf francs et dix centimes) est allouée à X. _____ SA pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits dans la procédure de recours, à la charge de l'Etat.
- V.** Les frais d'arrêt mis à la charge de X. _____ SA, par 605 fr. (six cent cinq francs), sont compensés avec l'indemnité allouée au chiffre IV ci-dessus, un solde de 54 fr. 10 (cinquante-quatre francs et dix centimes) étant dû par l'Etat à X. _____ SA.
- VI.** L'arrêt est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du

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

- Me Fabien Hohenauer, avocat (pour X. _____ SA),
- Ministère public central,

et communiqué à :

- Mme la Procureure 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 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).

La greffière :