

CHAMBRE DES RECOURS PENALE

Arrêt du 19 janvier 2015

Composition : M. A B R E C H T, président
MM. Krieger et Maillard, juges
Greffier : M. Ritter

Art. 141 al. 2, 4 et 5 CPP

Statuant sur le recours interjeté le 27 novembre 2014 par **T._____** contre l'ordonnance de refus de retranchement de pièces rendue le 12 novembre 2014 par le Ministère public de l'arrondissement de Lausanne dans la cause **n° PE13.008544-MRN**, la Chambre des recours pénale considère :

En fait :

A. a) Le 27 avril 2013, O._____, sise à Genève, active dans le domaine de la [...], a déposé plainte pénale contre ses ex-employés T._____ et N._____, pour concurrence déloyale ainsi que pour toute infraction que l'enquête pourrait faire apparaître (P. 4).

La plaignante a exposé qu'T._____ avait été engagé le 2 octobre 2006 comme cadre technico-commercial pour diriger la succursale de Lausanne (P. 5/2). Licencié le 26 mai 2012 pour le 31 juillet 2012, il n'est, de l'aveu de la plaignante, plus revenu à son poste de travail une fois son licenciement notifié (P. 4, ch. 4, p. 2 in initio). Pour sa part, N._____ a été employé de la plaignante comme responsable pour la région valaisanne au titre d'un contrat de travail conclu le 5 décembre 2007 et entré en vigueur le 1^{er} février 2008 (P. 28/2). Il a occupé ce poste jusqu'à son licenciement, signifié en date du 30 septembre 2011 avec effet au 30 novembre 2011 (P. 5/3 et 28/3). Le 24 avril 2012, il est devenu l'administrateur unique d'une société inscrite au Registre du commerce sous la raison sociale [...]; cette entreprise était active dans le même domaine que la plaignante (P. 5/4). Les deux travailleurs s'étaient contractuellement engagés à garder secrètes et confidentielles toutes les affaires traitées par leurs soins même à l'issue des rapports de travail (P. 5/2 et 28/2).

La plaignante fait en particulier grief au prévenu T._____ d'avoir, à Lausanne, entre l'automne 2011 et le printemps 2012, alors qu'il était responsable de sa succursale de Lausanne et qu'il s'était engagé auprès d'elle à garder confidentielles et secrètes les affaires qu'il traitait en sa faveur, communiqué à N._____ des secrets commerciaux auxquels il avait eu accès en sa qualité de responsable du succursale. Depuis lors, il serait devenu l'employé de son ancien collègue. Pour sa part, ce dernier aurait, depuis Savièse (VS), entre l'automne 2011 et le printemps 2012 à tout le moins, utilisé au profit de la société [...] les secrets commerciaux d'O._____ qu'T._____ lui avait communiqués en violation de ses engagements contractuels. Cette concurrence, tenue pour déloyale, aurait connu une ampleur telle que le chiffre d'affaires de la succursale lausannoise de la plaignante se serait effondré et que cette représentation aurait de ce fait dû fermer ses portes à la fin de l'été 2012 (P. 4, ch. 12, p. 3).

Les secrets commerciaux en question auraient, selon la plaignante, été communiqués par T._____ à N._____ depuis la plateforme informatique d'O._____, à laquelle il avait accès durant les rapports de travail, au moyen de divers messages adressés entre le 11 novembre 2011 et le 5 juin 2012 (P. 4, ch. 8, pp. 2 s.). Les courriels incriminés, bien que détruits par leur auteur, ont été retrouvés le 25 mars 2013 dans le serveur de l'ex-employeur par un informaticien, [...] (P. 5/5), mandaté pour ouvrir le compte courriel de T._____. La plaignante a ainsi produit copie de ces divers courriels, avec leurs documents joints; ces messages comportaient la description de certains de ses articles et prestations commerciales (P. 5/6 à 5/20).

b) Ensuite de cette plainte, le Ministère public de l'arrondissement de Lausanne a ouvert une instruction pénale contre T._____ pour concurrence déloyale et violation du secret de fabrication ou du secret commercial et contre N._____ pour concurrence déloyale et violation du secret de fabrication ou du secret commercial, subsidiairement concurrence déloyale (cf. not. PV des opérations, mention du 26 mars 2014). Sur la base des éléments ressortant des courriels

incriminés, la procureure a interpellé notamment divers ex-clients d'O._____ (P. 6 à 8, 21 et 22). Les tiers en question ont précisé les motifs pour lesquels ils avaient interrompu les relations d'affaires avec la plaignante, respectivement pour lesquels ces rapports n'avaient pas été noués; divers documents annexes ont aussi été produits à l'appui de ces réponses (P. 9, 10/1, 10/2, 12, 26/1, 26/3 à 26/29, 27/1 et 34/2 à 34/13).

Les prévenus ont été entendus le 13 mai 2014 au sujet des faits qui leur étaient reprochés (PV aud. 1). Au cours de cette audition de confrontation, la plaignante a, par ses représentants, fait derechef valoir que la violation de secrets d'affaires du fait du prévenu T._____ et la concurrence du prévenu N._____ avaient eu pour effet de lui faire perdre divers clients, qu'elle a expressément désignés (PV aud. 1, lignes 431-446). L'un de ses représentants a précisé que les courriels versés au dossier avaient été découverts par hasard (PV aud. 1, ligne 449).

B. Par courrier du 8 juillet 2014 (P. 35), T._____ a requis le retranchement du dossier de la cause des copies de courriels qu'il avait expédiés alors qu'il était au service de la plaignante (P. 5/6, 5/8, 5/10 à 5/12 et 5/14 à 5/19), ainsi que des documents obtenus sur la base des informations ressortant de ces courriels (P. 5/7, 5/9, 5/13, 5/20, 9, 10, 12, 26 et 27).

Entendu le 28 octobre 2014, [...] a déclaré avoir « récupéré le fichier Outlook, soit celui qui contient les copies d'email, sur sa session et l'[avoir] transféré sur l'ordinateur de [...] (administrateur de O._____, *réd.*) »; il a en outre déclaré avoir « (...) créé une connexion entre le compte email de Monsieur T._____ qui est sur le serveur et qui traite et stock (sic) les emails de O._____ de manière général (sic) et l'ordinateur de Monsieur [...] (...) » (PV aud. 2, lignes 25-30). L'informaticien a ajouté ce qui suit : « Même lorsque cette connexion est créée il faut disposer du nom d'utilisateur et du mot de passe du titulaire du compte pour y accéder. Pour ma part, j'avais accès au compte administrateur du serveur se (sic) me permet de réinitialiser n'importe quel mot de passe. Pour vous répondre, j'ai fait ce travail uniquement pour le compte email de Monsieur

T._____ » (PV aud. 2, lignes 30-34). Enfin, il a précisé que le compte Outlook de ce dernier était protégé par un mot de passe (PV aud. 2, lignes 99-101).

Par ordonnance de refus de retranchement de pièces du 12 novembre 2014, la Procureure a rejeté la réquisition d'T._____ du 8 juillet 2014 tendant au retranchement du dossier des pièces 5/6, 5/8, 5/10 à 5/12 et 5/14 à 5/19 ainsi que des pièces 5/7, 5/9, 5/13, 5/20, 9, 10, 12, 26 et 27 (I) et a dit que les frais suivaient le sort de la cause (II).

C. Par acte du 27 novembre 2014, T._____, agissant par son défenseur, a recouru contre cette ordonnance, concluant, avec dépens, principalement à son annulation, les pièces en cause et le procès-verbal de l'audition du 13 mai 2014 étant retirés du dossier pénal, puis conservés à part jusqu'à la clôture définitive de la procédure, avant d'être détruits; subsidiairement, il a conclu au renvoi de la cause au Ministère public pour nouvelle décision dans le sens des considérants (P. 54/1).

Le 12 janvier 2015, l'intimée O._____ a conclu au rejet du recours (P. 60). La Procureure a renoncé à se déterminer (P. 59), à l'instar de l'intimé N._____ (P. 56).

En droit :

1. Interjeté dans le délai légal (art. 322 al. 2 CPP [Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007, RS 312.0], par renvoi de l'art. 310 al. 2 et art. 396 al. 1 CPP) contre une décision du Ministère public (art. 393 al. 1 let. a CPP), par le prévenu qui a qualité pour recourir selon l'art. 382 al. 1 CPP en matière de retranchement de preuves tenues pour obtenues illicitement (CREP 18 février 2014/129) et dans les formes prescrites (art. 385 al. 1 CPP), le recours est recevable.

2.

2.1 En l'espèce, le recourant fait valoir que les courriels produits à l'appui de la plainte auraient été obtenus de manière illicite, soit en violation des art. 143^{bis} et/ou 179 CP (Code pénal; RS 311.0) ainsi que de la LPD (Loi fédérale sur la protection des données; RS 235.1) et des règles générales protégeant les droits de la personnalité; il ajoute que ces documents n'auraient pas pu être obtenus par l'autorité pénale. En tout état de cause, la pesée des intérêts en présence ne justifierait pas leur exploitation. Ces documents, ainsi que ceux obtenus par la suite grâce à eux, ne seraient ainsi pas exploitables et devraient donc être retirés du dossier pénal et détruits post litem.

Aux termes de l'art. 141 CPP, les preuves administrées en violation de l'art. 140 - hypothèse non réalisée en l'espèce - ne sont en aucun cas exploitables. Il en va de même lorsque le code dispose qu'une preuve n'est pas exploitable (al. 1). Les preuves qui ont été administrées d'une manière illicite ou en violation de règles de validité par les autorités pénales ne sont pas exploitables, à moins que leur exploitation soit indispensable pour élucider des infractions graves (al. 2). Les preuves qui ont été administrées en violation de prescriptions d'ordre sont exploitables (al. 3). Si un moyen de preuve est recueilli grâce à une preuve non exploitable au sens de l'al. 2, il n'est pas exploitable lorsqu'il n'aurait pas pu être recueilli sans l'administration de la première preuve (al. 4). Les pièces relatives aux moyens de preuves non exploitables doivent être retirées du dossier pénal, conservées à part jusqu'à la clôture définitive de la procédure, puis détruites (al. 5).

Le code de procédure pénale ne règle pas la question des preuves interdites recueillies non par l'autorité, auquel cas s'appliquent les art. 140 et 141 CPP, mais par des particuliers

Selon le Tribunal fédéral, les preuves obtenues illicitement par les personnes privées ne sont exploitables que si, cumulativement, elles auraient pu être recueillies par les autorités pénales et qu'une pesée des intérêts justifie leur exploitation (TF 1B_22/2012 du 11 mai 2012 c. 2.4; TF

6B_323/2013 du 3 juin 2013 c. 3.4; TF 6B_983/2013 du 24 février 2014 c. 3.2; JT 2014 III 38). Tel n'est, par exemple, pas le cas d'une vidéo tournée sans l'assentiment de la personne privée, de tels événements ne pouvant être, au moment de leur commission, filmés par l'autorité pénale (TF 1B_22/2012 du 11 mai 2012 c. 2.4).

2.2 Il s'agit tout d'abord de déterminer si les messages litigieux ont été obtenus par la plaignante de manière licite. Celle-ci et le recourant étaient liés par un contrat de travail jusqu'au 31 juillet 2012. La question à trancher est donc celle de savoir si la surveillance entreprise constitue une violation des droits de la personnalité du travailleur ou une violation de la LPD (dans ce sens, voir Gless, *in* : Niggli/Heer/Wiprächtiger [éd.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozess-ordnung, Jugendstrafprozessordnung, Art. 1-195 StPO, 2^e éd., Bâle 2014, n. 44 ad 141 CPP).

L'art. 328b CO (Code des obligations; RS 220) prévoit que l'employeur ne peut traiter des données concernant le travailleur que dans la mesure où ces données portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail; en outre, les dispositions de la LPD sont applicables. La protection prévue à cette disposition s'exerce non seulement pendant les rapports de travail mais également après la fin de ceux-ci, sans limitation de temps (ATF 131 V 298).

Les données générées lors de l'utilisation d'Internet et du courrier électronique sont généralement considérées comme des données personnelles au sens de la LPD (cf. Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, Guide relatif à la surveillance de l'utilisation d'Internet et du courrier électronique au lieu de travail, Berne, édité en septembre 2013, mais modifié en dernier lieu le 11 avril 2014 [<http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00628/00629/00634/index.html?lang=fr>], ch. 2 in fine). L'analyse de ces fichiers constitue un traitement de données personnelles au sens de l'art 3 let. e LPD, à tout le moins lorsqu'il n'y a pas eu d'anonymisation préalable (op. cit., ch. 3).

Quiconque traite des données personnelles ne doit pas porter une atteinte illicite à la personnalité des personnes concernées (art. 12 al. 1 LPD). Personne n'est notamment en droit de traiter des données contre la volonté expresse de la personne concernée sans motifs justificatifs (art. 12 al. 2 let. b LPD). Une atteinte à la personnalité est illicite à moins d'être justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi (art. 13 al. 1 LPD).

2.3 Dans le cas particulier, il ressort de l'audition de l'informaticien [...] que l'employeur l'avait mandaté au début de l'année 2013 pour lui permettre d'avoir accès, depuis le serveur installé à Genève, à la messagerie du recourant, s'agissant tant des courriels envoyés que reçus (PV aud. 2, lignes 25-44, 71-72 et 119-122). L'informaticien a par ailleurs confirmé que cette messagerie était protégée par un mot de passe (PV aud. 2, lignes 30-33 et 99-101). Il s'agit donc bien d'un traitement de données personnelles. Un tel procédé est illicite sauf fait justificatif, conformément au principe posé par l'art. 13 al. 1 LPD, applicable par renvoi de l'art. 328b, 2^e phrase, CO.

La question déterminante est dès lors celle de l'existence d'un motif justificatif au traitement des données. A cet égard, il n'est en particulier pas établi que le recourant aurait donné son accord à cette démarche; plus encore, l'informaticien a relevé avoir agi exclusivement sur mandat de la plaignante, soit sur instruction du seul ex-employeur (PV aud. 2, lignes 119-122). Il n'est pas établi non plus - et la plaignante ne l'a pas soutenu dans ses déterminations auprès de la Procureure - qu'un règlement d'entreprise aurait autorisé ce genre de contrôle. Un tel contrôle aurait pu se justifier en raison de soupçons qu'aurait nourris l'ex-employeur à l'égard de son ancien employé. Le moyen est du reste avancé par le conseil de celui-là. Cet argument n'est cependant pas crédible si l'on se réfère au contenu de la plainte pénale, dans laquelle l'intimée affirmait qu'elle ne s'était jamais expliquée les causes véritables de la chute du chiffre d'affaires de sa succursale lausannoise avant de découvrir les messages litigieux (P. 4, ch. 5, pp. 2 s. et ch. 13, p. 3 in fine).

Aussi bien, lors de son audition du 13 mai 2014, l'administrateur [...] a derechef affirmé que ces messages avaient été découverts par hasard (PV aud. 1, ligne 449). Dans son courrier du 29 juillet 2014, le conseil de la partie plaignante a également rappelé que ces courriels étaient apparus fortuitement (P. 35). En d'autres termes, rien ne permet de supposer que l'ex-employeur nourrissait des soupçons à l'égard de son ex-employé lorsqu'il a décidé d'accéder à sa messagerie. Il n'y avait en effet aucun élément préexistant à la découverte des fichiers qui aurait été relatif à une infraction. Ce qui précède exclut que l'on attribue aux recherches informatiques de la plaignante le but légitime d'établir l'existence de soupçons. Il s'ensuit, faute de motifs justificatifs, que les messages ainsi mis à jour ont été obtenus illicitement, soit en violation de la LPD.

2.4 Il reste dès lors à examiner si l'autorité pénale aurait pu, de son côté, recueillir ces informations. Pour cela, il aurait fallu qu'elle soit en mesure de recourir à une mesure de contrainte sous la forme d'une perquisition au sens de l'art. 246 CPP notamment. Comme pour toute mesure de contrainte, cela aurait supposé, au préalable, l'existence de soupçons suffisants (art. 197 CPP). Or, comme on l'a vu, l'intimée ne nourrissait pas de soupçons à l'encontre de son ex-employé avant la découverte des messages. C'est bien plutôt cette découverte qui l'a conduite à déposer plainte pénale. En d'autres termes, la plainte pénale n'aurait pas été déposée sans les messages litigieux. Rien ne permet par ailleurs de considérer que des soupçons suffisants seraient apparus d'une autre manière. Cette preuve n'aurait ainsi pas pu être recueillie par l'autorité pénale.

2.5 Il s'ensuit, les infractions ici en cause n'étant pas graves au sens de l'art. 141 al. 2 in fine CPP, que les messages électroniques découverts sur le compte du recourant (P. 5/6 à 5/20) ne sont pas exploitables en procédure selon l'art. 141 al. 2 et 4 CPP. Il en va de même, conformément à l'art. 141 al. 4 CPP, des preuves recueillies ultérieurement grâce à ces messages électroniques (éléments dérivés), soit des déterminations parvenues à la Procureure en réponse aux interpellations reposant sur les faits révélés par les courriels inexploitables

(9, 10, 12, 26, 27 et 34/2 à 34/14). Il en va enfin de même du PV d'audition 1, l'audition de confrontation du 13 mai 2014 ayant précisément eu pour objet le contenu des courriels inexploitable.

3. Il résulte de ce qui précède que le recours doit être admis et l'ordonnance attaquée réformée en ce sens que les pièces 5/6 à 5/20, 9, 10, 12, 26, 27 et 34/2 à 34/14, ainsi que le PV d'audition 1, sont retirés du dossier pénal, conservés à part jusqu'à la clôture définitive de la procédure, puis détruits.

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'intimée O._____, qui succombe dès lors qu'elle a conclu au rejet du recours (art. 428 al. 1 CPP).

S'agissant des dépens réclamés par le recourant, ce dernier aura la possibilité, à la fin de la procédure, de formuler ses prétentions auprès de l'autorité pénale compétente selon l'art. 429 al. 2 CPP (CREP 16 avril 2013/279 c. 4 et les références citées).

Par ces motifs,
la Chambre des recours pénale
prononce :

- I.** Le recours est admis.
- II.** L'ordonnance du 12 novembre 2014 est réformée en ce sens que les pièces 5/6 à 5/20, 9, 10, 12, 26, 27 et 34/2 à 34/14, ainsi que le PV d'audition 1, sont retirés du dossier pénal, conservés à part jusqu'à la clôture définitive de la procédure, puis détruits.
- III.** Les frais du présent arrêt, par 990 fr. (neuf cent nonante francs), sont mis à la charge d'O._____.
- IV.** Le présent arrêt 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 :

- M. Olivier Bastian, avocat (pour T._____),
- M. Jean-Charles Bornet, avocat (pour N._____),
- M. Jean-Luc Subilia, avocat (pour O._____),
- 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).

Le greffier :