

GE_GERICHTE ACPR/900/2020 vom 29. Juni 2020

GE Cour de justice, 2020-06-29, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ACPR_900_2020

FR: GE_GERICHTE ACPR/900/2020 du 29 juin 2020

IT: GE_GERICHTE ACPR/900/2020 del 29 giugno 2020

Erwägungen

E. 1.1

Le recours est recevable pour avoir été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 385 al. 1 et 396 al. 1 CPP), concerner une ordonnance sujette à recours auprès de la Chambre de céans (art. 393 al. 1 let. a CPP) et émaner du plaignant qui, partie à la procédure (art. 104 al. 1 let. b CPP), a qualité pour agir, ayant un intérêt juridiquement protégé à la modification ou à l'annulation de la décision querellée (art. 382 al. 1 CPP).

E. 1.2

Les pièces nouvelles produites par les parties devant la Chambre de céans – soit l'arrêt du 7 septembre 2020 de la Chambre des prud'hommes et le procès-verbal du 12 février 2019 du Tribunal des prud'hommes – sont recevables, la jurisprudence admettant la production de faits et de moyens de preuve nouveaux en instance de recours (arrêts du Tribunal fédéral 1B_368/2014 du 5 février 2015 consid. 3.1 et 3.2 ; 1B_768/2012 du 15 janvier 2013 consid. 2.1).

E. 2

Le recourant fait grief au Ministère public d'avoir prononcé le classement de la procédure en raison du caractère manifestement inexploitable des messages litigieux.

E. 2.1

Selon l'art. 319 al. 1 CPP, le ministère public ordonne le classement de tout ou partie de la procédure lorsqu'aucun soupçon justifiant une mise en accusation n'est établi (let. a) ou lorsqu'il est établi que certaines conditions à l'ouverture de l'action pénale ne peuvent pas être remplies ou que des empêchements de procéder sont apparus (let. d). Cette disposition doit être appliquée conformément au principe "in dubio pro duriore". Celui-ci découle du principe de la légalité (art. 5 al. 1 Cst. et art. 2 al. 2 CPP en relation avec les art. 319 al. 1 et 324 al. 1 CPP) et signifie qu'en principe un classement ou une non-entrée en matière ne peut être prononcé par le ministère public que lorsqu'il apparaît clairement que les faits ne sont pas punissables ou que les conditions à la poursuite pénale ne sont pas remplies. Le ministère public dispose, dans ce cadre, d'un pouvoir d'appréciation. La procédure doit se poursuivre lorsqu'une condamnation apparaît plus vraisemblable qu'un acquittement ou lorsque les probabilités d'acquittement et de condamnation apparaissent équivalentes, en particulier en présence d'une infraction grave. En effet, en cas de doute s'agissant de la situation factuelle ou juridique, ce n'est pas à l'autorité d'instruction ou

- 11/23 - P/14078/2017 d'accusation mais au juge matériellement compétent qu'il appartient de se prononcer (ATF 143 IV 241 consid. 2.2.1 p. 243 ; 138 IV 86 consid. 4.1.2 p. 91).

E. 2.2

En l'espèce, le Ministère public, pour prononcer le classement litigieux, a d'abord retenu que les messages litigieux constituaient des moyens de preuve illicites et inexploitable, y voyant un empêchement de procéder au sens de l'art. 319 al. 1 let. d CPP. On relèvera, à titre liminaire, que le caractère inexploitable d'un moyen de preuve ne constitue pas en tant que tel un empêchement de procéder (sur cette notion ATF 146 IV 68 consid. 2.1 p. 69 s. ; ACPR/811/2019 du 21 octobre 2019 consid. 2.1.1). En réalité, il faut comprendre la décision querellée en ce sens qu'avec l'inexploitabilité des messages F_____, plus aucun soupçon de commission d'une infraction contre l'honneur du recourant ne pèse encore sur l'intimé. Ainsi, plutôt que l'existence d'un empêchement de procéder, il faut bien plus examiner si le Ministère public pouvait, sans violer le principe "in dubio pro duriore", considérer que des soupçons justifiant une mise en accusation de l'intimé faisaient manifestement défaut, au sens de l'art. 319 al. 1 let. a CPP.

E. 3

Cet examen suppose tout d'abord de vérifier si la décision d'écarter les messages litigieux était en soi justifiée. Il s'agit d'ailleurs du véritable objet du litige, sur lequel se concentre l'essentiel des arguments du recourant et de l'intimé.

E. 3.1

Au stade de l'instruction, une décision constatant l'inexploitabilité de moyens de preuve ne peut être prise que dans des cas manifestes (arrêt du Tribunal fédéral 1B_91/2020 du 4 mars 2020 consid. 2.2 ; N. OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, 4e éd., Berne 2020, n. 1116 p. 345). En effet, la légalité – et l'exploitabilité – des moyens de preuve pourra en principe être soumise au juge du fond (art. 339 al. 2 let. d CPP), autorité dont il peut être attendu qu'elle soit en mesure de faire la distinction entre les moyens de preuve licites et ceux qui ne le seraient pas, puis de fonder son appréciation en conséquence (ATF 144 IV 127 consid. 1.3.1 p. 130 ; 143 IV 387 consid. 4.4 p. 394). Cette approche se justifie également au regard du principe "in dubio pro duriore", lequel interdit au ministère public, confronté à des preuves non claires, d'anticiper sur l'appréciation des preuves par le juge du fond. L'appréciation juridique des faits doit en effet être effectuée sur la base d'un état de fait établi en vertu du principe "in dubio pro duriore", soit sur la base de faits clairs (ATF 143 IV 241 consid. 2.3.2 p. 244 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_127/2019 du 9 septembre 2019 consid. 4.1.2 non publié in ATF 145 IV 462). Cela étant, toute appréciation du ministère public, puis de l'autorité de recours quant au caractère inexploitable de moyens de preuve récoltés durant l'instruction n'est pas pour autant exclue. Certes, une certaine retenue peut s'imposer, notamment dans les cas prévus à l'art. 141 al. 2 CPP, disposition qui suppose que l'autorité procède à une pesée des intérêts pour décider si des preuves obtenues de manière illicite peuvent malgré tout être exploitées. Selon les circonstances, il pourra s'avérer nécessaire de

- 12/23 - P/14078/2017 réserver cette pesée des intérêts au juge du fond, lequel disposera d'un dossier complet et pourra examiner la question à la lumière du résultat du processus probatoire. Si, toutefois, sur la base du dossier et des particularités du cas d'espèce, le caractère inexploitable des moyens de preuve litigieux s'impose d'emblée, l'autorité doit pouvoir ordonner le retrait des pièces litigieuses du dossier au stade de l'instruction (ATF 143 IV 475 consid. 2.7 p. 481). Le prévenu dispose d'un intérêt juridiquement protégé (art. 382 al. 1 CPP) à faire examiner cette question par l'autorité de recours. Outre l'intérêt général du prévenu à ce que des moyens de preuve inexploitable ne soient pas soumis au

juge du fond, leur retrait du dossier de la procédure en cours d'instruction pourrait avoir pour lui des conséquences favorables, et même entraîner un classement de la procédure, faute de soupçon justifiant une mise en accusation (art. 319 al. 1 let. a CPP). En outre, la question est également pertinente s'agissant de décisions prises en cours d'instruction, puisque des preuves inexploitablees ne peuvent servir à fonder les soupçons suffisants nécessaires au prononcé de mesures de contrainte (ATF 143 IV 475 consid. 2.9 p. 482). Ces principes valent également s'agissant des moyens de preuves récoltés par des personnes privées (arrêts du Tribunal 1B_91/2020 précité consid. 2.2 ; 1B_234/2018 du 27 juillet 2018 consid. 3.1 et la référence citée).

E. 3.2

Ces précisions faites, on peut exposer les règles applicables en matière d'exploitation, par le juge pénal, de moyens de preuves récoltés par des personnes privées. Le Code de procédure pénale contient des dispositions sur les méthodes d'administration des preuves interdites (art. 140 CPP) et sur l'exploitation des moyens de preuves obtenus illégalement (art. 141 CPP). Il ne règle en revanche pas, de manière explicite, la situation dans laquelle des preuves ont été recueillies non pas par les autorités étatiques, mais par un particulier. Selon la jurisprudence, cette question doit faire l'objet d'un examen en deux étapes. Dans une première étape, il convient de se demander si le moyen de preuve litigieux a été récolté de manière illicite. En effet, s'il devait être qualifié de licite, la question de son éventuel caractère inexploitable ne se poserait pas (arrêts du Tribunal fédéral 6B_1282/2019 du 13 novembre 2020, destiné à la publication, consid. 1.2 ; 6B_902/2019 du 8 janvier 2020 consid. 1.2 ; 6B_741/2019 du 21 août 2019 consid. 5.2 ; voir aussi W. WOHLERS, Beweisverwertungsverbote nach privater Beweiserlangung, forumpoenale Sonderheft 1/2020 198 ss [cité : forumpoenale], p. 204 et les références citées). Dans une seconde étape, il faut examiner si la preuve, bien qu'obtenue de manière illicite, peut malgré tout être exploitée par le juge pénal. Tel est le cas si, d'une part, elle aurait pu être recueillie licitement par les autorités pénales et si, d'autre part, une pesée des intérêts en présence plaide pour son exploitabilité (arrêts du Tribunal fédéral 6B_1468/2019 du 1er septembre 2020, destiné à la publication, consid. 1.3.1;

- 13/23 - P/14078/2017 6B_53/2020 du 14 juillet 2020 consid. 1.1 ; 6B_1188/2018 du 26 septembre 2019, destiné à la publication, consid. 2.1).

E. 3.2.1

S'agissant de l'illicéité du moyen de preuve (première étape), celle-ci peut avoir pour source tant le droit pénal matériel (preuve obtenue par la commission d'une infraction) que civil, notamment les dispositions protégeant les droits de la personnalité (cf. arrêt du Tribunal fédéral 6B_1282/2019 précité, destiné à la publication, consid. 1.2). Tel est le cas en matière de contrat de travail : en vertu de l'art. 328 al. 1 CO, l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur. Selon l'art. 328b CO, 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. Les règles de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD ; RS 235.1) sont également applicables (art. 328b in fine CO). Tout traitement de données relatif à un employé constitue une atteinte illicite à sa personnalité, au sens des articles 328 et 328b CO, à moins qu'il ne repose sur un motif justificatif. Un tel motif peut résulter de la loi, en particulier de l'art. 328b CO, d'un intérêt

prépondérant privé ou public, ou du consentement de la victime (cf. art. 13 al. 1 LPD). L'existence d'un juste motif ne suffit toutefois pas encore à rendre licite un traitement de données par l'employeur. Il faut également que le procédé utilisé pour les récolter respecte la personnalité des travailleurs, conformément à l'art. 328 CO, ainsi que les principes généraux du droit, en particulier ceux de la bonne foi et de la proportionnalité. Le traitement de données ne doit ainsi notamment pas être effectué à l'insu du travailleur ni conduire à la conservation de renseignements dont l'employeur avait garanti l'élimination. L'employeur qui n'a pas expressément interdit un usage privé de la messagerie professionnelle n'a pas le droit d'accéder aux messages privés de l'employé. À la fin des rapports de travail, il doit offrir à celui-ci de les récupérer sur un support privé, puis de les effacer des serveurs de l'entreprise. Lorsqu'un usage privé de la messagerie professionnelle a été expressément interdit, l'employeur est en droit de consulter, d'archiver ou de détruire librement les courriels qu'elle contient pour autant qu'il s'abstienne de prendre connaissance du contenu d'un éventuel message privé (CAPH/163/2020 du 7 septembre 2020 consid. 2.2 et 2.3, avec références). L'Obergericht de Zurich a jugé que la consultation, par un employeur, de messages F_____ envoyés par son employé depuis son téléphone de fonction constituait un traitement de données prohibé par l'art. 328b CO. Si l'employeur voulait s'assurer que l'instruction de ne pas utiliser le téléphone de fonction à des fins privées était respectée, il devait se contenter de supprimer l'application F_____, mais n'avait pas à prendre connaissance du contenu des messages échangés, à caractère privé. En l'espèce, les messages F_____, contenant des déclarations attentatoires à l'honneur du directeur de l'employeur, avaient mené au licenciement immédiat de l'employé. Ils

- 14/23 - P/14078/2017 ont été déclarés illicites et écartés de la procédure (arrêt LA180031 du 20 mars 2019, partiellement publié in ZR 118/2019 n° 40 p. 166 ss). Le Tribunal fédéral vient de clarifier la question de l'exploitabilité, en procédure pénale, de moyens de preuve récoltés en violation de la LPD, en l'occurrence un enregistrement vidéo au moyen d'une caméra GoPro fixée sur le guidon d'un cyclomoteur. Lorsqu'un moyen de preuve a été recueilli par un particulier en violation des principes ancrés dans la LPD (art. 12 LPD), il y a lieu, dans un premier temps, d'examiner s'il existe des motifs justificatifs au sens de l'art. 13 LPD. De tels motifs ne doivent être admis qu'avec une grande prudence dans un cas concret ; pour ce faire, il y a lieu de tenir compte des circonstances du cas d'espèce, parmi lesquelles figurent l'ampleur des données traitées, le caractère systématique et indéterminé du traitement et le cercle des personnes pouvant accéder aux données. Si l'illicéité de l'atteinte à la personnalité peut être levée par un motif justificatif, la preuve est exploitable sans restriction. Si la preuve doit être qualifiée d'illicite, il convient, dans un second temps, d'examiner les conditions d'exploitabilité prévalant en procédure pénale (cf. art. 141 al. 2 CPP ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_1282/2019 précité, destiné à la publication, consid. 2.3 et 5)

E. 3.2.2

S'agissant de l'exploitabilité du moyen de preuve (seconde étape), il faut d'abord se demander si celui-ci aurait pu être récolté de manière licite par les autorités pénales, avant de procéder, cas échéant, à une pesée des intérêts en présence. Dans une affaire récente concernant un policier poursuivi pour abus d'autorité sur la base de propos tenus durant une audition, laquelle avait été filmée par l'un de ses collègues, le Tribunal fédéral a dû examiner si le fichier vidéo, extrait de l'ordinateur dudit collègue lors d'une perquisition menée dans le cadre d'une enquête ouverte à son encontre, pouvait être exploité à charge du

premier policier. La question était de savoir si les autorités pénales, eussent-elles été impliquées, auraient pu – au regard de la loi – obtenir la preuve litigieuse. Le Tribunal fédéral a retenu les éléments suivants (arrêt 6B_53/2020 précité consid. 1.3) : "Comme l'a signalé la cour cantonale, une mesure technique de surveillance permet notamment d'observer ou d'enregistrer des actions se déroulant dans des lieux qui ne sont pas publics ou qui ne sont pas librement accessibles (cf. art. 280 let. b CPP). L'utilisation de dispositifs techniques de surveillance est régie par les art. 269 à 279 CPP (cf. art. 281 al. 4 CPP). L'infraction d'abus d'autorité figure bien dans la liste de celles pouvant donner lieu à une surveillance (cf. art. 269 al. 2 let. a CPP). Encore faut-il, conformément à l'art. 269 al. 1 let. a CPP, que de graves soupçons eussent laissé présumer qu'une telle infraction eût été commise. À cet égard, il n'est certes pas nécessaire que les autorités pénales eussent effectivement eu connaissance des faits fondant les graves soupçons propres à justifier une surveillance. Il est en revanche impératif que de tels soupçons eussent

- 15/23 - P/14078/2017 existé [...]. Or, il ne ressort nullement de l'arrêt attaqué que, à l'époque où l'enregistrement vidéo du recourant a été réalisé, ce dernier aurait pu être soupçonné d'avoir commis une quelconque infraction, ni d'ailleurs qu'il aurait existé à son encontre le moindre soupçon. On ne voit donc pas sur quelle base le ministère public aurait pu, à l'époque des faits, mettre en place une mesure de surveillance à l'encontre du recourant. Il s'ensuit que le moyen de preuve litigieux n'aurait pas pu être obtenu licitement par les autorités pénales. L'une des deux conditions cumulatives pour l'exploitabilité de la preuve (cf. consid. 1.1 supra) n'étant pas remplie, point n'est besoin d'examiner si la réalisation de la seconde condition pouvait être admise. La cour cantonale a violé le droit fédéral en exploitant l'enregistrement vidéo réalisé par [le collègue policier] à la charge du recourant."

E. 3.3

En l'espèce, il faut, dans une première étape, déterminer si les messages F_____ litigieux ont été récoltés de manière illicite. La question de savoir si c'est au travers d'une infraction aux art. 143bis CP et 179novies CP que lesdits messages ont été obtenus, ainsi que le retient l'ordonnance querellée, peut rester ouverte à ce stade. En effet, le recourant, son père et sa sœur ont chacun fait opposition aux ordonnances pénales rendues à leur encontre, lesquelles ne sont donc pas entrées en force. Sauf à anticiper l'examen du Tribunal de police, devant lequel ils sont désormais renvoyés en jugement, il n'appartient pas à la Chambre de céans d'examiner ici, pour la première fois, si les infractions en question sont bel et bien réalisées. Les nombreux arguments y relatifs développés dans les écritures respectives du recourant et de l'intimé ne seront dès lors pas traités. En revanche, il apparaît que le caractère illicite des messages peut être retenu sur une autre base, à savoir la protection des droits de la personnalité de l'intimé. Le Ministère public ne semble d'ailleurs pas avoir complètement exclu cette hypothèse, puisque les développements en droit de son ordonnance de classement portent également sur le traitement des données personnelles et la surveillance des travailleurs. À cet égard, on peut renvoyer aux développements contenus dans l'arrêt du

E. 3.4

Dans une seconde étape, il faut examiner si le moyen de preuve aurait pu être recueilli licitement par les autorités pénales et, le cas échéant, si une pesée des intérêts en présence plaide pour une exploitabilité. À cet égard, on peut d'emblée relever que, contrairement à ce que semble soutenir le recourant dans sa réplique, cet examen n'est pas réservé aux

situations dans lesquelles les preuves ont été obtenues en violation du droit pénal. En effet, le Tribunal fédéral raisonne également à l'aide de ces deux conditions lorsque l'illicéité du moyen de preuve litigieux trouve sa source dans une norme de droit privé (ainsi la violation de la LPD [arrêts du Tribunal fédéral 6B_1282/2019 précité, destiné à la publication, consid. 7.2 ; 6B_1468/2019 précité, destiné à la publication, consid. 1.3.2; 6B_53/2020 précité consid. 1.2 ; 6B_1188/2018 précité, destiné à la publication, consid. 4], mais aussi de l'art. 28 CC [arrêt du Tribunal fédéral 6B_1310/2015 du 17 janvier 2017 consid. 5 et 7] ; cf. également A. DONATSCH et al., Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3e éd., Zurich 2020, n. 14 ad art. 141). Ensuite, la question de savoir si la récolte hypothétique des messages F_____ litigieux par les autorités pénales doit s'examiner sous l'angle des art. 269 ss CPP (surveillance de la correspondance par poste et télécommunication) ou, comme le propose le recourant, sous l'angle de l'art. 265 CPP (obligation de dépôt), peut en définitive rester ouverte : dans un cas comme dans l'autre, la mesure ne se conçoit en effet qu'en présence de soupçons préalables de la commission d'une infraction. C'est le cas de l'art. 269 al. 1 let. a CPP, qui exige d'ailleurs des soupçons qualifiés ("graves soupçons"). C'est également le cas pour l'obligation de dépôt de l'art. 265 - 18/23 - P/14078/2017 CPP, laquelle se conçoit comme une mesure subsidiaire au séquestre, et suppose donc que les conditions du séquestre sont en l'occurrence remplies (cf. art. 265 al. 1 CPP : "le détenteur d'objets ou de valeurs patrimoniales qui doivent être séquestrés est soumis à l'obligation de dépôt"). Or, parmi les conditions du séquestre figure également l'existence de soupçons suffisants de commission d'une infraction (art. 197 al. 1 let. b CPP ; cf. M. NIGGLI / M. HEER / H. WIPRÄCHTIGER (éds), Strafprozessordnung / Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar StPO/JStPO, 2e éd., Bâle 2014, n. 11 ad Vor art. 263-268 ; arrêt du Tribunal fédéral 1B_452/2020 du 4 novembre 2020 consid. 2.2 explicite quant à l'obligation de dépôt). Le recourant ne saurait donc contourner cette exigence en prétendant, comme il le fait dans sa réplique, que l'obligation de dépôt n'est pas une mesure de contrainte et que l'autorité pénale aurait donc pu obtenir les messages litigieux même sans soupçons préalables. C'est d'ailleurs bien l'existence de tels soupçons suffisants qui fait défaut en l'espèce. Il est patent qu'à l'époque où le recourant et sa sœur sont parvenus à récupérer les données personnelles se trouvant sur le compte M_____ de l'intimé, parmi lesquelles figurait l'historique de conversation F_____, et donc les messages litigieux, aucun soupçon de commission d'une quelconque infraction pénale ne pesait encore à l'encontre de ce dernier. Lors de leurs auditions par le Ministère public, la sœur et le père du recourant ont d'ailleurs déclaré avoir voulu accéder aux données personnelles de l'intimé pour des motifs professionnels, respectivement pour constituer un dossier dans le cadre de la procédure prud'homale qu'ils pensaient que l'intimé allait alors initier à l'encontre de E_____. On ne discerne pas dans ce cadre l'existence du moindre soupçon de commission d'une infraction pénale, qui aurait permis à une autorité de poursuite pénale, placée dans les mêmes conditions, d'ordonner la production des messages litigieux auprès de l'intimé et/ou de G_____. Ici aussi, sauf à contourner l'exigence de soupçons préalables, le recourant ne peut valablement prétendre que G_____ aurait parfaitement pu l'informer avoir reçu les messages litigieux de la part de l'intimé, ce qui aurait ensuite permis à une autorité pénale, saisie d'une plainte, d'ordonner leur production. Le fait est qu'à l'époque de l'obtention desdits messages, aucune plainte pénale n'avait encore été déposée, ce que le recourant admet lui-même. Il ne prétend du reste pas que les faits litigieux avaient fait l'objet ne serait-ce que d'une dénonciation interne au sein de E_____. En définitive, on peut dire qu'au moment de mettre la main sur la conversation

F_____, le recourant, sa sœur et son père ne savaient pas sur quoi ils allaient tomber. Dans la perspective d'une autorité de poursuite pénale, cela s'apparente à une recherche indéterminée de moyens de preuve, procédé qui a pour conséquence que les preuves ainsi récoltées sont inexploitable (cf. ATF 137 I 218 consid. 2.3.2 p. 222). Il doit en aller de même en l'occurrence pour les messages litigieux. En ce sens, la présente situation est similaire à celle de l'arrêt du Tribunal fédéral 6B_53/2020 cité ci-dessus (consid. 3.2.2. supra). Elle n'est en tout cas pas comparable aux arrêts cités par le recourant dans sa réplique, qui concernent des cas où la preuve prétendument illicite avait certes été récoltée avant que les autorités pénales aient eu connaissance des faits pénalement répréhensibles, mais après la

- 19/23 - P/14078/2017 commission desdits faits, de sorte que ces autorités auraient pu obtenir la preuve en question de manière légale (arrêts du Tribunal fédéral 6B_911/2017 du 27 avril 2018 consid. 1.2.2 ; 6B_983/2013 du 24 février 2014 consid. 3.3.1). En l'espèce, même si le Ministère public avait été impliqué à l'époque, il n'aurait de toute manière pas pu obtenir les messages litigieux, faute de soupçon préalable de commission d'une quelconque infraction. La première condition n'étant pas réalisée, on peut s'abstenir d'examiner la seconde, soit la pesée des intérêts en présence, ainsi que les arguments développés à cet égard par les parties.

E. 3.5

Il résulte de ce qui précède que le Ministère public pouvait à juste titre considérer que la capture d'écran de la conversation F_____ du 8 octobre 2016 produite à l'appui de la plainte pénale du recourant constituait une preuve illicite et inexploitable. Cette conclusion s'imposait également compte tenu de la retenue qui est de mise durant l'instruction en lien avec ces questions (cf. consid. 3.1. supra), dès lors que le caractère inexploitable (et illicite) du moyen de preuve litigieux est en l'espèce manifeste. 4. Ce constat ne scelle toutefois pas encore le sort du recours. Dans un ultime grief, le recourant prétend en effet que, même à admettre le caractère inexploitable des messages litigieux, le Ministère public aurait pu établir d'une autre manière que l'intimé avait commis un délit contre l'honneur à son encontre, notamment au travers de l'audition de G_____. 4.1. Selon l'art. 141 al. 4 CPP, 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. Tel n'est pas le cas lorsque la seconde preuve aurait aussi pu être obtenue sans la première preuve illicite, avec une grande vraisemblance, compte tenu d'un déroulement hypothétique des investigations. Les circonstances concrètes sont déterminantes. La simple possibilité théorique d'obtenir la preuve de manière licite ne suffit pas (ATF 138 IV 169 consid. 3.3.3 p. 173). La question de savoir si cette disposition, comprise parmi les règles applicables aux preuves récoltées par les autorités de poursuite pénale (art. 140 s. CPP), est transposable aux preuves récoltées par des personnes privées n'est pas tranchée par la jurisprudence. On notera toutefois que dans des arrêts récents concernant des preuves obtenues par des particuliers, le Tribunal fédéral s'est inspiré de la solution prévue à l'art. 141 al. 2 CPP (arrêt 6B_1188/2018 précité, destiné à la publication, consid. 2.2 et 4), voire a appliqué directement cette dernière disposition (arrêt 6B_1468/2019 précité, destiné à la publication, consid. 1.4 ; 6B_1282/2019 précité, destiné à la publication, consid. 7.2). On ne voit pas pourquoi il devrait en aller autrement de l'art. 141 al. 4 CPP, lequel renvoie à cette première disposition. Dans le premier desdits arrêts, le Tribunal fédéral a d'ailleurs relevé que, du point de vue du prévenu,

- 20/23 - P/14078/2017 il n'était pas pertinent de savoir qui, de l'autorité ou du particulier, avait récolté les preuves auxquelles il était confronté dans la procédure pénale menée contre lui, ce qui justifiait d'appliquer les mêmes critères que ceux qui s'imposaient déjà aux autorités étatiques (arrêt 6B_1188/2018 précité, destiné à la publication, consid. 2.2). Cela plaide également en faveur d'une application, ne serait-ce que par analogie, de l'art. 141 al. 4 CPP à la présente situation (cf. également l'arrêt 6B_1282/2019 précité, destiné à la publication, consid. 7.3 qui envisage cette solution dans un cas de moyens de preuve récoltés par des personnes privées). En doctrine, parmi les auteurs cités par le recourant dans sa réplique, seul un paraît s'être prononcé sur la question, relevant que l'art. 141 al. 4 CPP, qui se réfère à l'alinéa 2, consacre une règle applicable aux preuves recueillies par l'autorité et ne s'applique donc pas, par principe, aux preuves apportées par les particuliers (Y. JEANNERET / A. KUHN / C. PERRIER DEPEURSINGE (éds), Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse, 2e éd., Bâle 2019, n. 41 ad art. 141). Cette opinion doit toutefois être relativisée, compte tenu des arrêts cités ci-dessus, dont il ressort une tendance vers un alignement des règles applicables aux particuliers sur celles prévues pour les autorités. Dans une contribution récente, un autre auteur est d'avis que l'inexploitabilité des preuves dérivées doit également valoir lorsque la preuve initiale a été récoltée par un particulier, à défaut de quoi on viderait l'entier du débat de sa substance, puisque l'inexploitabilité de la première preuve aurait pour seule conséquence que l'autorité pénale devrait se mettre à la recherche des suivantes (W. WOHLERS, *forumpoenale*, p. 210 s.). De manière plus générale, cet auteur soutient que, si une preuve apportée par un particulier devait être qualifiée d'inexploitable, elle ne saurait fonder les premiers soupçons ("Anfangsverdacht") nécessaires à l'ouverture d'une instruction, ni servir de piste ("Spurenansatz") justifiant la poursuite de celle-ci (W. WOHLERS, *Das an einen tatbezogenen Anfangsverdacht gekoppelte Strafverfahren*, PJA 2020 1311 ss [cité : PJA], p. 1325). 4.2. En l'espèce, les arguments du recourant ne portent pas. Il faut en effet retenir que la production des messages litigieux à l'appui de sa plainte pénale a eu un caractère causal dans la décision du Ministère public d'ouvrir une instruction. En l'absence desdits messages, le Ministère public n'aurait donc pas entendu l'intimé, ni même envisagé d'entendre G_____, étant précisé qu'il a déjà refusé cet acte d'instruction dans son ordonnance de refus d'administration de preuves du 20 septembre 2019. Le constat du caractère inexploitable de la capture d'écran litigieuse doit avoir pour conséquence que les preuves récoltées grâce à cette preuve initiale sont également inexploitables, et que celles qui pourraient encore l'être, en tant qu'elles se fondent directement sur cette même preuve, n'ont pas à être administrées. Il doit en aller de même des déclarations de G_____ contenues dans le procès-verbal du 12 février

- 21/23 - P/14078/2017 2019 du Tribunal des prud'hommes, que le recourant produit à l'appui de sa réplique : ces déclarations ont été tenues directement après que E_____ a semble-t-il insisté pour divulguer le contenu des messages F_____ litigieux (cf. la page 10 du procès-verbal, qui fait référence aux pièces 30 et suivantes, la pièce 31 étant, on l'a vu, la capture d'écran produite à l'appui de la plainte). En ce sens, elles n'auraient pas pu être obtenues sans la preuve initiale. Il importe peu que, dans son arrêt du

E. 7

L'intimé, prévenu, obtient gain de cause et a donc droit à une indemnité pour ses frais de défense (art. 436 al. 1 cum 429 al. 1 let. a CPP). Compte tenu de l'ampleur de ses observations de 19 pages, dont une page de garde et une page de conclusions, et de sa

duplique de 4.5 pages, une indemnité correspondant à 6 heures d'activité, au tarif horaire de CHF 350.- appliqué par la Cour de justice aux avocats collaborateurs (ACPR/372/2020 du 4 juin 2020 consid. 6), paraît justifiée. L'indemnité sera donc arrêtée à CHF 2'100.-, plus la TVA à 7.7% (CHF 147.-), soit un total de CHF 2'247.-. Elle sera mise à la charge de l'État (cf. ATF 141 IV 476 consid. 1.2 p. 479). * * * * *

- 22/23 - P/14078/2017

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.