



POUVOIR JUDICIAIRE

P/14078/2017

ACPR/900/2020

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du vendredi 11 décembre 2020

Entre

A_____, domicilié _____ [VD], comparant par M^e Jérôme BENELECT, avocat, rue Pépinet 1, case postale 5347, 1002 Lausanne,

recourant,

contre l'ordonnance de classement partiel rendue le 29 juin 2020 par le Ministère public,

et

B_____, domicilié _____ [GE], comparant par M^{es} C_____ et D_____, avocates,

LE MINISTÈRE PUBLIC de la République et canton de Genève, route de Chancy 6B, 1213 Petit-Lancy, case postale 3565, 1211 Genève 3,

intimés.

EN FAIT :

- A. a.** Par acte expédié au greffe de la Chambre de céans le 10 juillet 2020, A_____ recourt contre l'ordonnance du 29 juin 2020, notifiée le lendemain, par laquelle le Ministère public a ordonné le classement de la procédure P/14078/2017 à l'égard de B_____ en tant qu'elle concernait sa propre plainte pénale.

Le recourant conclut, sous suite de frais et dépens, à l'annulation de l'ordonnance querellée et au renvoi en jugement de B_____ pour diffamation et/ou calomnie, subsidiairement au renvoi de la cause au Ministère public pour qu'il diligente toute mesure d'instruction utile puis renvoie le prénommé en jugement pour les mêmes infractions.

b. Le recourant a versé les sûretés en CHF 1'000.- qui lui étaient réclamées par la Direction de la procédure.

- B.** Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. B_____ a été engagé par E_____ en qualité de *Chief Operating Officer* à compter du 1^{er} octobre 2013.

Selon le contrat de travail en vigueur entre les parties, B_____ s'est vu remettre, pour la durée du contrat, un téléphone portable et un ordinateur portable de fonction. Le téléphone devait être utilisé à des fins professionnelles exclusivement, l'employeur se réservant le droit d'effectuer des contrôles du bon usage de cet appareil. Ces équipements restaient la propriété de l'employeur et devaient lui être restitués en cas de rupture du contrat de travail, pour quelque motif que ce soit, à l'expiration dudit contrat.

b. Par courrier du 18 novembre 2016, E_____ a résilié les rapports de travail qui la liaient à B_____ en le libérant immédiatement de son obligation de travailler pour la durée du préavis.

Le 21 novembre 2016, B_____ a restitué à son employeur le matériel mis à sa disposition, dont son téléphone portable de fonction.

Le 24 novembre 2016, il s'est opposé à son licenciement.

c. Par pli du 18 décembre 2016, E_____ a résilié le contrat de travail de B_____ avec effet immédiat, invoquant avoir pris connaissance d'éléments nouveaux, en particulier de déclarations d'employés faisant état d'agissements obscènes de la part du prénommé sur son lieu de travail ainsi que de propos grossiers et indécents tenus par ce dernier, ce à l'encontre de subalternes et de clients.

B_____ a contesté ces accusations, alléguant avoir été victime de harcèlement de la part de son employeur avant son licenciement.

d. Le 10 juillet 2017, A_____ a déposé plainte pénale à l'encontre de B_____, lui reprochant d'avoir, à Genève, par messages F_____ adressés le 8 octobre 2016 à G_____, directeur financier de E_____, porté atteinte à son honneur par des propos dénigrants et vulgaires.

À l'appui de la plainte figure la copie d'une conversation F_____ du 8 octobre 2016 (un samedi) entre G_____ et B_____ à propos de E_____, au cours de laquelle ils se disent ce qu'ils font et où ils sont ("*Suis aux H_____*" [quartier à GE] ; "*en P_____* [marque de voiture]!!!"; "*T ou*"; "*A la maison. Vais prendre le bus et le chauffeur*"; "*Suis avec I_____*"; "*Paddle avec J_____*").

Dans ce cadre, B_____ envoie notamment les messages suivants : "*Son fils. Non mais t'y crois. Petit enculé de sa mère non sodomisée....*"; "*Aaaahhhh!!!! A_____ ! Petit trou de balle encore vierge !!!!!*".

A_____ dit avoir pris connaissance desdits messages le 27 avril 2017, "*après avoir fait débloquent la messagerie F_____ du Smartphone mis à disposition de B_____*". Il avait été sollicité notamment par son père, K_____, directeur général de E_____, à la suite de la contestation par B_____ de son congé ordinaire, afin de l'assister dans la recherche de preuves d'un comportement répréhensible de la part de cet employé.

Le 9 octobre 2017, A_____ a produit la photographie d'un téléphone portable L_____, attestant de la réception, le 23 avril 2017, d'un code F_____ permettant de récupérer les données du compte, précisant qu'il s'agissait de l'ancien téléphone professionnel de B_____ et que c'était sa sœur, N_____, qui avait réussi à débloquent l'application.

e. Une procédure prud'homme s'est ensuivie entre les parties, dans le cadre de laquelle E_____ a notamment produit une capture d'écran de la conversation F_____ du 8 octobre 2016 (pièce 31 de son mémoire de réponse du 20 février 2018).

f. Le 7 septembre 2020, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice a rendu son arrêt (CAPH/163/2020), dont il ressort les éléments suivants :

f.a. Diverses pièces produites par E_____ (l'appelante), soit notamment des extraits de conversations récupérées sur le téléphone mis à disposition de B_____ (l'intimé), parmi lesquelles la pièce 31 produite par E_____, ont été déclarées illicites et écartées du dossier sur la base de l'art. 152 al. 2 CPC.

Bien que le contrat de travail mentionnait expressément que le téléphone devait être utilisé exclusivement à des fins professionnelles, l'appelante savait que l'intimé en faisait également un usage privé puisqu'elle lui avait laissé la possibilité, lors de la résiliation des rapports de travail, de supprimer les données privées y figurant. Elle devait en conséquence s'abstenir de prendre connaissance des messages privés de

l'intimé. Or, les extraits produits consistaient en des conversations F_____ que l'intimé avait échangées en dehors du cadre professionnel avec des proches et des collègues, de sorte qu'ils revêtaient un caractère privé. Au demeurant, l'intimé ayant été autorisé à procéder à la suppression des données privées figurant sur son téléphone professionnel avant de procéder à sa restitution, l'appelante ne pouvait, sans violer le principe de la bonne foi, récupérer cinq mois plus tard lesdites données par le biais du compte M_____ [service de cloud computing] de l'intimé sans solliciter l'autorisation de celui-ci. Enfin, le procédé utilisé par l'appelante pour récupérer les conversations litigieuses avait été extrêmement intrusif, puisqu'elle avait eu accès à l'ensemble des communications échangées par l'intimé sur son téléphone professionnel, y compris à des messages privés envoyés à des personnes étrangères à l'entreprise. D'autres méthodes d'investigations moins invasives auraient été envisageables pour permettre à l'appelante de sauvegarder ses intérêts, notamment la récolte d'informations auprès des employés ayant travaillé avec l'intimé. Le droit de l'intimé à la protection de sa personnalité avait été gravement violé dans la mesure où les données récoltées ne relevaient pas uniquement de sa sphère privée mais également de sa sphère intime. Par ailleurs, la production de ces données n'apparaissait pas indispensable pour la défense des droits de l'appelante, qui avait la possibilité de recourir à d'autres moyens de preuve, notamment à l'audition en qualité de témoin des employés ayant travaillé avec l'intimé (consid. 2.4).

f.b. La Chambre des prud'hommes a ensuite considéré comme établi que B_____ avait adopté, sur son lieu de travail, à l'égard de certains employés, des comportements importuns à caractère sexuel entrant dans la définition de harcèlement sexuel au sens de l'art. 4 LEg. Certains messages que l'intimé avait échangés avec G_____, dont le contenu avait été rapporté par ce dernier lors de son témoignage, tendaient à confirmer la propension de l'intimé à l'emploi d'un langage inconvenant. Au vu de l'ensemble des circonstances du cas concret, les agissements déplacés de l'intimé devaient être considérés comme un manquement suffisamment grave pour entraîner la perte du rapport de confiance. Le caractère justifié du licenciement immédiat du 16 décembre 2016 devait, contrairement à ce qu'avait retenu le Tribunal des prud'hommes, être admis. L'intimé était en conséquence débouté de ses prétentions en versement du salaire ainsi qu'en octroi d'une indemnité pour résiliation immédiate injustifiée (consid. 4.5).

f.c. La Chambre des prud'hommes a enfin confirmé l'allocation, par le Tribunal des prud'hommes, d'une indemnité pour tort moral de CHF 5'000.- à B_____ au motif que E_____ avait gravement porté atteinte à la personnalité de ce dernier en accédant sans l'autorisation de son employé à des conversations privées qu'il avait échangées sur son téléphone ainsi que sur sa messagerie professionnels. Les données récoltées concernaient non seulement la vie privée de l'intimé mais également sa vie intime, notamment sa vie sexuelle. L'ampleur de l'atteinte était par ailleurs importante dès lors que l'appelante avait eu accès à l'ensemble des conversations

privées que l'intimé avait échangé sur son téléphone portable professionnel durant les rapports de travail. Enfin, certaines des données récoltées avaient été portées à la connaissance de tiers, notamment à certains employés de l'entreprise, aux membres de la famille de K_____ ainsi qu'aux différentes personnes ayant eu accès à la présente procédure. L'atteinte que l'intimé avait subie (atteinte à la sphère intime et à la considération sociale) présentait ainsi, d'un point de vue objectif, un caractère particulièrement grave. Il pouvait au demeurant être admis que le fait pour l'intimé, déjà fragilisé psychologiquement en raison de la résiliation des rapports de travail, de subir une telle atteinte était de nature à provoquer la forte souffrance morale qu'il alléguait avoir ressentie (consid. 9.3).

f.d. Un recours déposé par E_____ contre cet arrêt est actuellement pendant devant le Tribunal fédéral.

g. Entendu le 21 septembre 2017 par la police, puis le 6 novembre 2017 par le Ministère public, B_____ a immédiatement invoqué le caractère privé de la conversation F_____ litigieuse, estimant que celle-ci avait été obtenue illicitement en piratant l'application dont il faisait un usage personnel sur son téléphone professionnel. Il avait réinitialisé son téléphone avant de le restituer à son employeur et était surpris que ces messages aient été stockés. Il ne possédait qu'un seul téléphone comme les autres cadres de l'entreprise, soit celui mis à disposition par E_____, qu'il utilisait tant à des fins professionnelles que privées, précisant qu'il avait été décidé lors d'un comité de direction que les membres de la direction ne conserveraient qu'un seul téléphone et que son employeur était au courant de cette utilisation.

Lors de l'audience du 6 novembre 2017, B_____ a déposé plainte pénale à l'encontre de N_____ et K_____ pour accès indu à un système informatique (art. 143^{bis} al. 1 CP) et soustraction de données personnelles (art. 179^{novies} CP). Par courrier du 23 janvier 2018, il a étendu sa plainte à l'encontre de A_____ et l'a encore complétée le 28 mai 2018.

h. Entendu le 6 novembre 2017 par le Ministère public, A_____ a déclaré avoir accédé aux conversations de l'application F_____, qui avaient été effacées du téléphone de fonction de B_____, par le biais de son M_____, en entrant le numéro de téléphone de l'appareil, puis comme login et mot de passe "E_____", étant relevé qu'à l'occasion de son complément de plainte pénale du 23 janvier 2018, B_____ a contesté qu'il s'agissait de son mot de passe.

i. Le 16 novembre 2017, A_____ a fait valoir que la plainte pénale de B_____ du 6 novembre 2017 était tardive, celui-ci ayant eu connaissance de l'accès par E_____ à ses conversations F_____ à l'occasion de l'audience de conciliation par devant la juridiction des prud'hommes, le 19 juin 2017. Les messages F_____ avaient en outre été obtenus licitement par N_____, qui n'avait pas dû entrer de mot de passe pour récupérer les données. L'identifiant M_____ utilisé par le prévenu

appartenait également à l'entreprise, l'application ayant été utilisée à titre professionnel.

j. Les parties ont été confrontées les 6 mars, 25 juillet et 27 novembre 2018.

j.a. B_____ a déclaré ignorer s'il avait ou non désactivé la sauvegarde automatique de son application F_____, pensant que cela avait été effectué par l'informaticien de E_____ lors de la restitution de l'appareil. Il avait fait réinitialiser le téléphone auprès de O_____ avant de le rendre à son employeur, contrôlant alors l'effacement des photos, des messages, des e-mails et des vidéos puis l'éteignant. Les conversations entretenues par lui sur l'application F_____ étaient essentiellement d'ordre privé et comprenaient des informations touchant à sa sphère intime et celle de sa famille et amis.

j.b. A_____ a déclaré qu'il avait été choqué des propos le visant dans les messages du 8 octobre 2016, n'ayant jamais été traité de la sorte, même dans les cours de récréation. Il contestait avoir entrepris la moindre démarche pour accéder au téléphone professionnel de B_____.

j.c. N_____, laquelle n'est pas une employée de E_____, a déclaré que son père lui avait demandé d'accéder au contenu de l'application au motif qu'il en aurait besoin pour récupérer des informations professionnelles pour le suivi des affaires. Pour ce faire, elle avait uniquement introduit dans l'application F_____ le numéro de téléphone appartenant à E_____ puis le code à 6 chiffres envoyé par l'application. L'historique s'était ensuite téléchargé directement. Elle ne s'attendait pas à y trouver des photos à caractère sexuel explicite, bien qu'elle ait su que l'informaticien de E_____ avait déjà trouvé une vidéo de ce type. Elle avait effectué ses recherches par mots-clés, tels que "E_____", "*client*", "*réunion*". Le 27 novembre 2018, elle a déclaré avoir accédé aux informations du téléphone pour constituer un dossier dans le cadre de la procédure prud'homale.

j.d. K_____ a déclaré que le téléphone portable remis à B_____ était exclusivement destiné à un usage professionnel. Habituellement, les appareils étaient rapidement remis à un autre collaborateur, puisque les abonnements étaient en cours, mais, dans le cas de B_____, ils avaient fait des découvertes assez spéciales, soit des images qu'il qualifiait de pornographiques. Il avait demandé l'aide de sa fille pour vérifier que l'appareil était "*clean*" et savoir s'il pouvait être remis à quelqu'un d'autre, mais aussi pour les motifs professionnels exposés par sa fille. Il avait toutefois concédé que les informations récupérées sur l'application l'avaient été alors que E_____ était en train de constituer un dossier à l'encontre de son ancien employé, dont il savait qu'il allait agir aux Prud'hommes.

k. À l'intérieur du délai imparti par avis de prochaine clôture, A_____ a sollicité l'audition de G_____, afin que ce dernier confirme que l'application F_____ était

également utilisée par les collaborateurs de E_____ à des fins professionnelles. Cette requête a été rejetée par ordonnance du 20 septembre 2019 du Ministère public.

C. a. Dans son ordonnance de classement partiel du 29 juin 2020, le Ministère public constate que l'infraction d'injure (art. 177 CP) ne figure manifestement pas dans le catalogue des infractions visées par l'art. 269 al. 2 CPP, de sorte que le contenu des messages du 8 octobre 2016 ne lui aurait pas été accessible. Or ce contenu avait été obtenu de manière illicite par le plaignant, son père et sa sœur, puisqu'en violation des art. 143^{bis} CP et 179^{novies} CP, étant rappelé que des ordonnances pénales séparées étaient rendues de ce chef à leur encontre. En effet, le prévenu avait pris soin de réinitialiser son téléphone avant de le remettre à son employeur, étant relevé qu'il ne pouvait se douter que celui-ci, bien qu'ayant déjà eu accès à l'intégralité de sa messagerie professionnelle électronique, irait encore récupérer les données personnelles se trouvant sur son compte M_____ par le biais de l'application F_____, et ce dans le but de constituer un dossier pour la procédure prud'homale. Ces preuves illicites étaient donc manifestement inexploitable, de sorte qu'il existait un empêchement de procéder, qui devait conduire au classement de la procédure (art. 319 al. 1 let. d CPP).

b. Par ordonnances pénales du même jour, A_____ et N_____ ont été reconnus coupables d'accès indu à un système informatique (art. 143^{bis} CP) et de soustraction de données personnelles (art. 179^{novies} CP) et condamnés à une peine pécuniaire de 40 jours-amende à CHF 30.- l'unité, avec sursis, ainsi qu'à une amende de CHF 500.-.

Par ordonnance pénale du même jour, K_____ a été reconnu coupable d'instigation à ces mêmes infractions et condamné à une peine pécuniaire de CHF 40 jours-amende à CHF 50.- l'unité, avec sursis, ainsi qu'à une amende de CHF 500.-.

Par ordonnance pénale du même jour, B_____ a été reconnu coupable de violation du secret commercial (art. 162 CP) et condamné à une peine pécuniaire de 40 jours-amende à CHF 50.- l'unité, avec sursis, ainsi qu'à une amende de CHF 500.-.

Ils ont tous quatre formé opposition. Le 8 juillet 2020, le Ministère public a maintenu ses ordonnances pénales et transmis la cause au Tribunal de police.

D. a. À l'appui de son recours, A_____ prétend, premièrement, s'agissant de la possibilité pour l'autorité pénale de se procurer les messages F_____ litigieux, qu'avant l'entrée en vigueur, le 1^{er} mars 2018, de la nouvelle loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT ; RS 780.1), les art. 269 ss CPP ne s'appliquaient pas à la surveillance des prestations de services de communication dérivés, parmi lesquels figurent notamment les services "cloud". Jusqu'à cette date, la question était donc réglée par la "règle générale" de l'art. 265 CPP (obligation de dépôt), disposition qui aurait permis à l'autorité d'obtenir licitement lesdits messages. Quant à la condition de la pesée des

intérêts en présence, celle-ci devait être laissée à l'appréciation du juge du fond, sous réserve d'un cas manifeste d'inexploitabilité, qui n'était pas donné en l'espèce.

Deuxièmement, l'obtention des messages F_____ n'était pas illicite, les éléments constitutifs des art. 179^{novies} CP et 143^{bis} CP n'étant pas remplis.

Troisièmement, même à admettre que les messages n'étaient pas exploitables, l'exclusion d'une preuve ne pouvait conduire à un empêchement de procéder que s'il s'agissait de la seule preuve disponible. Tel n'était pas le cas en l'espèce, puisque le Ministère public aurait pu interroger G_____ sur les échanges de 2016 survenus avec B_____. Une telle preuve aurait été parfaitement licite, l'art. 141 al. 4 CPP ne s'appliquant pas aux preuves apportées par les particuliers, et les messages litigieux ne consistant pas en la condition *sine qua non* de l'obtention dudit témoignage.

b. Dans ses observations, le Ministère public conclut au rejet du recours et renvoie à son ordonnance querellée. En outre, s'il ne s'était pas attardé sur le contenu des messages litigieux, déclarant ceux-ci inexploitables, il notait que leurs conséquences paraissaient peu importantes. Lesdits messages figuraient dans un échange F_____ privé, dans un contexte particulier, alors que B_____ se sentait victime de harcèlement de la part de son employeur avant son licenciement. Enfin, A_____ n'avait pas fait état d'une atteinte ou d'un dommage concret en lien avec les messages litigieux. Les conditions de l'art. 52 CP étaient ainsi réalisées et, partant, le classement aurait tout aussi bien pu être prononcé sur la base de l'art. 319 al. 1 let. e CPP.

c. Dans ses observations, à l'appui desquelles il produit l'arrêt du 7 septembre 2020 de la Chambre des prud'hommes, B_____ conclut au rejet du recours, puis répond aux trois arguments soulevés par A_____.

Premièrement, les preuves obtenues sur son M_____ étaient illicites au sens de l'art. 141 al. 2 CPP, tant en raison du but (constituer un dossier à son encontre et, ultimement, le réduire au silence dans la procédure prud'homale) que du procédé (contourner l'obstacle du mot de passe en se faisant passer pour lui et en utilisant le système de confirmation par SMS). La Chambre des prud'hommes avait d'ailleurs retenu que les moyens de preuve ainsi récoltés étaient illicites et les avait écartés du dossier. Ces preuves étaient également inexploitables dans la procédure pénale, car une autorité pénale n'aurait elle-même pas pu les récolter, faute de soupçon sérieux et concret de commission d'une infraction. Le procédé utilisé s'apparentait à une *fishing expedition*.

Deuxièmement, les conditions des art. 143^{bis} CP et 179^{novies} CP étaient remplies.

Troisièmement, l'art. 141 al. 4 CPP interdisait au Ministère public de procéder à l'éventuelle audition de G_____. Contrairement à l'opinion de A_____, qui se fondait sur un auteur du Commentaire romand du CPP, cette disposition devait également trouver application aux preuves récoltées par les particuliers, au risque

sinon de créer une inégalité de traitement avec le régime des preuves récoltées par l'autorité, et donc une insécurité juridique.

d. A_____ réplique, toujours selon la même structure.

Premièrement, B_____ se fondait sur l'art. 141 al. 2 CPP, disposition qui n'était toutefois pas applicable aux preuves apportées par des particuliers. Les ordonnances pénales en lien avec les art. 143^{bis} CP et 179^{novies} CP ayant été frappées d'oppositions, rien ne pouvait en être tiré quant au caractère illicite des preuves. Par ailleurs, le double critère développé par la jurisprudence s'appliquait en principe lorsque la preuve avait été obtenue en violation du droit pénal, de sorte qu'une éventuelle violation de la personnalité paraissait "*irrelevante*". De toute manière, les éléments produits dans le cadre de la procédure prud'homale ne concernaient pas le présent recours. B_____ ne soutenait pas que la production des messages ici litigieux portait atteinte à sa personnalité, se contentant de se référer à un arrêt non définitif de la Cour de justice, où il était reproché à E_____ d'avoir fait état d'éléments relatifs à la vie privée et sexuelle de l'intimé (consid. 9.3 de l'arrêt). Or, les messages litigieux, qui consistaient en des échanges entre cadres de E_____ opérés au moyen de leurs téléphones professionnels, ne relevaient ni de la vie privée, ni de la vie intime de B_____. Par ailleurs, l'ordre de dépôt de l'art. 265 CPP n'était pas une mesure de contrainte, de sorte que l'autorité pénale aurait pu requérir de B_____ et/ou de G_____ la production des messages, sans que l'exigence de soupçon préalable (art. 197 CPP) ne joue de rôle à ce stade. Subsidiairement, selon la jurisprudence, il n'était pas nécessaire que les autorités de poursuite aient eu effectivement connaissance des faits fondant les soupçons avant la mise en œuvre des mesures de contrainte litigieuses. En l'occurrence, il aurait pu avoir connaissance des propos litigieux par l'intermédiaire de G_____, à qui les messages en question avaient été adressés. Il est vrai qu'une plainte pénale n'avait pas encore été déposée à l'époque où les pièces avaient été obtenues. Mais si elle l'avait été, les autorités auraient pu avoir connaissance des documents en application de l'art. 265 CPP.

Deuxièmement, A_____ reprend ses précédents arguments sur l'absence de commission des infractions aux art. 143^{bis} CP et 179^{novies} CP.

Troisièmement, plusieurs auteurs de doctrine étaient d'avis que l'art. 141 al. 4 CPP ne s'appliquait pas au régime des preuves récoltées par les privés. La prétendue insécurité juridique évoquée par B_____ n'existait pas. Le CPP n'excluait donc nullement l'audition de G_____, à laquelle le Ministère public pourrait procéder si la cause lui était renvoyée. Ce dernier avait déjà été entendu dans la procédure prud'homale, et avait alors déclaré ceci (cf. procès-verbal du 12 février 2019 du Tribunal des prud'hommes, annexé à la réplique, p. 10) :

"Sur question de la partie défenderesse [i.e. E_____] qui insiste pour citer nommément ce qui suit au lieu de faire référence aux pièces 30 et suivantes déf.:

J'ai non seulement lu mais également entendu B_____ utiliser les termes suivants : [...] « petit enculé de sa mère non sodomisé » [...] « petits trous de balle encore vierge »".

Cette pièce établissait le bien-fondé de sa plainte, ne tombait sous le coup d'aucune règle d'exclusion quelconque et justifiait déjà le renvoi en jugement de B_____. Ce dernier avait en outre reconnu, lors de ses auditions par le Ministère public, être l'auteur des messages litigieux. La présente cause pouvait donc "*prosperer*" devant le juge du fond, même sans les documents en question.

e. B_____ duplique.

EN DROIT :

1. **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).

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).

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.

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

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).

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.

- 3.** Cet examen suppose tout d'abord de vérifier si la décision d'écartier 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.

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*, 4^e 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

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 inexploitable 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).

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*, forum-poenale Sonderheft 1/2020 198 ss [cité : forum-poenale], 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 1^{er} septembre 2020, destiné à la publication, consid. 1.3.1;

6B_53/2020 du 14 juillet 2020 consid. 1.1 ; 6B_1188/2018 du 26 septembre 2019, destiné à la publication, consid. 2.1).

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

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)

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

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."

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. 143^{bis} CP et 179^{novies} 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 7 septembre 2020 de la Chambre des prud'hommes (cf. let. **B.f.a.** supra), qui exposent de manière complète et convaincante en quoi les messages litigieux ont été obtenus en violation des droits de la personnalité de l'intimé (art. 328 CO). Il apparaît ainsi que, cinq mois après avoir laissé à l'intimé la possibilité de supprimer sur son téléphone professionnel les données à caractère privé y figurant, E_____ les a récupérées à son insu, au travers du compte M_____ de l'intimé. Ce procédé était contraire au principe de la bonne foi. En outre, dès lors que E_____ savait que l'intimé utilisait ledit téléphone à des fins privées, elle ne pouvait, sans violer les droits de la personnalité de ce dernier, prendre connaissance du contenu desdits messages. Cette manière de faire était en outre extrêmement intrusive, puisqu'elle a

permis à E_____ d'accéder à l'ensemble des communications échangées par l'intimé sur son téléphone professionnel. Elle était enfin contraire au principe de la proportionnalité, car d'autres méthodes moins invasives auraient pu être mises en œuvre pour sauvegarder les intérêts de la société. La gravité de l'atteinte aux droits de la personnalité de l'intimé était telle qu'elle a justifié l'allocation d'une indemnité de CHF 5'000.- pour tort moral (cf. let. **B.f.c.** *supra*).

Aucun des arguments soulevés par le recourant dans ses écritures ne permet de remettre en question les développements qui précèdent. Dans sa réplique, le recourant soutient que les moyens de preuve produits par E_____ dans la procédure prud'homale ne concerneraient pas le présent recours. Il ne peut toutefois être suivi, dès lors qu'il ressort clairement de l'arrêt du 7 septembre 2020 et du dossier de la procédure pénale à disposition de la Chambre de céans que la pièce 31, écartée par la Chambre des prud'hommes, consiste bel et bien en la capture d'écran de la conversation F_____ du 8 octobre 2016 produite à l'appui de sa plainte pénale. Contrairement à ce que le recourant affirme ensuite, le contenu de cette conversation relève manifestement de la sphère privée de l'intimé, ce que confirment tant le support utilisé (l'application F_____), le jour de la semaine où s'est produit l'échange litigieux (un samedi) que, surtout, la teneur des messages envoyés, qui dépassent le strict cadre professionnel. Dans ces circonstances, le fait que les participants à cette conversation étaient des cadres de E_____ ou encore qu'ils se servaient de leurs téléphones de fonction importe peu, étant d'ailleurs précisé que l'employeur de l'intimé savait qu'il en faisait un usage privé, comme le retient l'arrêt du 7 septembre 2020.

En définitive, on peut retenir que le procédé adopté par l'ancien employeur de l'intimé, soit pour lui le père du recourant, aidé par son fils (le recourant lui-même) et sa fille, a gravement porté atteinte aux droits de la personnalité de l'intimé, protégés par l'art. 328 CO. Les messages F_____ litigieux ainsi récoltés sont donc des preuves illicites.

Ce constat, déjà manifeste au vu des éléments au dossier, s'impose également si on examine la situation au regard de la seule LPD, que réserve d'ailleurs expressément l'art. 328b CO. Il faut en effet retenir que la manière d'agir de l'ancien employeur de l'intimé a contrevenu à plusieurs principes généraux de cette loi, soit notamment la bonne foi (art. 4 al. 2 LPD) et la reconnaissabilité (art. 4 al. 4 LPD). En laissant l'intimé effacer les données privées contenues dans son téléphone professionnel avant de le lui restituer, E_____ ne pouvait ensuite chercher à les récupérer par un moyen détourné, soit au travers du compte M_____ de son employé (principe de la bonne foi). Ce dernier, qui pensait avoir supprimé toute donnée personnelle lui appartenant encore, ne pouvait en outre raisonnablement s'attendre à ce qu'un procédé aussi invasif soit mis en œuvre par son employeur, qui plus est sans avertissement préalable (principe de reconnaissabilité), étant précisé que la teneur du contrat de travail, selon lequel E_____ se réservait le droit d'effectuer des contrôles du bon usage de l'appareil, ne permettait pas de prévoir qu'un tel contrôle comprendrait la

consultation de messages F_____ à caractère privé. Au vu des particularités du cas d'espèce, les atteintes causées à la personnalité de l'intimé ne sauraient être levées par un éventuel motif justificatif (art. 13 LPD) : tout d'abord, le volume des données obtenues est indéniable, dès lors qu'elles consistent en l'ensemble de l'historique des conversations F_____ sur le téléphone de fonction de l'intimé, qu'il utilisait à titre privé. À cet égard, peu importe que seuls certains messages aient finalement été produits dans la plainte pénale ; ce qui compte, c'est l'ampleur et le caractère systématique de la récolte de données personnelles. Ensuite, il faut souligner que ces données ont été rendues accessibles non pas au seul employeur de l'intimé, cas échéant à ses organes dirigeants, mais également au recourant et à sa sœur, laquelle n'est même pas une employée de E_____. Enfin, on peut relever que les infractions ainsi mises à jour – de nature délictuelle – n'ont pas été commises à l'encontre de l'auteur du traitement de données lui-même (soit E_____), mais à l'égard du recourant, soit le fils du directeur général de cette société. Compte tenu des circonstances, on ne peut admettre de motif justificatif déduit de la pesée des intérêts en présence. Le recourant ne le prétend du reste pas.

Sous cet angle également, la capture d'écran de la conversation F_____ du 8 octobre 2016 ne peut qu'être qualifiée d'illicite.

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*, 3^e 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

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*, 2^e 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 inexploitables (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

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.

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,

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*, 2^e 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, *forumpenale*, 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

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 7 septembre 2020, la Chambre des prud'hommes a tenu compte de la teneur de ces messages, telle qu'elle avait été rapportée par G_____ lors de son témoignage, pour considérer que l'intimé avait une propension à l'emploi d'un langage inconvenant (cf. let. **B.f.b.** *supra*). Le fait est que du point de vue de la procédure pénale, ces déclarations n'auraient pas pu être obtenues sans la conversation litigieuse, dont le contenu a été lu au témoin entendu. Il en va de même des déclarations de G_____ selon lesquelles il aurait également entendu l'intimé prononcer des propos similaires, étant précisé que d'éventuelles atteintes à l'honneur du recourant tenues par oral ne font pas l'objet de la présente procédure.

Contrairement à ce qu'affirme le recourant, le constat du caractère inexploitable de la capture d'écran a pour conséquence que la cause ne peut désormais plus "*prosperer*" devant le juge du fond. L'opinion de WOHLERS citée ci-dessus est à cet égard convaincante et mérite d'être suivie. En tant que ce moyen de preuve fondait les soupçons initiaux à l'encontre de l'intimé, le fait qu'il ait entretemps été déclaré inexploitable doit entraîner – en l'absence d'autres preuves exploitables – le classement de la procédure sur ce point, faute de soupçons suffisants justifiant une mise en accusation, au sens de l'art. 319 al. 1 let. a CPP (voir à cet égard W. WOHLERS, PJA, p. 1312).

On peut dès lors s'abstenir d'examiner l'argumentation subsidiaire proposée par le Ministère public dans ses observations, liée aux art. 319 al. 1 let. e CPP et 52 CP.

5. Justifiée, l'ordonnance querellée sera donc confirmée.
6. Le recourant, qui succombe, supportera les frais envers l'État, fixés en totalité à CHF 2'000.- eu égard au travail nécessité par le présent arrêt (art. 428 al. 1 CPP et 13 al. 1 du Règlement fixant le tarif des frais en matière pénale, RTFMP ; E 4 10.03).
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).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Rejette le recours.

Condamne A_____ aux frais de la procédure de recours, arrêtés à CHF 2'000.-.

Dit que ce montant sera prélevé en partie sur les sûretés versées.

Alloue à B_____, à la charge de l'État, une indemnité de CHF 2'247.-, TVA incluse.

Notifie le présent arrêt ce jour, en copie, à A_____ et à B_____, soit pour eux leurs conseils, ainsi qu'au Ministère public.

Siégeant :

Madame Corinne CHAPPUIS BUGNON, présidente; Monsieur Christian COQUOZ et Madame Daniela CHIABUDINI, juges; Monsieur Sandro COLUNI, greffier.

Le greffier :

Sandro COLUNI

La présidente :

Corinne CHAPPUIS BUGNON

Voie de recours :

Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière pénale au sens de l'art. 78 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110); la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 78 à 81 et 90 ss LTF. Le recours doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14. Les mémoires doivent être remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF).

P/14078/2017

ÉTAT DE FRAIS

COUR DE JUSTICE

Selon le règlement du 22 décembre 2010 fixant le tarif des frais en matière pénale (E 4 10.03).

Débours (art. 2)

- frais postaux	CHF	20.00
-----------------	-----	-------

Émoluments généraux (art. 4)

- délivrance de copies (let. a)	CHF	
- délivrance de copies (let. b)	CHF	
- état de frais (let. h)	CHF	75.00

Émoluments de la Chambre pénale de recours (art. 13)

- décision sur recours (let. c)	CHF	1'905.00
-	CHF	

Total	CHF	2'000.00
--------------	------------	-----------------