

NE_GERICHTE ARMP.2013.94 vom 10. September 2013

NE Tribunal cantonal, 2013-09-10, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_ARMP.2013.94

FR: NE_GERICHTE ARMP.2013.94 du 10 septembre 2013

IT: NE_GERICHTE ARMP.2013.94 del 10 settembre 2013

Erwägungen

E. 1

un homicide au sens des art. 111 à 113 CP1,

E. 2

un crime passible d'une peine privative de liberté d'au moins trois ans,

E. 3

une infraction visée aux art. 187, 189, 190, 191, 197, ch. 3, 260ter, 260quinquies, 305bis, 305teret 322terà 322septiesCP,

4.2

une infraction au sens de l'art. 19, al. 2, de la loi du 3 octobre 1951 sur les stupéfiants³.

1RS311.02RO_2011_44873RS812.121

1Les bâtiments, les habitations et autres locaux non publics ne peuvent être perquisitionnés qu'avec le consentement de l'ayant droit.

2Le consentement de l'ayant droit n'est pas nécessaire s'il y a lieu de présumer que, dans ces locaux:

a.

se trouvent des personnes recherchées;

b.

se trouvent des traces, des objets ou des valeurs patrimoniales susceptibles d'être séquestrés;

c.

des infractions sont commises.

1Les documents, enregistrements et autres objets qui ne peuvent être ni perquisitionnés ni séquestrés parce que l'intéressé fait valoir son droit de refuser de déposer ou de témoigner ou pour d'autres motifs sont mis sous scellés et ne peuvent être ni examinés, ni exploités par les autorités pénales.

2Si l'autorité pénale ne demande pas la levée des scellés dans les 20 jours, les documents et les autres objets mis sous scellés sont restitués à l'ayant droit.

3Si l'autorité pénale demande la levée des scellés, les tribunaux suivants statuent définitivement sur la demande dans le mois qui suit son dépôt:

a.

le tribunal des mesures de contrainte, dans le cadre de la procédure préliminaire;

b.

le tribunal saisi de la cause, dans les autres cas.

4Le tribunal peut faire appel à un expert pour examiner le contenu des documents, des enregistrements et des autres objets.

1Des objets et des valeurs patrimoniales appartenant au prévenu ou à des tiers peuvent être mis sous séquestre, lorsqu'il est probable:

a.

qu'ils seront utilisés comme moyens de preuves;

b.

qu'ils seront utilisés pour garantir le paiement des frais de procédure, des peines pécuniaires, des amendes et des indemnités;

c.

qu'ils devront être restitués au lésé;

d.

qu'ils devront être confisqués.

2Le séquestre est ordonné par voie d'ordonnance écrite, brièvement motivée. En cas d'urgence, il peut être ordonné oralement; toutefois, par la suite, l'ordre doit être confirmé par écrit.

3Lorsqu'il y a péril en la demeure, la police ou des particuliers peuvent provisoirement mettre en sûreté des objets et des valeurs patrimoniales à l'intention du ministère public ou du tribunal.

1Toute partie qui a un intérêt juridiquement protégé à l'annulation ou à la modification d'une décision a qualité pour recourir contre celle-ci.

2La partie plaignante ne peut pas interjeter recours sur la question de la peine ou de la mesure prononcée.

3Si le prévenu, le condamné ou la partie plaignante décèdent, leurs proches au sens de l'art. 110, al. 1, CP1 peuvent, dans l'ordre de succession, interjeter recours ou poursuivre la procédure à condition que leurs intérêts juridiquement protégés aient été lésés.

1RS311.0

1Le recours est recevable:

a.

contre les décisions et les actes de procédure de la police, du ministère public et des autorités pénales compétentes en matière de contraventions;

b.

contre les ordonnances, les décisions et les actes de procédure des tribunaux de première instance, sauf contre ceux de la direction de la procédure;

c.

contre les décisions du tribunal des mesures de contrainte, dans les cas prévus par le présent code.

2Le recours peut être formé pour les motifs suivants:

a.

violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, le déni de justice et le retard injustifié;

b.

constatation incomplète ou erronée des faits;

c.

inopportunité.

E. 4

Certes, une décision d'ouverture au sens de l'article 309 CPP a été rendue à l'encontre de X. sous les préventions de calomnie, subsidiairement diffamation, et d'instigation et violation du secret de fonction, subsidiairement de complicité de violation du secret de fonction. La perquisition – si l'on en croit le libellé du mandat d'investigation du 8 août 2013 – n'a pas été sollicitée pour démontrer les éventuels actes de diffamation ou de calomnie. La demande d'entraide en matière pénale du 13 août 2013 est, elle, moins limitative, puisqu'elle se réfère à l'"instruction ouverte à l'encontre de X. pour diffamation, calomnie et violation du secret de fonction" et vise à "saisir le matériel informatique en sa possession". Postérieurement, dans sa demande de précision de la plainte du 20 août 2013, le procureur précise que les éléments requis ont une influence sur la motivation qu'il entend présenter pour la levée des scellés, ce qui s'interprète comme la volonté de perquisitionner les documents saisis aussi du point de vue des infractions contre l'honneur. D'emblée, il faut constater que la récolte de preuves pour l'infraction de diffamation ne peut porter que sur la preuve libératoire à disposition du prévenu et non viser l'établissement de l'infraction, qui est précisément constituée par les propos contenus dans les articles de presse que A. estime attentatoires à l'honneur. Envisager une perquisition de locaux, soit par le biais d'une atteinte aux droits fondamentaux du prévenu, afin de fournir à celui-ci les moyens de la preuve libératoire – qu'il possède du reste déjà et dont il peut faire usage, sous réserve du contenu qu'il veut donner à la protection de ses sources – relève du non-sens. S'agissant de la prévention de calomnie, les preuves recherchées pourraient, en théorie, être utiles à démontrer ce que X. savait réellement, et notamment établir qu'il connaissait – par hypothèse – la fausseté de ses allégations. Cela étant, pour envisager sérieusement cela, il faut au préalable que l'autorité soit absolument convaincue du caractère attentatoire à l'honneur des articles en cause, ce qui n'était à l'évidence pas le cas du procureur en charge de la direction de la procédure puisque celui-ci a sollicité du mandataire du plaignant, le 20 août 2013, soit postérieurement aux actes contestés, qu'il précise "les termes attentatoires à l'honneur véritablement reprochés, en quoi ces termes seraient faux et de fournir ou à tout le moins énumérer ce qui permet de le déterminer". Fondé sur une prévention aussi fragile, l'ordre de perquisition aurait été pour le moins hâtif et prématuré. En réalité, et le libellé du mandat d'investigation du 8 août 2013 ne laisse à cet égard que peu de doutes sur les intentions du Ministère public, la perquisition visait à trouver le ou les auteurs de violations, probablement répétées, du secret de fonction. Il faut dès lors vérifier si, au-delà de la décision formelle d'ouverture, X. pouvait être – raisonnablement – prévenu des infractions

qui lui sont reprochées selon l'article 320 CP, en fonction notamment du degré de participation retenu. Il convient en effet d'éviter que des mises en prévention trop hâtives, voire de circonstance, vident de son sens la protection des journalistes en rendant possibles – selon la thèse de principe du procureur au sujet des limitations à cette protection lorsque le journaliste est lui-même prévenu – des perquisitions par le simple fait qu'ils sont prévenus d'une infraction. Cet examen doit intervenir même si, par la suite, le journaliste en cause peut obtenir le maintien des scellés et la restitution des objets en cause. Une mesure de perquisition de locaux peut en elle-même constituer un moyen de pression contre les journalistes qui, dans un Etat de droit, doivent évidemment être protégés contre de tels actes.

E. 5

a) Selon l'article 320 CP, celui qui aura révélé un secret à lui confié en sa qualité de membre d'une autorité ou de fonctionnaire, ou dont il avait eu connaissance à raison de sa charge ou de son emploi, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. La révélation demeure punissable alors même que la charge ou l'emploi a pris fin (ch.1). La révélation ne sera pas punissable si elle a été faite avec le consentement écrit de l'autorité supérieure (ch. 2). Le but de la protection conféré par l'article 320 CP est double : il s'agit d'une part de permettre à la collectivité d'étudier les questions et de préparer ses décisions sereinement, sans être sous la pression de milieux ameutés par telle ou telle révélation ou sans craindre que des citoyens ne puissent se soustraire à des mesures étatiques et, d'autre part, d'éviter que les particuliers dont le cas est traité par l'autorité, subissent des indiscretions préjudiciables à leurs intérêts légitimes (Favre/Pellet/Stoudmann, Code pénal annoté, ch. 1.1 ad art. 320 CP). Seuls sont protégés les secrets dont la connaissance est réservée à un cercle limité de personnes, dont le caractère confidentiel est voulu par l'intéressé et pour lesquels il existe un intérêt au maintien au secret. Le fait qu'un cercle limité de personnes soit au courant ne prive pas les faits en cause de leur caractère confidentiel (Favre/Pellet/Stoudmann, op.cit., no 1.2 ad art. 320 CP et la référence à l'ATF 127 IV 122, JT 2002 IV 118, cons.1). L'information faisant l'objet du secret de fonction demeure confidentielle même si elle est partiellement fautive du point de vue matériel ou si elle ne contient que des suppositions. Il faut toutefois que le secret ait été confié dans le cadre d'un mandat officiel à celui qui en fait état (Favre/Pellet/Stoudmann, op.cit., no 1.5 ad art. 320 CP). L'infraction ne peut être qu'intentionnelle, le dol éventuel étant suffisant (Favre/Pellet/Stoudmann, op.cit., no 1.6 ad art. 320 CP). b) Dans le cadre des divers degrés de participation à une infraction, l'article 24 CP prévoit, sous le titre "instigation", que quiconque a intentionnellement décidé autrui à commettre un crime ou un délit encourt, si l'infraction a été commise, la peine applicable à l'auteur de cette infraction (al.1). L'alinéa 2 de cette disposition prévoit que quiconque a tenté de décider autrui à commettre un crime encourt la peine prévue pour la tentative de cette infraction. L'instigation est une influence d'ordre psychique, spirituelle, exercée sur la volonté d'autrui, cela quelle que soit la manière dont cette influence s'exprime, par exemple par le simple fait de poser une question, d'émettre une suggestion ou une invitation. La volonté d'agir peut être déterminée par instigation même chez celui qui est disposé à agir ou chez celui qui s'offre à accomplir un acte réprimé par le droit pénal, cela aussi longtemps que l'auteur ne s'est pas encore décidé à passer à l'action concrètement (ATF 127 IV 122, JT 2002 IV 118, cons.2b/aa et 116 IV 1, cons.3c, cités par Favre/Pellet/Stoudmann, op.cit., no 1.2 ad art. 24 CP). En revanche, il n'y a plus d'instigation possible lorsque l'auteur a déjà décidé de commettre un acte déterminé. De même, celui qui se borne à créer une situation

dans laquelle une autre personne pourrait éventuellement se décider à commettre une infraction n'est pas un instigateur (ATF 128 IV 11, cité par Favre/Pellet/Stoudmann, op.cit., no 1.3 ad art. 24 CP et les références citées). Pour le Tribunal fédéral, se rend coupable d'instigation à violation du secret de fonction le journaliste qui, sachant que le procureur a refusé de donner des renseignements sur des personnes arrêtées dans le cadre d'un brigandage, s'adresse à une assistante administrative du Ministère public, lui envoie par télécopie une liste de personnes et la prie de lui faire suivre les renseignements correspondants enregistrés dans un ordinateur accessible pour elle au moyen d'un mot de passe, l'amenant ainsi à lui communiquer des données secrètes (ATF 127 IV 122, JT 2002 IV 118). Saisie de cette affaire, la Cour européenne des droits de l'Homme a considéré que la condamnation du journaliste pour de tels faits constituait une violation de la liberté d'expression garantie par l'article 10 CEDH. Les informations présentaient en effet un intérêt général et n'avaient pas été obtenues par la ruse, la menace ou la contrainte (arrêts du TF et de la Cour EDH cités par Favre/Pellet/Stoudmann, op.cit., no 1.9 ad art. 320 CP). Finalement, selon l'article 25 CP (complicité), la peine est atténuée à l'égard de celui qui aura intentionnellement prêté assistance à l'auteur pour commettre un crime ou un délit. Le complice se distingue de l'auteur en ce sens qu'il n'a pas d'emprise sur le cours des événements. C'est l'intensité, notion subjective, avec laquelle l'intéressé s'associe à la décision dont est issu le délit qui est déterminante pour distinguer l'auteur du complice. Ce dernier apporte une contribution causale, mais pas forcément indispensable, à la commission de l'infraction. L'activité du complice doit cependant constituer un maillon dans la chaîne des agissements qui ont entraîné l'acte principal. Le complice doit avoir agi intentionnellement, la prévision de la commission de l'infraction faisant également partie de l'intention. Il faut qu'il ait à tout le moins réalisé que, par son comportement, il favorisait un acte punissable et qu'il ait accepté ce résultat pour le cas où il se produirait, le seul dol éventuel étant suffisant. L'assistance du complice peut être matérielle, intellectuelle, physique ou psychique. La complicité est intellectuelle lorsque le complice ne se contente pas d'approuver simplement la détermination de l'auteur mais, dans son comportement l'encourage, l'entretient ou le fortifie dans sa décision de commettre l'infraction (Favre/Pellet/Stoudmann, op.cit. no 1.9, 1.10 et 1.11 ad art. 25 CP). c) En l'espèce – et le Ministère public ne le prétend du reste pas sérieusement, malgré des libellés pouvant prêter à confusion, notamment dans la décision d'ouverture et la demande d'entraide où il est question d'une instruction ouverte notamment pour violation du secret de fonction –, la commission de cette infraction ne peut être à l'évidence retenue contre X. en qualité d'auteur, faute pour lui d'être membre d'une autorité ou fonctionnaire. Les perquisitions visaient à établir la participation de X. à une ou plusieurs violations du secret de fonction commises par une ou plusieurs personnes qui ont accès à des documents confidentiels dans le cadre de leurs activités universitaires. Or à la lumière des notions rappelées ci-dessus, la possibilité pour X. d'être considéré comme instigateur ou complice d'une violation du secret de fonction paraît très faible, que l'on se place au moment où le procureur a délivré les ordonnances querellées ou au moment de leur examen par l'autorité de céans, différentes auditions ayant été diligentées dans l'intervalle. Selon ce qui ressort du dossier, celui-ci contenait, au moment du mandat d'investigation à la police du 8 août 2013, la plainte de A. accompagnée de ses – volumineuses – annexes. C'est sur la base de ces documents, sans audition préalable du plaignant ou d'autres personnes gravitant autour du dossier (on pense en particulier à de potentiels auteurs des violations de l'article 320 CP), que le Ministère public a ordonné la perquisition du domicile privé de X. puis, ne l'y trouvant pas, celle du

lieu où il résidait. Il est possible que les informateurs du journaliste aient pu laisser des traces notamment dans la messagerie électronique de celui-ci. Le fait qu'une ou plusieurs personnes au sein de l'Université pourraient commettre une infraction à l'article 320 CP et trouver en la personne de X. et du média pour lequel il travaille un écho à leurs révélations n'implique pas d'emblée que le journaliste en cause ait activement stimulé les révélations, devenant ainsi instigateur de l'infraction, ou se soit associé à l'infraction commise au point d'en devenir complice. Le plaignant ne prétend rien de tel formellement, se limitant dans sa plainte et ses annexes à suggérer au procureur d'examiner s'il y a eu instigation. Ces documents laissent entrevoir, au sein de l'Université, un problème plus général de communication avec l'extérieur (voir par exemple, communiqué de presse du Conseil de l'Université du 12.4.2013 dans lequel celui-ci déplore "que des conflits, qu'on ne saurait laisser perdurer, mais qui émergent néanmoins inévitablement dans des structures aussi vastes et complexes, aient été présentées dans certains comptes rendus médiatiques d'une façon aussi sensationnaliste et peu objective. Il estime en outre inacceptable que des personnes actives à l'intérieur de l'Université aient eu recours à la presse, sous couvert d'anonymat, pour divulguer des informations fausses ou tendancieuses, sans même s'adresser auparavant aux différentes instances internes expressément prévues à cet effet."). Il n'a toutefois pas été fait état d'une instigation par les médias, ceux-ci se voyant plutôt reprocher la manière de traiter l'information reçue. A la connaissance de l'autorité de céans, ni l'Université ni l'Etat de Neuchâtel n'ont saisi la justice pénale afin qu'elle poursuive les auteurs de violations du secret de fonction, pourtant flagrantes lorsque, par exemple, un courrier de la rectrice du 10 septembre 2012 concernant l'enquête administrative est rendu public. Ce secret était cependant rappelé aux professeurs présents lors du Conseil extraordinaire des professeurs du 15 avril 2013. Sur cette base, on peut considérer qu'il n'y avait pas, dans le dossier en main du Ministère public au moment où il a rendu la décision querellée, d'éléments suffisamment tangibles dont il pouvait retenir avec le degré de vraisemblance suffisant que X. ait pu faire plus que bénéficier des informations que lui donnait son informateur, probablement interne à l'Université, et aurait adopté un comportement actif, faisant de lui un instigateur. Devant un tel doute, une mise en prévention, si elle visait à permettre la perquisition de locaux, était prématurée. Si une erreur d'appréciation est à cet égard toujours possible et même excusable selon les situations, cette mise en prévention aurait été examinée sous un tout autre angle si le procureur avait privilégié d'autres mesures moins contraignantes avant de rendre une ordonnance de perquisition de locaux, par exemple l'audition du plaignant ainsi que de différents responsables et professeurs de l'Université, ou encore la perquisition puis l'audition telles que diligentées contre Z. de manière concomitante aux opérations concernant X. avec obligation pour Z. de garder le secret à cet égard (art.73 al.2 CPP), le temps d'examiner et effectuer les autres mesures qui auraient pu s'imposer à l'issue de ces auditions. Or l'audition de Z. – principalement visé dans la plainte comme auteur de violations du secret de fonction et que X. aurait donc pu instiguer – tend plutôt à exclure une participation de X. à cette (éventuelle) infraction. L'absence d'éléments concrets d'instigation est en effet corroborée par l'audition, postérieure aux perquisitions, de Z., notamment lorsque celui-ci a affirmé: "Nous avons toujours informé le rectorat de tout ce qui se passait concernant cette histoire. Je tiens à vous donner un exemple. On est allé voir la rectrice en lui disant que X. était certainement au courant. Elle nous avait répondu : "oui, parfois il me téléphone et j'ai l'impression qu'il était au milieu de la conversation que je viens d'avoir". Je pense que X. a beaucoup téléphoné à la rectrice". On comprend de ces

paroles, certes rapportées, de la rectrice – qui les contestait partiellement lors de son audition –, que si X. appelait fréquemment cette dernière, il le faisait après avoir été mis au courant par une personne initiée, de faits qui pouvaient l'intéresser. C'est donc bien plus le scénario d'un journaliste qui est alimenté activement par celui qui viole son secret de fonction et non pas d'un journaliste qui instigue une telle infraction. On comprendrait sinon mal les coïncidences qui verraient X. appeler la rectrice – avec une certaine systématique – après des conversations qu'elle venait d'avoir, ce qui peut très éventuellement tenir au hasard mais résulte plus probablement d'une information reçue régulièrement par X. permettant à ce dernier de savoir quand il se passait quelque chose. S'il avait été instigateur, la coordination temporelle aurait été plus aléatoire. Il s'agit là évidemment d'une interprétation par la Cour de céans. Cela étant, même si l'on devait relativiser la fréquence et la concomitance des appels rapportés par Z., en raison de leur contestation par la rectrice elle-même, on peut dire en revanche que le rectorat avait des contacts réguliers avec X., K. ayant été désigné comme son interlocuteur, auquel il devait poser ses questions et attendre la réponse après que ce dernier en avait référé au rectorat. Rien dans cette figure de journalisme, même insistant, ne suggère l'hypothèse d'une instigation ou complicité de violation du secret de fonction. Par ailleurs, Z. a indiqué "que d'autres personnes étaient au courant de cette histoire [de plagiat]", selon une filière qu'il décrit et qui relève à tout le moins d'échanges informels, voire de commérages si le sujet ne concernait pas le milieu universitaire et une question fondamentale de son fonctionnement. Le contexte décrit par Z. – et en cela il rejoint le communiqué de presse du Conseil de l'Université du 12 avril 2013, précité – est donc celui de violations répétées de secrets de fonction, depuis plusieurs longs mois, probablement par plusieurs personnes et sans que X. apparaisse comme le seul interlocuteur privilégié, qui instiguerait des révélations non encore décidées ou s'associerait à celles-ci ou constituerait le maillon indispensable de telle façon qu'il en deviendrait complice. En rendant une décision d'ouverture d'instruction, le Ministère public a donc agi rapidement et on ne saurait admettre qu'une telle décision, dont la fragilité saute aux yeux, puisse formellement justifier la perquisition auprès d'un journaliste qui serait protégé s'il n'était pas prévenu. Le sens de la protection conférée aux journalistes exigerait d'ailleurs – indépendamment de la qualité de prévenu – une pesée entre l'intérêt public à la protection des sources journalistiques et l'intérêt public à la poursuite et répression des infractions pénales commises, y compris par les journalistes eux-mêmes. Cette pesée d'intérêts a, dans les trois affaires citées au considérant 3 ci-dessus, été résolue en faveur de la protection du journaliste, preuve d'une grande retenue en ce domaine, qu'il n'est toutefois pas nécessaire de traiter plus avant ici. Il reste vrai, dans un cadre plus large, que le pourrissement de plusieurs affaires plus ou moins récentes, suite à des "fuites" (i.e. la parution d'informations clairement couvertes par le secret de fonction) dans les médias, a pu amener le Ministère public à éprouver la nécessité d'une action forte, pour défendre – et c'est là son rôle – l'intérêt public au respect du secret de fonction. La légitimité de cette préoccupation ne dispense toutefois pas d'observer scrupuleusement la proportionnalité des moyens employés, afin de sauvegarder d'autres intérêts publics et ne pas risquer de perdre en crédibilité. La perquisition s'avère dès lors contraire au droit et ses conséquences, soit notamment le séquestre des objets saisis, doivent être annulées, selon la logique en cascade voulue par le législateur, notamment à l'article 141 al.2, 4 et 5 CPP. Ces objets seront donc restitués avec effet immédiat, sans que les scellés soient dans l'intervalle ôtés.

E. 6

Vu ce qui précède, le recours est admis. Les décisions querellées sont annulées, les objets saisis étant restitués à leurs propriétaires, avec la précision que l'absence d'ordonnance de séquestre est une lacune qu'il eût fallu réparer avant de pouvoir les attaquer comme telles (arrêt non publié de l'ARMP du 13.8.2012 [ARMP.2012.72]), question cependant sans objet vu les conclusions prises et les conséquences en cascade de l'irrégularité de la perquisition de locaux. La requête de suspension (voir lettre J, ci-dessus) de la procédure devant le Tribunal des mesures de contraintes jusqu'à droit connu dans la présente procédure devient sans objet par la reddition de l'arrêt de ce jour. Le cadre dans lequel s'est inscrit l'examen de l'autorité de céans étant celui de l'actuelle prévention – sans y ajouter les préventions écartées au stade de la non-entrée en matière par le procureur, décision frappée d'un recours – et cet examen conduisant à l'admission du recours, la suspension de la présente procédure jusqu'à droit connu sur le recours de A. ne s'impose pas non plus. Du reste, au vu des infractions sur lesquelles porte la non-entrée en matière (calomnie et diffamation, mais aussi abus de pouvoir commis par un inconnu membre d'une autorité ou un fonctionnaire, que X. ne pouvait être) et de la motivation de l'arrêt de céans, la question posée par le recours de A. n'a pas d'influence sur la cause ici tranchée. Vu le sort de la cause, les frais resteront à la charge de l'Etat, avec une allocation de dépens.

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