

CHAMBRE DES RECOURS PENALE

Séance du 14 mars 2012

Présidence de M. KRIEGER, président
Juges : M. Abrecht et Mme Byrde
Greffier : M. Addor

Art. 310 al. 1 let. a, 393 al. 1 let. a CPP

La Chambre des recours pénale prend séance à huis clos pour statuer sur le recours interjeté par **B.**_____ contre l'ordonnance de non-entrée en matière rendue le 26 janvier 2012 par le Ministère public central, division affaires spéciales, contrôle et mineurs, dans la cause la concernant (**PE11.019712-SFE**).

Elle considère :

E n f a i t :

A. a) Le 4 février 2011, D._____ chef du Service [...] du canton de Vaud (ci-après : [...]) a adressé à B._____, en sa qualité d'ex-directrice du [...].T._____, une lettre lui reprochant en substance d'avoir

externalisé certains services relatifs aux supports techniques et informatiques et d'avoir ainsi payé à des collaborateurs du [...]T. _____ des heures supplémentaires à un tarif trop élevé et par le débit d'un compte non destiné à financer le fonctionnement ordinaire de l'établissement, en particulier le [...] (P. 8/2).

Cette lettre contient les passages suivants : "Une telle manière de procéder, en particulier le fait de payer des factures relatives au fonctionnement général de l'établissement au moyen du [...], pourrait être constitutif d'abus de confiance. De même, en procurant sans droit un avantage au collaborateur concerné et de porter ainsi préjudice aux intérêts de l'Etat que vous étiez pourtant chargée de défendre, vous vous êtes vraisemblablement rendue coupable de gestion déloyale des intérêts publics. L'Etat de Vaud étudie en ce moment la possibilité de porter plainte pénale en raison de ces faits. (...) Dans ces conditions, même si vous n'avez pas personnellement bénéficié des montants prélevés sur le [...], vous avez sans conteste causé un dommage à l'Etat qu'il convient de réparer. Selon les recherches effectuées par la [...] [...], le fonds a été grevé d'une somme totale de 36'708 fr. du fait de l'acte illicite que vous avez commis. Au vu de ce qui précède, l'Etat de Vaud, par le Département [...], entend obtenir de votre part le remboursement de cette somme. Je vous prie de bien vouloir prendre contact avec moi dans les meilleurs délais, mais au plus tard jusqu'au 28 février 2011 afin de convenir des modalités dudit recouvrement".

Le 7 février 2011, D. _____ a adressé une lettre aux deux collaborateurs du [...]T. _____ visés dans la lettre du 4 février 2011, soit les techniciens en moyens audio-visuels X. _____ et N. _____, les invitant à lui faire part de leurs explications avant le 28 février 2011 (P. 8/4 et 8/9).

En mars 2011, le Conseil d'Etat a ordonné une enquête administrative à ce sujet. L'enquête, confiée à l'ancien juge K. _____, visait à établir les responsabilités de chaque intéressé dans cette affaire, à savoir celles de B. _____ et des deux employés concernés (cf. P. 8/1).

B._____ a été informée de l'ouverture de cette enquête administrative par lettre du Chancelier du canton de Vaud du 11 avril 2011 (P. 8/13).

Le 14 avril 2011, V._____, directeur général de [...], a informé X._____ et X._____ de l'ouverture de l'enquête administrative ordonnée par le Conseil d'Etat afin d'établir les faits quant à la légalité et au financement des mandats donnés par l'ancienne directrice du [...]T._____ à des entreprises tierces pour des prestations audio-visuelles (P. 8/7 et 8/11). Il leur apprenait également que la procédure d'avertissement engagée contre eux par la direction de [...] (cf. P. 8/5 et 8/10) était suspendue tant que les conclusions de l'enquêteur K._____ ne seraient pas connues (P. 8/7 et 8/11).

L'enquêteur a déposé son rapport le 21 juin 2011 (P. 8/1).

Le 21 septembre 2011, le directeur de [...] a informé X._____ et N._____ qu'après instruction du cas et audition des intéressés, il ne se justifiait pas de prononcer un avertissement et que, par conséquent, la procédure était close (P. 8/8 et 8/12).

Le 13 octobre 2011, le chef du [...], donnant suite à la requête de l'avocate Q._____, conseil de X._____, lui a adressé une copie du rapport de l'enquêteur (P. 8/16).

b) Le 8 novembre 2011, le chef du [...] a fait savoir à l'avocate Q._____, en réponse à une lettre que celle-ci lui avait adressée le 3 novembre 2011, que le rapport d'enquête administratif, comme les investigations menées dans le cadre de la procédure d'avertissement, avaient permis de montrer que son client n'avait fait que se conformer aux instructions de l'ancienne directrice du [...]T._____ et que l'Etat n'envisageait donc plus des démarches civiles ou pénales contre X._____ (P. 5).

Cette lettre contient le passage suivant :

"(...) mais rappelle également que le système mis en place par Mme B. _____ pour contourner le système de rémunération des heures supplémentaires en vigueur au sein de l'administration cantonale fait l'objet de fortes critiques de la part de l'enquêteur, de sorte que l'affaire n'est pas close pour ce qui concerne la susnommée (...)".

c) Le 17 novembre 2011, B. _____ a déposé plainte pénale contre D. _____ pour violation du secret de fonction au sens de l'art. 320 ch. 1 CP. Elle faisait valoir qu'en évoquant, dans sa lettre du 8 novembre 2011, une affaire en cours contre elle-même, le chef du [...] avait révélé à un tiers une information strictement confidentielle qui n'était connue que de lui ou de ses supérieurs hiérarchiques (P. 4 et 5).

Le 21 novembre 2011, le chef du [...] a adressé à N. _____ une lettre dont la teneur est la même que celle du 8 novembre 2011 destinée au conseil de X. _____ (P. 6).

En raison de ces faits, B. _____ a complété, le 30 novembre 2011, la plainte qu'elle avait déposée le 17 novembre 2011.

B. Le 26 janvier 2012, le Ministère public central, division affaires spéciales, contrôle et mineurs, a rendu une ordonnance de non-entrée en matière. Il a considéré que les éléments constitutifs objectif et subjectif de l'infraction de violation du secret de fonction n'étaient pas réalisés. Il a retenu que les trois intéressés étaient globalement au courant des faits qui leur étaient reprochés, faisant partie du même cercle de personnes visées par la procédure. Dans ces circonstances, il n'y avait rien de répréhensible, d'un point de vue pénal, à ce que D. _____ informât les deux techniciens que la procédure se poursuivait à l'égard de la plaignante, d'autant plus que la lettre litigieuse ne permettait pas de savoir si son auteur faisait allusion à une procédure administrative, civile ou pénale. Au surplus, le chef du [...] aurait tout au plus agi par négligence.

Le procureur a également nié qu'il y ait eu, sous quelque forme que ce soit, une atteinte à l'honneur de la plaignante. L'assertion incriminée, en effet, se limitait à l'activité professionnelle de l'intéressée.

C. Le 9 février 2012, B._____ a interjeté recours contre l'ordonnance de non-entrée, concluant à son annulation et au renvoi de la cause au Ministère public central pour qu'il ouvre une instruction pour violation du secret de fonction et injure.

Le Ministère public a renoncé à se déterminer, se référant à sa décision.

Dans ses déterminations du 24 février 2012, D._____ a conclu au rejet du recours.

Par acte du 12 mars 2012, à la suite des déterminations déposées par le prénommé, B._____ a confirmé les conclusions de son recours.

E n d r o i t :

1. Interjeté dans le délai légal (art. 396 al. 1 CPP [Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007, RS 312.0]) contre une décision du Ministère public (art. 393 al. 1 let. a CPP), par la plaignante qui a qualité pour recourir (art. 382 al. 1 CPP) et dans les formes prescrites (art. 385 al. 1 CPP), le recours est recevable.

2. L'ordonnance de non-entrée en matière de l'art. 310 al. 1 let. a CPP implique que des éléments constitutifs de l'infraction ne soient manifestement pas réunis. Il suffit que l'un d'entre eux ne soit manifestement pas réalisé (Cornu, in : Kuhn/Jeanneret (éd.), Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, Bâle 2011, n. 8 ad art. 310 CPP, p. 1411). Il faut que le comportement dénoncé apparaisse d'emblée comme non punissable (Cornu, op. cit., n. 10 ad art. 310 CPP). Tel n'est

pas le cas lorsque le Ministère public a (ou devrait avoir) des doutes sur l'existence des éléments constitutifs ou sur la possibilité ultérieure de les prouver (Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005, FF 2006 pp. 1057 ss, spéc. p. 1248).

3. Se rend coupable de violation du secret de fonction, au sens de l'art. 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, la révélation demeurant punissable alors même que la charge ou l'emploi a pris fin (ch. 1, al. 1 et 2). Il faut qualifier de secret un fait connu d'un cercle restreint de personnes, que l'on veut garder confidentiel, en ayant pour cela un intérêt légitime (Corboz, *Les infractions en droit suisse*, vol. II, 3^e éd., Berne 2010, p. 739; ATF 127 IV 122 c. 1; ATF 126 IV 236 c. 2a). Il faut donc un intérêt digne de protection à ce que le secret soit gardé, cet intérêt pouvant être celui de la collectivité publique concernée (Corboz, *op. cit.*, p. 740). En outre l'information doit avoir été confiée au membre de l'autorité ou au fonctionnaire parce qu'il revêt cette charge publique ou qu'il l'a apprise en exerçant sa charge officielle, par exemple en lisant des rapports ou des dossiers (Corboz, *op. cit.*, p. 741). Il doit apprendre le fait *ès* qualité, c'est-à-dire en tant que membre d'une autorité ou fonctionnaire (*ibidem*). Le comportement délictueux consiste à violer intentionnellement le devoir de garder le secret, l'auteur communiquant ou rendant accessible le secret à une personne qui n'y a pas accès (Corboz, *op. cit.*, pp. 744-745). Il convient encore de préciser que le devoir de garder le secret existe pour les membres des autorités et les fonctionnaires même si aucune norme ou instruction ne le dit expressément (Corboz, *op. cit.*, p. 742).

4. Les trois intéressés, soit les agents publics X._____ et N._____ ainsi que la recourante, ont eu connaissance des griefs adressés à tous les autres. Selon toute apparence, le rapport d'enquête administrative établi par K._____ a été communiqué à chacun d'eux, avec un contenu identique.

Il résulte de ce rapport que si des irrégularités, imputables à la recourante, ont été commises en matière de gestion du personnel, notamment en ce qui concerne le régime des heures supplémentaires, elles n'ont pas conduit à l'octroi d'avantages illicites et n'ont pas porté préjudice à l'Etat de Vaud. Selon l'enquêteur, la recourante a enfreint les règles de compétence et de procédure régissant l'attribution de marchés publics. Ces travaux, qui ont coûté en deux ans un peu plus de 60'000 fr. à l'Etat, avaient été effectivement réalisés, au bénéfice de l'établissement. Au sein du personnel, aucun avantage personnel illicite n'avait été tiré de cette collaboration externe. D'autre part, une partie importante des factures relatives aux travaux avaient été supportées de manière injustifiée par le [...] du [...] alors qu'elles ne concernaient pas des activités susceptibles d'être financées par le fonds au regard des buts attribués à celui-ci par le règlement du Conseil d'Etat. Cette situation résultait des décisions prises personnellement par la recourante, au bénéfice d'une interprétation trop large de ce texte et en dépit d'une mise en garde expresse de la direction de [...]. L'enquêteur a conclu que le comportement de la recourante n'avait pas été conforme à l'art. 50 al. 2 LPers, qui prescrit que le collaborateur doit agir, en toutes circonstances, de manière professionnelle et conformément aux intérêts de l'Etat et du service public, dans le respect des normes en vigueur, des missions et des directives de ses supérieurs (P. 8/1, p. 14).

Les lettres adressées par le chef du [...] au conseil de X._____ et à N._____ personnellement comportent une information qui n'est pas contenue dans le rapport d'enquête, à savoir que l'affaire n'est pas close contre la recourante. Ce fait ne saurait en effet être déduit de la seule lecture de ce document. Vu les lettres adressées à chacun d'eux le 7 février 2011 par le chef du [...], X._____ et N._____ devaient comprendre, à la lecture des courriers incriminés des 8 et 21 novembre 2011, que l'affaire n'était pas terminée contre la recourante sur le plan pénal ou civil, ce qui constituait une information soumise au secret. Par ailleurs, le fait que la recourante ait, dans une lettre du 11 février 2011, informé les deux collaborateurs précités qu'elle assumait la responsabilité exclusive et entière de cette affaire à leur décharge (cf. P. 8/6) ne signifie

pas qu'elle admettait les griefs qui lui étaient faits. Cette information n'a du reste aucun rapport direct avec la communication litigieuse contenue dans les lettres des 8 et 21 novembre 2011 (P. 5 et 6).

Ayant pris sa retraite en octobre 2010 (P. 8/1, p. 1), la recourante n'est plus le supérieur hiérarchique de X._____ et N._____. Sa relation avec l'Etat de Vaud ne paraît donc pas les concerner. On voit mal, dans ces circonstances, ce qui pouvait justifier la communication aux prénommés d'une information relative à la poursuite d'une procédure contre la recourante. En outre, comme les deux techniciens ne se sont pas vus infliger de sanction disciplinaire, il est douteux qu'ils aient eu un intérêt à savoir que l'« affaire » concernant la recourante, affaire dont on ignore la nature et qui pourrait être civile, pénale ou administrative, n'était « pas close ». La recourante, en revanche, paraît avoir un intérêt digne de protection à ce que la poursuite d'une procédure contre elle, en particulier pénale, soit maintenue strictement confidentielle.

Comme le relève le procureur, les deux techniciens et la recourante doivent être traités en fonction des particularités liées aux rôles joués par chacun. Il ressort du dossier que l'ouverture de l'enquête administrative n'a été communiquée par le Chancelier du canton de Vaud qu'à la recourante, au chef du [...], au directeur de [...] et à l'enquêteur K._____ (P. 8/13). Ensuite, c'est ce dernier qui a pris contact avec les deux collaborateurs X._____ et N._____ pour les entendre (P. 8/14 et 8/15). Cette circonstance indique que les trois personnes visées n'avaient pas le même statut. En outre, c'est à sa demande, et non pas d'office, que l'avocate de l'un des deux collaborateurs s'est vu remettre une copie du rapport d'enquête administrative. Dans ces conditions, le procureur ne pouvait pas considérer que les trois personnes visées savaient toutes exactement la même chose et qu'elles devaient être traitées de la même manière.

D'un point de vue subjectif, en sa qualité de chef d'un [...] de l'Etat, D._____ ne pouvait pas ignorer le devoir de confidentialité imposé par l'art. 320 ch. 1 CP et pouvait se rendre compte que la communication

litigieuse portait sur une information soumise au secret, car non contenue dans le rapport d'enquête administrative du 21 juin 2011. A tout le moins, l'élément subjectif de l'infraction de violation du secret de fonction, sous la forme du dol éventuel (ATF 127 IV 122 c. 1, JT 2002 IV 118), ne peut être écarté en l'état.

5. La recourante demande également qu'une enquête soit ouverte pour injure au sens de l'art. 177 CP. Elle fait valoir que les faits communiqués dans ses lettres des 8 et 21 novembre 2011 par le chef du [...] à X. _____ et N. _____ portent atteinte à sa réputation.

Le procureur a considéré, à l'appui de sa décision de non-entrée en matière, que la procédure évoquée par le chef du [...] dans les lettres litigieuses visait l'activité de la recourante comme [...]. Comme seule la réputation professionnelle de l'intéressée était en cause, il n'y avait pas d'atteinte à l'honneur pénalement répréhensible.

La cour de céans n'est pas liée par les motifs invoqués ni par les conclusions des parties (art. 391 al. 1 CPP).

Les propos qui comportent un jugement de valeur offensant adressé à la personne visée directement ou à un tiers peuvent tomber sous le coup de l'injure, au sens de l'art. 177 CP (Dupuis, Geller, Monnier, Moreillon, Piguet, Bettex, Stoll (éd.), Petit Commentaire Code pénal, Bâle 2012, n. 11 ad art. 177 CP, p. 1036). Lorsqu'ils portent sur une allégation de fait adressée à un tiers, seules les infractions de diffamation (art. 173 CP) et de calomnie (art. 174 CP) sont envisageables. Lorsque l'auteur allègue lesdits faits à la victime, il s'agit d'une injure (Dupuis, Geller, Monnier, Moreillon, Piguet, Bettex, Stoll (éd.), op. cit., n. 17 ad art. 177 CP, p. 1037).

Dans la mesure où les assertions litigieuses ont été communiquées à un tiers, et qu'elles constituent une allégation de fait, et non un jugement de valeur offensant, seules les infractions de diffamation

(art. 173 CP) et de calomnie (art. 174 CP) paraissent pouvoir entrer en considération (cf. ATF 137 IV 313 c. 2.1.2; ATF 128 IV 53 c. 1f/aa).

L'allégation, contenue dans les lettres des 8 et 21 novembre 2011, d'avoir employé des moyens « pour contourner le système de rémunération des heures supplémentaires en vigueur au sein de l'administration cantonale » est susceptible de porter atteinte à la considération de la recourante. Du moins, cela ne peut pas être exclu en l'état. En effet, l'assertion incriminée, dans la mesure où elle ne critique pas seulement la recourante dans la bonne opinion qu'elle a d'elle-même dans le cadre de ses activités professionnelles – ce qui exclut l'atteinte à l'honneur pénalement punissable (ATF 119 IV 47 c. 2a; ATF 117 IV 27 c. 2c) – mais éveille également le soupçon qu'elle a eu un comportement douteux sur le plan pénal, est de nature à exposer l'intéressée au mépris en sa qualité d'être humain (ATF 132 IV 112 c. 2.1; ATF 128 IV 53 c. 1a).

En outre, il est malaisé de conclure avec certitude, sans procéder à une enquête, que les preuves libératoires, selon l'art. 173 ch. 2 CP, ont été valablement apportées, à supposer que l'auteur des propos litigieux soit admis à faire lesdites preuves (art. 173 ch. 3 CP; ATF 116 IV 31 c. 3, JT 1992 IV 29).

6. En conclusion, il était à tout le moins prématuré, au vu des faits exposés dans la plainte, ainsi que des pièces produites, de rendre une ordonnance de non-entrée en matière pour le motif que les éléments constitutifs des infractions dénoncées n'étaient manifestement pas réunis.

Les éléments sont suffisants pour ordonner l'ouverture d'une instruction contre D._____ sur la prévention de violation du secret de fonction et de diffamation.

Le recours, fondé, doit être admis et l'ordonnance du 26 janvier 2012 annulée. Le dossier de la cause est renvoyé au Procureur du Ministère public central, division affaires spéciales, contrôle et mineurs,

pour qu'il ouvre une instruction contre D._____, puis rende une nouvelle décision.

Les frais de la procédure de recours, constitués du seul émolument d'arrêt (art. 422 al. 1 CPP), sont laissés à la charge de l'Etat (art. 428 al. 4 CPP).

S'agissant des dépens réclamés par la recourante, ils suivent le sort de la cause au fond (cf. art. 433 CPP; Mizel/Rétornaz, in: Kuhn/Jeanneret (éd.), op. cit., n. 13 ad art. 433 CPP).

Par ces motifs,
la Chambre des recours pénale,
statuant à huis clos :

- I.** Admet le recours.
- II.** Annule l'ordonnance du 26 janvier 2012.
- III.** Renvoie le dossier de la cause au Procureur du Ministère public central, division affaires spéciales, contrôle et mineurs, pour qu'il procède dans le sens des considérants, puis rende une nouvelle décision.
- IV.** Dit que les frais d'arrêt, par 1'100 fr. (mille cent francs), sont laissés à la charge de l'Etat.
- V.** Déclare le présent arrêt exécutoire.

Le président :

Le greffier :

Du

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

- M. Philippe Reymond, avocat (pour B._____),
- M. D._____,
- Ministère public central,

et communiqué à :

- M. le Procureur du Ministère public central, division affaires spéciales, contrôle et mineurs,

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière pénale devant le Tribunal fédéral au sens des art. 78 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète (art. 100 al. 1 LTF).

Le greffier :