

Tribunal fédéral – 6B_1356/2016

destiné à la publication
Cour de droit pénal
Arrêt du 8 janvier 2018 (d)

Résumé et analyse**Proposition de citation :**

Nadja Capus, Allison Beretta, « Balance ton porc » : une dénonciation payée au prix fort ;
Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral
6B_1356/2016, Newsletter
DroitDuTravail.ch février 2018

Newsletter février 2018

Décision du classement ;
violation du domaine
privé au moyen d'un
appareil de prise de vue ;
contrainte ; abus de
détresse ; faits
justificatifs légaux

**Art. 319 al. 1 let. c CPP ;
179^{quater}, 15, 17, 181,
193, 198 al. 2, 158 CP**



« Balance ton porc » : une dénonciation payée au prix fort – Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 6B_1356/2016

Nadja Capus, professeure à l'Université de Neuchâtel ; Allison Beretta, assistante-doctorante à l'Université de Neuchâtel

I. Objet de l'arrêt

Dans cet arrêt, dont la publication est prévue dans le Recueil Officiel des ATF, le Tribunal fédéral juge que l'employée qui enregistre secrètement l'entretien de licenciement avec son supérieur direct à l'issue duquel celui-ci lui propose, en échange du maintien des rapports de travail, de se prostituer en couchant avec lui trois à quatre fois par année contre rémunération se rend coupable de violation du domaine privé, si elle ne peut pas se prévaloir d'un fait justificatif légal.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Par le passé, Mme X, employée et M. A, son supérieur direct, ont entretenu une liaison. Par la suite, ce dernier a informé Mme X que la qualité de son travail n'était pas satisfaisante et l'a avertie d'un possible licenciement. Quelque temps après, il lui a conseillé de chercher un autre emploi. Mme X a installé, à l'insu de son supérieur, une petite caméra vidéo capable d'enregistrer son et images dans la salle de conférence pour filmer l'entretien de licenciement. A l'issue de cet entretien, le supérieur lui a proposé un « deal » : il était prêt à renoncer à la résiliation du contrat si elle acceptait d'avoir des rapports sexuels avec lui trois à quatre fois par année moyennant rémunération. Les propos du supérieur ont été filmés par la caméra vidéo dissimulée. Mme X a montré l'enregistrement audio-vidéo de 40 minutes à son employeur, qui a alors licencié le supérieur. Celui-ci a déposé une plainte pénale, notamment pour violation de sa sphère privée au sens de l'art. 28 CC et pour violation du domaine secret ou du domaine privé au moyen d'un appareil de prise de vues au sens de l'art. 179^{quater} CP.

La plainte pénale du supérieur a fait l'objet d'une décision de classement du Ministère public, confirmée tant par la première que la seconde instance cantonale (Fribourg). Elles avaient toutes deux retenu que Mme X pouvait craindre une atteinte à un bien juridique individuel

lors de l'entretien de licenciement en raison de sa liaison passée avec son supérieur¹, de sorte qu'elle se trouvait dans un état de nécessité licite qui rendait son comportement impunissable. Le Tribunal fédéral a, en revanche, considéré que l'employée ne pouvait que s'attendre à un licenciement et pas à une atteinte à un bien juridique individuel, de sorte que son comportement restait punissable en l'absence de fait justificatif. Il a ainsi annulé la décision cantonale et renvoyé l'affaire à l'instance précédente pour nouvelle décision.

B. Le droit

Tout d'abord, le Tribunal fédéral confirme la qualité pour former un recours en matière pénale de M. A en tant que partie plaignante en vertu de l'art. 81 al. 1 let. b ch. 5 LTF dans la mesure où la décision attaquée peut avoir des effets sur le jugement de ses prétentions civiles (c. 1).

Ensuite, la partie plaignante invoquait la violation du principe « in dubio pro duriore », à mesure qu'il considérait que le Ministère public avait classé la procédure pénale en retenant, à tort, que l'enregistrement vidéo n'était pas punissable, car justifié par un état de nécessité licite (c. 3). Le Tribunal fédéral a d'abord rappelé les circonstances dans lesquelles le Ministère public peut prononcer une décision de classement (art. 319 al. 1 let. c CPP) (c. 3.1.1). Notre Haute Cour s'est ensuite penchée sur la notion de violation du domaine privé ou du domaine secret au moyen d'un appareil de prise de vue de l'art. 179^{quater} CPP et sur les éléments constitutifs de l'état de nécessité licite (art. 15 CP) et de la légitime défense (art. 17 CP) (c. 3.1.2). Après avoir considéré que l'infraction de l'art. 179^{quater} CPP était réalisée en l'espèce (c. 3.3.1), les juges de Mon-Repos devaient se prononcer sur l'illicéité de l'acte et la culpabilité de l'employée (c. 3.3.1). Nous nous concentrerons ici sur cette dernière question.

En premier lieu, le Tribunal fédéral s'interroge sur les raisons pour lesquelles l'employée avait installé une caméra vidéo. Les instances précédentes avaient considéré que l'employée pouvait craindre une atteinte à un bien juridique individuel en raison de sa relation antérieure avec le supérieur et ont conclu qu'elle ne poursuivait d'autre but que celui d'éviter la résiliation de son contrat en enregistrant l'entretien de licenciement. Toutefois, le Tribunal fédéral considère que, en dépit leur liaison passée, l'employée ne pouvait pas s'attendre à la proposition du supérieur, de sorte qu'elle ne pouvait pas craindre une atteinte à un bien juridique individuel. Au surplus, il relève que l'enregistrement illicite n'était pas propre à empêcher la résiliation du contrat de travail à mesure que le supérieur envisageait depuis un certain temps de licencier cette employée en raison de la mauvaise qualité de son travail (c. 3.3.2). Ce motif de licenciement était légal et, partant, la menace d'un renvoi ne l'autorisait pas à porter atteinte aux biens juridiques du plaignant. Par conséquent, l'employée n'était pas autorisée à commettre une infraction pénale pour prévenir un licenciement justifié et conforme aux dispositions légales. Le Tribunal fédéral souligne, au surplus, que la même règle s'applique dans le cas d'un licenciement abusif qui pourrait être contesté sur le plan civil.

En deuxième lieu (c. 3.3.3), le Tribunal fédéral revient sur la légalité de la décision de classement de la procédure du Ministère public au regard du principe « in dubio pro duriore ». Le Ministère public ne doit pas anticiper l'appréciation du Tribunal, tant sur le plan factuel que juridique. Il appartient notamment au Tribunal de faire application ou non du principe « in

¹ « Dies deshalb, weil sie in der Vergangenheit eine sexuelle Beziehung mit dem Beschwerdeführer geführt und seine diesbezüglichen Vorlieben gekannt habe. » (c. 3.2).

dubio pro reo ». Ainsi, en cas de déclarations contradictoires, le Ministère public est tenu de rédiger un acte d'accusation ou de rendre une ordonnance pénale.

Finalement (c. 3.4), notre Haute Cour conclut que le Ministère public ne pouvait pas retenir d'emblée que le comportement de l'employée n'était pas punissable et qu'un renvoi par devant le Tribunal aboutirait à un acquittement. Partant, le Ministère public n'était pas autorisé à prononcer le classement de la procédure. En confirmant la décision du Ministère public, les instances précédentes ont violé le droit fédéral, ce qui conduit à l'annulation de la décision cantonale.

III. Analyse

Concernant la confirmation de la qualité pour former un recours en matière pénale, le Tribunal fédéral a développé une pratique restrictive et stricte pour éviter qu'une partie plaignante puisse, par soif de vengeance, former un recours en matière pénale². Il se réfère, par ailleurs, à la pratique « Star » sans exposer les griefs de la partie plaignante concernant une éventuelle violation de ses droits en tant que partie à la procédure. Dans l'arrêt en question, le Tribunal fédéral semble reconnaître à la partie plaignante la légitimité à recourir en raison des prétentions civiles que celle-ci entend faire valoir dans la procédure en contestation du congé.

Nous ne nous attarderons pas sur la question de savoir si la manière dont le Tribunal fédéral gère la répartition des affaires violait le droit de la partie plaignante à un procès équitable au sens de l'art. 6 § 1 CEDH. Nous soulignons néanmoins que la violation a été niée dans le cas d'espèce et que notre Haute Cour considère que sa pratique est conforme aux exigences de la CEDH (c. 2)³.

Sur le plan pénal, cette affaire nous semble présenter deux aspects importants : le défaut d'instruction et le traitement juridique des enregistrements secrets révélant la commission d'une infraction. Bien qu'il soit compréhensible que le Ministère public, en réponse aux demandes politiques et aux contraintes quotidiennes, tente d'accélérer au maximum l'exécution des procédures pénales, nous rejoignons le constat du Tribunal fédéral quant à la violation du principe « in dubio pro duriore ». L'arrêt est d'ailleurs un bon exemple de la volonté constante du Tribunal fédéral de démontrer aux Ministères publics les limites de leurs pouvoirs en évoquant ce principe qui ne figure pas expressément dans le CPP actuel : en cas de doute, la procédure doit être poursuivie, car l'appréciation juridique est réservée au juge du fonds et non au ministère public ou aux instances de recours⁴.

En l'espèce, le doute porte, selon nous, sur la détermination des connaissances et des craintes que pouvait avoir l'employée avant l'installation de la caméra. Ce doute ne résulte pas, à notre sens, de l'appréciation juridique, mais d'un défaut d'instruction. Cet arrêt met en exergue l'importance d'examiner, en premier lieu, les circonstances dans lesquelles l'enregistrement illicite a eu lieu, avant de se pencher sur le contenu de celui-ci.

² ATF 141 IV 1 p. 5, c. 1.1.

³ Il est intéressant de préciser que le Tribunal fédéral renvoie d'ores et déjà à cet arrêt dans sa jurisprudence actuelle (cf. ATF 6B_568/2017 du 11 janvier 2018, c. 2.) et qu'elle fait l'objet d'un article publié dans la version allemande du plaidoyer 1/2018 (LUECKE Oliver, *Gerichte: Fallzuteilung kann die EMRK verletzen*, plaidoyer 01/2018 du 5 février 2018, pp. 40-43).

⁴ ATF 138 IV 86 p. 91, c. 4.1.2.

On peut regretter que notre Haute Cour ne renvoie pas la cause à l'instance précédente pour que l'instruction soit complétée, mais seulement pour qu'elle modifie l'appréciation juridique concernant les faits justificatifs. En principe, l'instance précédente est liée par l'état de fait retenu par l'arrêt du Tribunal fédéral⁵. Au vu des lacunes évidentes dans l'instruction, il nous semble que l'instance précédente sera néanmoins libre de compléter l'instruction, car la maxime de l'instruction, qui a pour objectif la découverte de la vérité matérielle (art. 6 al. 1 CPP), est également applicable dans le cadre de la procédure de renvoi⁶.

Concernant les questions de droit de fond, le Tribunal fédéral analyse de manière approfondie le droit à la légitime défense et l'état de nécessité licite de l'employée. En effet, il s'agit de faits justificatifs légaux qui entraînent d'importantes conséquences pratiques puisqu'ils empêchent que la commission d'une infraction soit retenue contre le prévenu. Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral a examiné si l'employée pouvait se prévaloir d'un fait justificatif légal. A cet effet, il s'est attardé, en particulier, sur la question de savoir si l'employée pouvait ou non être consciente de la menace à laquelle elle était exposée. L'appréciation des faits pertinents de notre Haute Cour appelle plusieurs remarques.

L'état de nécessité licite autorise celui qui, de manière contraire au droit, est attaqué ou menacé d'une attaque imminente dirigée contre un bien juridique individuel (*i.e.* la vie, l'intégrité corporelle, le patrimoine, l'honneur, le domaine secret ou privé, la liberté et l'intégrité sexuelle, ainsi que les autres droits privés ou publics reconnus à la personne sans bénéficiaire d'une protection par le droit pénal⁷) qui lui appartient ou qui appartient à un tiers, à repousser l'attaque par des moyens proportionnés aux circonstances (art. 15 CP). Quant à la légitime défense, c'est un cas particulier de l'état de nécessité au sens de l'art. 17 CP, qui se caractérise par le fait qu'une agression qui doit être contraire au droit doit intervenir⁸.

Le Tribunal fédéral a nié à l'employée le droit d'invoquer la légitime défense ou l'état de nécessité licite parce qu'il a considéré qu'elle ne pouvait pas s'attendre à ce que la partie plaignante lui propose d'avoir des relations sexuelles et, corollairement, qu'un bien juridique individuel était menacé. Tout au plus, selon notre Haute Cour, elle ne pouvait envisager qu'un licenciement. A mesure que celui-ci ne contrevenait pas aux dispositions légales, il ne s'agissait pas d'une attaque contraire au droit, si bien que les Juges de Mon-Repos ont considéré elle ne pouvait se prévaloir d'un état de nécessité licite ou de légitime défense.

Si l'on s'en tient à l'état de fait tel qu'établi par le Tribunal fédéral, la situation se présente comme suit : lors de l'entretien de licenciement, l'employée allait être licenciée parce que son travail n'était plus satisfaisant. Pour des intérêts exclusivement personnels, la partie plaignante était néanmoins prête à maintenir les rapports de travail malgré son incompétence. En acceptant la proposition de la partie plaignante, l'employée conservait donc son emploi pour des raisons étrangères à ses performances professionnelles.

⁵ Cf. ATF 6B_824/2016 du 10 avril 2017 qui renvoie à l'ATF 135 III 334, c. 5.1.2, p. 335 et les références citées.

⁶ Idem, c. 5.4.

⁷ ETIER GUILLAUME/STRÄULI BERNHARD, *Responsabilité civile – Responsabilité pénale*, CG-Journée de la responsabilité civile 2014, in : Collection genevoise, pp. 51-52.

⁸ Contrairement à l'état de nécessité licite qui peut résulter d'un concours de circonstances qui peut ne pas être illicite (Commentaire romand du Code pénal II, Bâle 2017, *ad* art. 15, n° 1).

Il convient, à notre sens, de revenir sur la qualification juridique de la proposition. On peut se demander, en premier lieu, s'il s'agit d'un acte de contrainte sens de l'art. 181 CP. Selon cette disposition, se rend coupable de contrainte, celui qui, en usant de violence envers une personne ou en la menaçant d'un dommage sérieux, ou en l'entravant de quelque autre manière dans sa liberté d'action, l'aura obligée à faire, à ne pas faire ou à laisser faire un acte. Cette disposition protège la liberté d'action et de décision⁹. La contrainte est une infraction de résultat. Pour qu'elle soit consommée, il faut que la victime, sous l'effet du moyen de contrainte illicite, commence à modifier son comportement, subissant ainsi l'influence voulue par l'auteur¹⁰.

En l'espèce, il est essentiel de garder à l'esprit que la résiliation du contrat de travail n'était pas une conséquence directe du refus de la proposition indécente. En effet, la partie plaignante avait d'ores et déjà pris la décision de licencier l'employé et l'en avait prévenue. En fait, c'était le maintien des rapports de travail (autrement dit, la renonciation à une mesure déjà décidée) qui était conditionné par l'acceptation de la proposition. Comme l'a relevé le Tribunal fédéral (c. 3.3.2), il ressort de la vidéo qu'il s'agissait d'une offre spontanée du plaignant à la fin de l'entretien, ce qui confirme que la résiliation était décidée, mais qu'il était prêt à y renoncer s'il y trouvait un intérêt personnel. Par conséquent, on doit admettre que la partie plaignante n'a pas menacé l'employée d'un « dommage sérieux » pour l'obliger à faire un acte puisque le préjudice en question, soit le licenciement, existait avant la proposition. La poursuite des rapports de travail ne saurait être considérée comme un dommage, mais plutôt – et bien que cela puisse paraître hautement inapproprié dans ce contexte – comme une sorte de « prestation positive » en échange de faveurs sexuelles rémunérées.

Il résulte donc que le comportement du plaignant ne peut être constitutif d'un acte de contrainte au sens de l'art. 181 CP¹¹. La même conclusion s'impose dans l'hypothèse où l'employée avait anticipé la proposition de son supérieur puisqu'elle n'était pas exposée à un dommage sérieux. Dans ces circonstances, l'examen des motivations réelles de l'employée pour enregistrer l'entretien était superflu¹².

Le comportement du plaignant pourrait néanmoins tomber sous le coup de l'art. 193 CP, qui sanctionne celui qui profite de la détresse ou d'un lien de dépendance l'unissant avec une personne et qui aura convaincu cette dernière à commettre ou subir un acte d'ordre sexuel. Bien qu'un lien de dépendance puisse être fondé sur des rapports de travail, il ne saurait être automatiquement retenu entre un supérieur et une collaboratrice subordonnée¹³. Quant à la

⁹ ATF 141 IV 437, c. 3.2.1.

¹⁰ CORBOZ BERNARD, *Les infractions en droit suisse*, vol. I, 3^e éd., Berne 2010, ad art. 181 CP, n. 34.

¹¹ Par extension, il ne peut pas non plus s'agir d'une contrainte sexuelle au sens de l'art. 189 CP à mesure que cette infraction requiert l'usage de menace ayant pour objet un préjudice corporel auquel la victime ne peut s'opposer (Petit Commentaire du Code pénal, 2^e éd., Bâle 2017, ad art. 189, n. 14). En conséquence, la menace de résilier le contrat de travail n'est pas une menace au sens de cette disposition. Ainsi, même si la partie plaignante avait menacé l'employée de résilier son contrat de travail si elle n'acceptait pas d'avoir des relations sexuelles avec lui (la résiliation étant ici une conséquence directe du refus de la proposition), la tentative de contrainte sexuelle n'aurait pas pu être retenue.

¹² Le comportement du plaignant n'entre pas non plus dans la notion de « tout autre acte entravant la personne dans sa liberté d'action » mentionné à l'art. 181 CP, car il faut que le moyen de contrainte utilisé soit, par son intensité et son effet, analogue à la violence ou à la menace d'un dommage sérieux.

¹³ Arrêt du TF du 19 novembre 2013, 6B_84/2013.

détresse, elle peut être matérielle ou morale¹⁴. La personne doit se sentir en proie à un grave accablement peu importe qu'en réalité tel ne soit pas le cas¹⁵. L'auteur doit également avoir « *utilisé consciemment cette diminution de la capacité de décider et de se défendre de la victime et la docilité de celle-ci pour l'amener à faire preuve de complaisance en matière sexuelle* »¹⁶. En l'espèce, la partie plaignante a d'abord annoncé à l'employée la résiliation du contrat de travail pour des motifs justifiés, puis lui a donné la possibilité d'empêcher l'exécution de cette décision en acceptant de subir des actes d'ordre sexuel. La partie plaignante a ainsi adopté une position hautement dominante vis-à-vis de l'employée, qui s'est alors trouvée à sa merci. Dans ces conditions, les éléments constitutifs de la tentative d'abus de détresse au sens des art. 22 et 193 CP nous semblent être remplis¹⁷.

L'employée pouvait-elle alors, au regard de ce qui précède, se prévaloir d'un fait justificatif pour enregistrer secrètement la partie plaignante ? Nous répondrons par la négative. Pour que la licéité d'un comportement punissable l'emporte, il faut non seulement que les conditions de la justification soient objectivement réalisées, mais il faut également, sur le plan subjectif, que l'auteur ait effectivement eu la volonté d'agir conformément au droit, autrement dit qu'il ait agi avec la volonté de parer à cette agression¹⁸. Or, en l'espèce, la résiliation des rapports de travail était justifiée par l'exécution imparfaite du travail. Même si elle avait pu prévoir la proposition indécente de son supérieur, l'employée ne pouvait donc pas, via l'enregistrement de l'entretien de licenciement, conserver valablement son emploi puisque la résiliation de son contrat était justifiée par des résultats insatisfaisants. Partant, ledit enregistrement n'était pas propre à contrer l'agression puisqu'un refus de la proposition suffisait. En tous les cas, ce moyen ne respectait pas le principe de proportionnalité par rapport au but visé, si bien que l'employée ne pouvait pas se prévaloir d'un fait justificatif, même sous l'angle de l'abus de détresse.

Néanmoins, force est de constater que le comportement du plaignant pourrait être constitutif d'une tentative d'acte de gestion déloyale au sens de l'art. 158 CP, infraction qui est poursuivie d'office. La gestion déloyale au sens strict sanctionne l'utilisation déloyale d'un pouvoir de gestion par un auteur tenu de gérer les intérêts pécuniaires d'autrui ou de veiller à leur gestion en vertu de la loi, d'un mandat officiel ou d'un acte juridique¹⁹.

En l'occurrence, la partie plaignante était liée par un contrat de travail à son employeur et il était tenu, notamment en vertu de son devoir de diligence, de veiller à la gestion de ses intérêts pécuniaires. En proposant de maintenir les rapports de travail d'un employé incompetent pour satisfaire ses seuls intérêts personnels, il faut admettre que la partie plaignante était prête à provoquer un préjudice à son employeur. Ce faisant, la partie

¹⁴ CORBOZ BERNARD, n. 10.

¹⁵ RJN 2000 163, p. 164.

¹⁶ ATF 131 IV 114, JT 2007 IV 151, p. 154.

¹⁷ Arrêt du TF du 13 avril 2016, 6B_1076/2015, c. 2.1. Si, contre toute attente, le lien de dépendance entre l'employée et la partie plaignante devait être nié – ce qui aurait pour effet d'exclure l'application de l'art. 193 CP – le comportement de ce dernier pourrait néanmoins tomber sous le coup de l'art. 198 al. 2 CP (contraventions contre l'intégrité sexuelle), pour autant qu'une plainte pénale ait été déposée par l'employée. L'invitation à des relations sexuelles constitue, en effet, des paroles grossières au sens de cette disposition. Notons encore que dans la version allemande et italienne de l'art. 198 al. 2 CP, on ne parle pas de paroles grossières, mais de « mots à connotation sexuelle ».

¹⁸ ATF 104 IV 1, JdT 1979 IV 98.

¹⁹ Message CP, FF 1991 II 933, p. 1017.

plaignante s'est rendue coupable d'une tentative de gestion déloyale. Toutefois, même dans l'hypothèse peu soutenable où l'employée aurait enregistré l'entretien dans l'intention de protéger les intérêts pécuniaires de son employeur contre un acte de gestion déloyale, retenir un fait justificatif au sens des art. 15 ou 17 CP serait vide de sens dans la mesure où le refus de l'offre du plaignant était propre à empêcher la réalisation de l'infraction.

Au vu de ce qui précède, force est de constater qu'une proposition indécente avérée, mais enregistrée à l'insu de son auteur n'autorise le ou la destinataire à « balancer son porc » qu'à certaines conditions strictes, sous peine de s'exposer à une sanction pénale.