

## **GE\_GERICHTE ATA/1622/2019 vom 5. November 2019**

GE Cour de justice, 2019-11-05, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_1622\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_1622_2019)

FR: GE\_GERICHTE ATA/1622/2019 du 5 novembre 2019

IT: GE\_GERICHTE ATA/1622/2019 del 5 novembre 2019

### **Erwägungen**

#### **E. 26**

septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). Seules les décisions du Conseil d'État et du Grand Conseil portant sur la levée du secret de fonction d'un de leurs membres ou anciens membres sont soustraites de par la loi à l'examen de la chambre de céans, en raison de leur caractère politique prépondérant (art. 132 al. 7 let. b LOJ), ce qui est conforme à l'art. 29a de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101 ; ATF 141 I 172, consid. 4.4.2). 2)

Il convient toutefois de déterminer si le recourant a la qualité pour recourir.

a. Aux termes de l'art. 7 LPA, ont qualité de partie les personnes dont les droits ou les obligations pourraient être touchés par la décision à prendre, ainsi que les autres personnes, organisations ou autorités qui disposent d'un moyen de droit contre cette décision.

b. Conformément à l'art. 60 al. 1 LPA, ont qualité pour recourir les parties à la procédure qui a abouti à la décision attaquée (let. a) et toute personne qui est touchée directement par une décision et a un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (let. b).

Les let. a et b de cette disposition doivent se lire en parallèle. Ainsi, le particulier qui ne peut faire valoir un intérêt digne de protection ne saurait être admis comme partie recourante, même s'il était partie à la procédure de première instance (ATA/251/2018 du 20 mars 2018 consid. 2a et les arrêts cités).

Cette notion de l'intérêt digne de protection est identique à celle qui a été développée par le Tribunal fédéral sur la base de l'art. 103 let. a de l'ancienne loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (aOJ - RS 173.110) et correspond aux critères exposés à l'art. 89 al. 1 let. c de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), en vigueur depuis le 1er janvier 2007.

L'art. 89 al. 1 let. b LTF reprend la condition de l'intérêt direct et concret de manière plus stricte que l'art. 103 aOJ puisqu'il prévoit que le recourant doit être « particulièrement atteint » par l'acte attaqué, le législateur ayant estimé que « la pratique a parfois été trop généreuse dans la reconnaissance de la qualité pour agir de tiers » (ATF 135 II 145 consid. 6.1 ; 133 II 468 consid. 1).

Quant à l'intérêt digne de protection (art. 89 al. 1 let. c LTF), il représente tout intérêt pratique ou juridique à demander la modification ou l'annulation de la décision attaquée. Cet intérêt consiste dans l'utilité pratique que l'admission du recours apporterait au recourant, en lui évitant de subir un préjudice de nature

- 8/13 - A/2323/2019 économique, idéale, matérielle ou autre que la décision attaquée lui occasionnerait. Il implique que cet intérêt soit direct et concret, le recourant devant se trouver, avec la décision entreprise, dans un rapport suffisamment étroit, spécial et digne d'être pris en considération. Il doit être touché dans une mesure et avec une intensité plus grande que l'ensemble des administrés. Le recours d'un particulier formé dans l'intérêt d'un tiers ou dans l'intérêt général est exclu. Cette exigence a été posée de manière à éviter l'action populaire (ATF 135 II 145 consid. 6.1 ; 133 II 468 consid. 1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C\_310/2009 du 17 mars 2010 consid. 1.4.1 ; ATA/57/2018 du 23 janvier 2018 consid. 3b ; ATA/211/2017 du 21 février 2017 consid. 3b). Un intérêt purement théorique à la solution d'un problème est de même insuffisant (ATA/57/2018 précité consid. 3b ; ATA/805/2013 du 10 décembre 2013 consid. 1c).

c. En l'espèce, si le recourant est partie à la procédure relative au bail à loyer, il n'est pas directement visé par la décision de levée du secret de fonction objet de la présente procédure. Il est dès lors douteux qu'il se trouve dans un rapport suffisamment étroit et spécial avec la décision querellée. De plus, il apparaît discutable que son intérêt soit digne d'être pris en considération ; en effet, une partie à une procédure ne saurait, de manière générale, s'opposer à la levée du secret de fonction d'un témoin et recourir contre une telle décision. En toute hypothèse, la question de l'intérêt direct et concret, donc la recevabilité du recours, peut rester ouverte, au vu de ce qui suit. 3) a. En vertu de l'art. 6 § 1, 1ère phr., CEDH, toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le principe de la publicité de l'audience et du prononcé figure également à l'art. 30 al. 3 Cst., mais cette disposition, limitée aux procédures judiciaires mentionnées à l'art. 30 al. 1 Cst., n'impose pas des débats dans tous les cas. Cette protection ne va pas plus loin que celle qui découle de la CEDH (arrêt 1P.372/2001 du 2 août 2001 consid. 2a; ATF 126 I 228 consid. 2a/aa p. 230 et la doctrine citée).

La portée des garanties conférées par l'art. 6 par. 1 CEDH varie selon qu'il s'agit d'une procédure relevant du volet civil, ou du volet pénal de l'art. 6 CEDH, les exigences du procès équitable étant dans ce dernier cas plus rigoureuses. Des différences existent encore s'agissant des causes relevant du droit pénal stricto sensu ou de celles qui ont été intégrées à cette matière au gré de l'extension progressive du volet pénal de l'art. 6 CEDH à des domaines qui ne relèvent pas formellement des catégories traditionnelles du droit pénal, telles que les contraventions administratives, les punitions pour manquement à la discipline pénitentiaire, les infractions douanières, les sanctions pécuniaires infligées pour violation du droit de la concurrence et les amendes infligées par des juridictions

- 9/13 - A/2323/2019 financières (arrêts du Tribunal fédéral 2C\_32/2016 et 2C\_33/2016 du 24 novembre 2016 consid. 12.1 et 12.2).

b. Récemment la CourEDH a rappelé que l'art. 6 CEDH – en dehors des limitations expressément prévues par cette disposition – n'exige certes pas nécessairement la tenue d'une audience dans toutes les procédures. Cela est notamment le cas pour les affaires ne soulevant pas de question de crédibilité ou ne suscitant pas de controverse sur les faits qui auraient requis une audience, et pour lesquelles les tribunaux peuvent se prononcer de manière équitable et raisonnable sur la base des conclusions présentées par les parties et d'autres pièces. Partant, on ne saurait conclure, même dans l'hypothèse d'une juridiction

investie de la plénitude de juridiction, que l'art. 6 CEDH implique toujours le droit à une audience publique, indépendamment de la nature des questions à trancher. D'autres considérations, dont le droit à un jugement dans un délai raisonnable et la nécessité en découlant d'un traitement rapide des affaires inscrites au rôle, entrent en ligne de compte pour déterminer si des débats publics sont nécessaires. La CourEDH a ainsi déjà considéré que des procédures consacrées exclusivement à des points de droit ou hautement techniques pouvaient remplir les conditions de l'art. 6 CEDH même en l'absence de débats publics (ACEDH Mutu Adrian et Pechstein Claudia contre Suisse du 2 octobre 2018, § 175 ss ; arrêt du Tribunal fédéral 8C\_136/2018 précité consid. 4.2 ; ACEDH du 18 septembre 2018 Pfurtscheller c. Suisse, n° 13568/17, § 26). De manière générale, il peut être fait abstraction d'une audience de débats publics lorsque le tribunal doit uniquement décider sur des questions de droit qui ne sont pas particulièrement complexes et qui ne soulèvent pas des questions de portée générale (MEYER-LADEWIG/ NETTESHEIM/VON RAUMER, EMRK Handkommentar, 4ème éd. 2017, n. 172 ad art. 6 CEDH ; SJ 2019 I 365ss).

c. En l'espèce, l'objet du litige devant la chambre de céans porte sur une question de nature juridique, qui n'apparaît pas particulièrement complexe, dans une affaire ne soulevant pas de question de crédibilité ou ne suscitant pas de controverse sur les faits – la controverse sur les faits de nature civile liée à l'existence d'un bail à loyer n'étant pas de sa compétence. La cause ne requiert pas la tenue d'une audience et la chambre administrative peut se prononcer de manière équitable et raisonnable sur la base des conclusions présentées par les parties et les pièces. Il ne sera ainsi pas donné suite à la demande d'audience du recourant. 4) a. Le droit d'être entendu, garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. comprend en particulier le droit pour le justiciable de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, celui de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision, celui d'avoir accès au dossier, celui de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 135 I 279 consid. 2.3 ; arrêts du Tribunal fédéral 1C\_388/2013 du 16 juin 2014 consid. 2.1 ; 1C\_690/2013 du 4 février 2014 consid. 3.1 ; - 10/13 - A/2323/2019 ATA/390/2014 du 27 mai 2014 consid. 14a ; ATA/194/2014 du 1er avril 2014 consid. 7).

La définition jurisprudentielle ci-dessus est parfois reformulée en parlant du droit du justiciable de s'exprimer avant qu'une décision ne soit prise qui le touche dans sa situation juridique (ATF 132 V 368 consid. 3.1 ; ATA/599/2014 du

## **E. 29**

juillet 2014 consid. 2a ; Andreas AUER/Giorgio MALINVERNI/ Michel HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. II, 3ème éd., 2013, n. 1335).

b. En l'espèce, il est établi à l'examen de la procédure devant le TBL que le recourant a été mis au courant de la réquisition de l'audition dudit témoin lors de la demande faite par B\_\_\_\_\_ SA, puis a eu la possibilité de s'exprimer à ce sujet à l'audience du 20 mai 2019, ce qui apparaît expressément à la lecture du procès-verbal. Il ne s'est alors pas opposé à la levée du secret de fonction dudit témoin, ni lorsqu'il a eu connaissance du fait qu'il avait été cité par l'B\_\_\_\_\_, ni à l'occasion de l'audience (lors de laquelle il s'est opposé à son audition uniquement dans la mesure où lui-même voulait faire entendre ses propres témoins). Dans ces conditions, le grief de violation du droit d'être entendu sera donc rejeté. 5)

Le litige porte sur la légalité de la décision de levée de secret de fonction de la conseillère d'État du département autorisant la chargée de l'office à s'exprimer en tant que témoin dans le cadre de la procédure devant le TBL. 6) a. Selon l'art. 9A al. 1 LPAC, les membres du personnel de la fonction publique sont soumis au secret de fonction pour toutes les informations dont ils ont connaissance dans l'exercice de leurs fonctions dans la mesure où la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles du 5 octobre 2001 (LIPAD - A 2 08), ne leur permet pas de les communiquer à autrui.

b. La violation du secret de fonction est sanctionnée par l'art. 320 CP, sans préjudice du prononcé de sanctions disciplinaires (al. 2).

c. L'autorité supérieure habilitée à lever le secret de fonction au sens de l'art. 320 ch. 2 CP est le Conseil d'État, soit pour lui le conseiller d'État chargé du département dont dépend le membre du personnel concerné, pour les membres du personnel administratif, technique et manuel de l'administration cantonale (al. 5 let. a LPAC).

d. En l'espèce, Mme E\_\_\_\_\_, fonctionnaire au sein de l'OP, est soumise à la LPAC et est astreinte au secret de fonction, selon l'art. 9A de cette loi. Ce secret a été levé par la conseillère d'État en charge du département dont cette fonctionnaire dépend, soit par l'autorité compétente.

- 11/13 - A/2323/2019 7) a. Selon l'art. 163 al. 2 du code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC - RS 272), portant sur le refus de collaborer, les dépositaires d'autres secrets protégés par la loi peuvent refuser de collaborer s'ils rendent vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité. L'art. 166 CPC mentionne les cas de « droit de refus restreint », et précise à son al. 2 que les titulaires d'autres droits de garder le secret qui sont protégés par la loi peuvent refuser de collaborer s'ils rendent vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité.

b. Selon l'art. 170 al. 3 CPP, l'autorité ordonne à la personne concernée de témoigner si l'intérêt à la manifestation de la vérité l'emporte sur l'intérêt au maintien du secret. Ce droit de refuser de témoigner n'est dès lors pas absolu et il convient dans certains cas d'effectuer une balance entre les différents intérêts en présence (Laurent MOREILLON/Aude PAREIN-REYMOND, Code de procédure pénale, Petit Commentaire, 2ème éd., 2016, n. 10 ad. art. 170 CPP). Lorsque, par le biais d'une mise en balance des intérêts, il apparaît que celui à la découverte de la vérité dans la procédure en cause prime sur celui que l'autorité et d'éventuels particuliers concernés peuvent avoir au maintien du secret, l'al. 3 oblige l'autorité supérieure à octroyer l'autorisation de témoigner. Cette dernière doit donc délier ses fonctionnaires du secret et ne peut refuser de le faire sauf si des intérêts prépondérants de l'État ou privés l'exigent. À cet égard, une révélation qui compliquerait légèrement la tâche de l'administration ne justifie pas un refus de lever le secret. En revanche, tel sera le cas de la divulgation d'une information confidentielle qui entraverait de manière importante l'administration dans l'accomplissement de ses activités (Stéphane WERLY, in Robert ROTH/Laurent MOREILLON [éd.], Code de procédure pénale – Commentaire romand, 2011, n. 23 ad art. 170 CPP).

On rappellera également que le détenteur du secret de fonction, qui a pour but premier de protéger le bon fonctionnement des institutions publiques (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_28/2012 du 11 décembre 2012 consid. 1.4.3 ; Alain MACALUSO/Laurent

MOREILLON/Nicolas QUELOZ [éd.], Commentaire romand - Code pénal II, n. 5 ad art. 320 CP ; Michel DUPUIS et al., Petit commentaire - Code pénal, 2012, n. 1 ad art. 320 CP ; Bernard CORBOZ, Les principales infractions, vol. II, 2ème éd., 2010, n. 3 ad art. 320 CP ; Andreas DONATSCH/Wolfgang WOHLERS, Strafrecht IV, 3ème éd., 2004, p. 529 ; contra : Marcel A. NIGGLI/Hans WIPRÄCHTIGER [éd.], Basler Kommentar, Strafrecht II, 3ème éd., 2013, n. 1 ad art. 320 CP), n'en est pas le maître (art. 170 al. 2 CPP ; art. 26 LPA).

c. En l'espèce, la conseillère d'État en charge du département a ordonné la levée du secret de fonction d'une fonctionnaire qui avait eu à connaître, dans l'exercice de ses fonctions, de faits qui apparaissaient utiles et importants pour la manifestation de la vérité, dans le cadre d'un litige porté devant le TBL puis la

- 12/13 - A/2323/2019 chambre d'appel des baux et loyers. Ce type de décision est pris de manière quasi- systématique par les autorités compétentes, afin de permettre notamment aux tribunaux de procéder à l'audition de personnes astreintes au secret de fonction et dont les témoignages sont utiles voire indispensables à la découverte de la vérité et à la résolution de procédures, qu'elles soient civiles, pénales ou administratives. Il apparaît ainsi d'une manière générale que, comme le rappelle la jurisprudence et la doctrine susvisée, l'intérêt public à permettre l'audition de fonctionnaire pouvant éclairer les tribunaux et autres autorités dans un but de découverte de la vérité est primordial. De plus et dans le cas d'espèce, il existe un intérêt pour l'État à l'exécution de tâches d'exécution forcée qu'il tire des dispositions de la LP. Le recourant fait valoir un « intérêt au bon fonctionnement de l'État et au respect des institutions fondamentales visant la protection de la confidentialité » qui serait supérieur à l'intérêt privé patrimonial d'B\_\_\_\_\_ SA. Indépendamment du fait que l'on ne voit pas en quoi l'audition querellée du témoin porterait atteinte à la confidentialité de son dossier individuel, le recourant perd de vue que c'est bien l'intérêt public à l'audition de témoins en général – et à celle de la chargée de faillite dans le cas d'espèce – à la manifestation de la vérité qui l'emporte sur celui au maintien du secret.

Ainsi, la conseillère d'État en charge du département n'avait d'autre choix que de lever le secret de fonction de Mme E\_\_\_\_\_, aucun intérêt prépondérant de l'État ou privé n'exigeant un refus, si bien que sa décision est conforme au droit.

Le recours sera donc rejeté et la décision de levée du secret de fonction de la conseillère d'État en charge du département confirmée. 8)

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge du recourant (art. 87 al. 1 LPA) et il sera alloué une indemnité de procédure de CHF 1'000.- à l'appelée en cause, à la charge du recourant (art. 87 al. 2 LPA).

\* \* \* \* \*

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