

GE_GERICHTE ATA/661/2014 vom 26. August 2014

GE Cour de justice, 2014-08-26, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_661_2014

FR: GE_GERICHTE ATA/661/2014 du 26 août 2014

IT: GE_GERICHTE ATA/661/2014 del 26 agosto 2014

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). Pour mémoire, 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). 2)

À titre liminaire, il convient de souligner que le présent recours a conservé un objet – certes restreint par rapport à la situation prévalant initialement – dès lors que la levée du secret de fonction querellée concerne également la procédure pénale P/4325/2013, dans laquelle le Ministère public souhaitait et souhaite encore l'audition de M. A_____. 3) a. À teneur de l'art. 60 let. a et b LPA, les parties à la procédure qui a abouti à la décision attaquée 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, sont titulaires de la qualité pour recourir (ATA/604/2014 du 29 juillet 2014 consid. 2a ; ATA/343/2012 du 5 juin 2012 consid. 2 et les références citées). La chambre administrative a déjà jugé que les let. a et b de la disposition précitée 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 - 7/11 - A/267/2014 partie à la procédure de première instance (ATA/604/2014 précité consid. 2a ; ATA/281/2012 du 8 mai 2012 ; ATA/5/2009 du 13 janvier 2009 et les références citées).

b. Cette notion de l'intérêt digne de protection 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) que les cantons sont tenus de respecter, en application de la règle d'unité de la procédure qui figure à l'art. 111 al. 1 LTF (arrêt du Tribunal fédéral 1C_152/2012 du 21 mai 2012 consid. 2.1 ; Message du Conseil fédéral concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale du 28 février 2001, FF 2001 p. 4126 ss et 4146 ss).

c. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, un intérêt digne de protection suppose un intérêt actuel et pratique à obtenir l'annulation de la décision attaquée (ATF 137 I 23 consid. 1.3.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_892/2011 du 17 mars 2012 consid. 1.2 ; 2C_811/2011 du 5 janvier 2012 consid. 1 ; ATA/245/2012 du 24 avril 2012 ; Pierre MOOR/Étienne POLTIER, Droit administratif, vol. 2, 3e éd., 2011, p. 748 n. 5.7.2.3 ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, p. 449 n. 1367). L'existence d'un tel intérêt s'apprécie non seulement au moment du dépôt du recours, mais aussi lors du prononcé de la décision sur recours (ATF 137 I 296 consid. 4.2 ; 136 II 101 consid. 1.1). 4)

Se pose en l'espèce la question de savoir si M. A_____, dont le secret de fonction a été levé par l'autorité habilitée à le faire au sens de l'art. 320 ch. 2 du Code pénal suisse du 21

décembre 1937 (CP - RS 311.0), a un quelconque intérêt pratique à l'annulation de cette décision. En effet, s'il est évident que le justiciable ayant demandé l'audition d'un agent public a un intérêt direct et pratique à recourir contre le refus de l'autorité de délier ledit agent de son secret de fonction (ATA/628/2009 du 1er décembre 2009), il est difficile de discerner en quoi la situation juridique de l'(ex-)agent public appelé à témoigner serait affectée par une levée de son secret de fonction, dans la mesure où il sera appelé uniquement à répondre de manière conforme à la vérité aux questions qui lui seront posées, et où le fait de déférer à une convocation judiciaire constitue une obligation civique à laquelle même la personne qui peut se prévaloir d'un droit de refuser de témoigner ne peut se soustraire (pour la procédure pénale, art. 205 al. 1 du Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 - CPP - RS 312.0).

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, à paraître, 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, - 8/11 - A/267/2014 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).

La question de l'intérêt pratique à recourir, et donc de la recevabilité du recours, peut toutefois souffrir de rester ouverte en l'espèce au vu de ce qui suit. 5)

Le recourant se plaint tout d'abord d'une constatation inexacte des faits, en ce que la décision attaquée retient dans ses prémisses qu'il aurait lui-même demandé la levée de son secret de fonction. 6)

Ce grief est en soi recevable, conformément à l'art. 61 al. 1 let. b LPA.

Il n'y a toutefois de constatation inexacte des faits au sens de la législation de procédure administrative que lorsque la décision repose sur des faits qui ne correspondent pas à la vérité matérielle ou sont contraires à ce qui résulte du dossier (René RHINOW et al., Öffentliches Prozessrecht, 2ème éd., 2010, n. 1595) ; il faut ainsi que le fait soit pertinent pour la subsumption juridique à établir pour qu'il y ait constatation inexacte des faits (Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, n. 885). 7)

Il résulte effectivement du dossier que le recourant n'a pas expressément sollicité la levée de son secret de fonction, mais uniquement une décision formelle du conseil administratif à ce propos.

En l'espèce, il importait cependant peu que la levée du secret de fonction soit demandée formellement par le recourant ou par les autorités pénales ou administratives souhaitant l'entendre, le conseil administratif devant dans n'importe lequel de ces cas statuer sur la levée du secret de fonction de l'intéressé, et l'origine de la demande n'avait pas d'incidence sur le fond de la décision, soit la levée ou non du secret.

Quant à la procédure par-devant la chambre de ceans, le fait que M. A_____ ait éventuellement demandé lui-même la levée de son secret de fonction n'aurait d'incidence juridique que si le présent arrêt déclarait irrecevable le recours pour cause d'abus de droit ou

de comportement contraire à la bonne foi en lien avec ce constat, ce qui n'est pas le cas.

Le grief doit dès lors être écarté. 8)

Le recourant invoque en second lieu la violation de son droit d'être entendu, la décision attaquée ayant été prise sans qu'il soit invité à se déterminer à ce sujet. 9) a. Le droit d'être entendu, garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) comprend en particulier le droit pour le justiciable de s'expliquer avant qu'une décision ne soit

- 9/11 - A/267/2014 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 ; ATA/390/2014 du 27 mai 2014 consid. 14a ; ATA/194/2014 du 1er avril 2014 consid. 7).

b. 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). 10) Comme déjà noté plus haut au sujet de l'intérêt à recourir, il est douteux que la décision attaquée affecte réellement la situation juridique du recourant, et à plus forte raison qu'elle ait été prise à son détriment. On notera du reste à cet égard que la pratique du conseil administratif de la commune intimée de ne pas avoir formellement invité le recourant à s'exprimer au sujet de la levée de son secret de fonction ne correspond pas à une exception mais, comme cela est notoire, à l'usage courant des diverses autorités chargées de lever le secret de fonction au sens de l'art. 320 ch. 2 CP. 11) Quoi qu'il en soit, la demande du recourant de s'exprimer concerne exclusivement la possibilité qu'il aimerait se voir ménagée de s'exprimer oralement devant le conseil administratif lors de l'une des séances de celui-ci.

Or, selon la jurisprudence constante tant du Tribunal fédéral (ATF 134 I 140 consid. 5.3 ; 130 I 425 consid. 2.1 et les arrêts cités ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_1081/2013 du 2 juin 2014 consid. 4.3) que de la chambre de céans (ATA/481/2014 du 24 juin 2014 consid. 2c ; ATA/120/2014 du 25 février 2014 consid. 4 ; ATA/815/2013 du 10 décembre 2013 consid. 3a), le droit d'être entendu ne confère pas le droit à une audition orale, la procédure administrative étant en principe écrite (art. 18 LPA). 12) De plus, on doit relever que dans le cadre de l'échange – plutôt informel – qui a précédé l'adoption de la décision querellée, le recourant, par le biais de son conseil, a expressément demandé le prononcé d'une décision formelle, mais n'en a nullement profité pour faire valoir ses arguments alors qu'il aurait pu le faire, ni même n'a indiqué vouloir s'exprimer à ce sujet avant que ladite décision ne soit prise. 13) Il résulte de ce qui précède que l'intimée n'a pas violé le droit d'être entendu du recourant, si bien que son grief à ce sujet sera écarté.

- 10/11 - A/267/2014 14) Enfin, bien que le recourant n'allègue aucun grief d'ordre matériel, il y a lieu de rappeler que 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. L'autorité compétente ne peut dès lors refuser la levée du secret de

fonction que si des intérêts prépondérants privés ou publics l'exigent (Stéphane WERLY, in Robert ROTH/Laurent MOREILLON [éd.], Code de procédure pénale – Commentaire romand, 2011, n. 23 ad art. 170 CPP).

En l'absence de tout élément concret communiqué par le recourant qui puisse s'opposer à la levée du secret, et n'en voyant pas lui-même à la lumière de sa connaissance du dossier, le conseil administratif n'avait donc d'autre choix que de lever le secret de fonction de M. A_____, si bien que sa décision est conforme au droit. 15) Entièrement mal fondé, le recours sera ainsi rejeté en tant qu'il est recevable. 16) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge du recourant, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA) ; de même, un émolument de CHF 300.- sera mis à la charge de l'appelé en cause, en lien avec sa demande de mesures provisionnelles.

Malgré cette issue, il ne sera pas alloué d'indemnité de procédure à la commune intimée, qui ne peut, en tant que collectivité publique de plus de 10'000 habitants et conformément à la jurisprudence constante de la chambre de céans, s'en voir allouer (ATA/290/2014 du 29 avril 2014 consid. 13 ; ATA/511/2013 du 27 août 2013 consid. 13 et les arrêts cités).

* * * * *

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