

GE_GERICHTE CAPJ/4/2017 vom 28. Dezember 2018

GE Cour de justice, 2018-12-28, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_CAPJ_4_2017

FR: GE_GERICHTE CAPJ/4/2017 du 28 décembre 2018

IT: GE_GERICHTE CAPJ/4/2017 del 28 dicembre 2018

Erwägungen

E. 1

La loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (ci-après : LPA) est applicable aux procédures relevant de la compétence de la Cour de céans (art. 139 al. 1 LOJ).

E. 1.1

; ATA/729/2016 du 30 août 2016 consid. 8a ; ATA/1255/2015 du 24 novembre 2015 consid. 7b ; ATA/632/2014 du 19 août 2014 consid. 14 ; Gabriel BOINAY, Le droit disciplinaire de la fonction publique et dans les professions libérales, particulièrement en

- 12 -

CAPJ 4_2017

Suisse romande, in Revue Jurassienne de Jurisprudence [RJJ] 1998, p. 1ss, spéc. 10 s. n. 10 ss). Les sanctions disciplinaires sont régies par les principes généraux du droit pénal, de sorte qu'elles ne sauraient être prononcées en l'absence de faute (ATA/888/2018 du 4 septembre 2018 consid. 6 e., avec références à Ulrich HÄFELIN / Georg MÜLLER / Felix UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7ème éd., 2016, n. 1515 ; Jacques DUBEY / Jean Baptiste ZUFFEREY, Droit administratif général, 2014, n. 2249 ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2018, n. 1228, p. 417).

E. 2

Le recours a été interjeté dans le délai et les formes prescrits par la loi (art. 62 al. 1 let. a, 64 al. 1 et 65 al. 1 et 2 LPA), auprès de la Cour de céans, compétente pour statuer sur les recours dirigés contre les décisions du CSM (art. 138 let. a LOJ). Par ailleurs, la recourante se prévaut de motifs énoncés à l'art. 61 al. 1 LPA, permettant de recourir contre une décision d'une autorité administrative, soit la violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a) ainsi que la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b). Le recours est ainsi recevable.

E. 3

Par courrier du 24 octobre 2016, à la demande de la Présidente du CSM, le Secrétaire général, D_____, a fourni les explications suivantes : Le chargé des relations médias avait été contacté, le 23 septembre 2015, par C_____ qui préparait un article sur les économies imposées à la justice courant 2015. Le journaliste avait précisé avoir appris que les mesures touchaient tous les juges suppléants, avec un impact important sur les juridictions recourant régulièrement aux juges non titulaires, ainsi que la prise en charge des formations ; il s'interrogeait sur les autres conséquences possibles des coupes budgétaires. Par l'intermédiaire du chargé des relations médias, il avait confirmé les différentes mesures d'économie et rappelé leurs conséquences néfastes sur le fonctionnement de la justice. Le 29

septembre 2015, le chargé des relations médias lui avait transmis les commentaires que C_____ avait obtenus de A_____ sur le même sujet. Les propos de celle-ci, citée en sa qualité de juge suppléante au Tribunal des mineurs, étaient retranscrits comme suit : « Comment peut-on brader une bonne justice, pilier intangible d'un État de droit, pour de futiles raisons financières ? Le pouvoir judiciaire et ses auxiliaires ne peuvent accepter l'inacceptable et laisser leurs droits ainsi que ceux des justiciables être violés aussi gravement . Je peux aussi être plus concrète en ce qui concerne mes droits et ceux des mineurs, car m'enlever des dossiers où je suis des mineurs en difficulté depuis des mois et avec qui j'ai noué un lien de confiance est inadmissible soit: Comment peut-on m'enlever du jour au lendemain des dossiers de mineurs en grande difficulté que je suis depuis des mois et avec qui j'ai noué un lien de confiance en surchargeant des juges titulaires ? C'est l'avenir de ces jeunes qui est en jeu pour des questions basement budgétaires. Dans un système où il n'existe pas d'école de la magistrature, il est suicidaire d'éliminer la formation continue et ainsi porter atteinte à la qualité de la justice. Un médecin qui ne se forme plus devient dangereux. Il en est de même pour les juges ». Il avait alors fait part au chargé des relations médias de son inquiétude, y compris pour la magistrate concernée, si les propos rapportés avaient été effectivement prononcés. Il avait, en outre, relevé que les commentaires en lien avec la gestion des cas d'antériorité ne lui semblaient pas correspondre à la pratique de la juridiction. Il avait en conséquence invité le chargé de relations médias à contacter le journaliste et à solliciter qu'il vérifie auprès de A_____ qu'elle se sentait autorisée à s'exprimer comme elle l'avait fait au vu de son devoir de réserve. À sa connaissance, aucun contact n'était intervenu entre la magistrate et le Pouvoir judiciaire ou la juridiction concernée avant qu'elle ne transmette ses commentaires à la presse. Le 30 septembre 2015, le chargé des relations médias lui avait transmis le contenu de l'article dans sa version définitive ; A_____ était citée, certains passages ayant toutefois disparu.

E. 3.1

Les juridictions administratives n'ont pas compétence pour apprécier l'opportunité de la décision attaquée, sauf exception prévue par la loi (art. 61 al. 2 LPA), exception qui n'est pas réalisée dans le cas d'espèce. La doctrine traditionnelle distingue deux manières de conférer une marge de manœuvre à l'administration dans l'application du droit : la liberté d'appréciation (Ermessen), résultant d'une volonté expresse du législateur, et la latitude de jugement (Beurteilungsspielraum), découlant le plus souvent de l'emploi, dans le texte légal, d'une notion juridique indéterminée (unbestimmter Rechtsbegriff). L'interprétation d'une notion juridique indéterminée, autrement dit l'interprétation de la loi, est une question de droit (ATAF 2015/9 du 13 mars 2015 consid. 6.1.). Le juge administratif, qui exerce le contrôle de l'application du droit, peut, en conséquence, la revoir entièrement et librement, même s'il s'impose généralement une certaine retenue en rapport avec l'appréciation de l'autorité administrative, notamment lorsque celle-ci est mieux à même d'apprécier la situation en raison de sa proximité de l'affaire, ou s'agissant de domaines dans lesquels celle-ci dispose de connaissances techniques spéciales (cf. ATAF 2014/26 consid. 7.8). Ne se pose pas, à cet égard, la

- 11 -

CAPJ 4_2017

question de la limitation du contrôle de l'opportunité. En revanche, la liberté d'appréciation (également parfois désignée sous la terminologie « pouvoir d'appréciation » ou encore «

liberté de décision » [Ermessen, parfois Entscheidungsspielraum]) constitue un espace de liberté, conféré par le législateur à l'administration, que le juge doit respecter lorsqu'il n'a pas le pouvoir de contrôler l'opportunité d'une décision (cf. TANQUEREL, Le contrôle de l'opportunité, in : Le contentieux administratif, 2013, p. 209 ss ; MOOR / FLUCKIGER / MARTENET, Droit administratif, vol. I, 3ème éd. 2012, chap. 4.3.1 p. 735 ss ; TSCHANNEN / ZIMMERLI / MULLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3ème éd. 2009, § 26 n. marg. 3 4). Le pouvoir de statuer en opportunité permet à l'autorité administrative de faire des choix dans l'application de la loi (mais pas de l'appliquer ou non) et de se déterminer entre plusieurs solutions prévues par le législateur. Une autorité supérieure possédant le même pouvoir d'appréciation peut considérer qu'un autre choix est meilleur et substituer son appréciation à celle de l'autorité inférieure. Un juge qui n'a pas le pouvoir de statuer en opportunité ne le peut, en revanche, pas. Il ne doit que s'assurer que l'autorité administrative a fait usage de son pouvoir d'appréciation, sans abus ni excès (ATAF 2015/9 du 13 mars 2015 consid. 6.1.). En définitive, l'opportunité, c'est l'espace de liberté qui reste à l'administration une fois que celle-ci a strictement respecté le cadre légal et qu'elle a dûment tenu compte de tous les principes juridiques qui s'imposent à elle à l'intérieur de ce cadre (ATAF 2015/9 du 13 mars 2015 consid. 6.1., avec référence à TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, n. 519 p. 172). La distinction entre liberté d'appréciation et latitude de jugement, telles que définies ci-dessus, n'est pas toujours aisée. Selon une théorie aujourd'hui dépassée, il s'agirait de savoir si la norme permet une seule et juste solution. Il serait question d'opportunité lorsqu'un choix est possible entre deux ou plusieurs solutions potentiellement justes. D'autres auteurs voient un critère de distinction dans le fait que les notions juridiques indéterminées concerneraient l'état de fait, alors que le pouvoir de statuer en opportunité, la liberté d'appréciation, aurait trait à la conséquence juridique prévue par la norme. Enfin, une doctrine plus récente met en question la pertinence de la distinction classique entre liberté d'appréciation et latitude de jugement, soulignant que la question déterminante est, en définitive, uniquement de savoir si l'autorité dispose d'un espace de liberté qui lui a été conféré par le législateur et que le juge doit respecter (ATAF 2015/9 du 13 mars 2015 consid. 6.2, avec références à : l'ATAF 2014/22 consid. 5.6 ; TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, n. 510 s. p. 169 s. et les auteurs cités ; TSCHANNEN / ZIMMERLI / MULLER, op. cit., § 26 n. marg. 31-33, spéc. n. marg. 32).

E. 3.2

La juridiction administrative chargée de statuer (sur recours) est liée par les conclusions des parties, mais pas par les motifs que celles-ci invoquent (art. 69 al. 1 LPA).

E. 3.3

A teneur de l'art. 20 al. 1 LOJ, est passible d'une sanction disciplinaire (soit : l'avertissement, le blâme, l'amende jusqu'à CHF 40'000.- ou la destitution) le magistrat qui, intentionnellement ou par négligence, viole les devoirs de sa charge, adopte un comportement portant atteinte à la dignité de la magistrature ou ne respecte pas les décisions du CSM.

E. 3.4

Le droit disciplinaire se rattache au droit administratif, car la mesure disciplinaire n'a pas en premier lieu pour but d'infliger une peine : elle tend au maintien de l'ordre, à l'exercice correct de l'activité en question et à la préservation de la confiance du public à l'égard des

personnes qui l'exercent (ATF 142 II 259 consid. 4.4 ; 108 Ia 230 consid. 2b et 5b = JdT 1984 I 21 ; arrêt du Tribunal fédéral 1D_15/2007 du 13 décembre 2007 consid.

E. 3.5.1

La recourante fait grief à l'autorité intimée d'avoir violé son droit d'être entendu en ne motivant pas « en quoi elle aurait commis une faute », ce qui ne lui permettait pas de comprendre quel était « le lien de causalité entre cette prétendue faute avec le résultat reproché ».

E. 3.5.2

Le comportement reproché par le CSM à la recourante - soit l'atteinte à la dignité de la magistrature en raison de la violation par négligence de son devoir de réserve - doit être examiné à l'aune des principes généraux du droit pénal en la matière, lesquels font une distinction entre l'adoption d'un simple comportement que la loi réprime comme tel, indépendamment d'un quelconque résultat, et le comportement impliquant la survenance d'un résultat tangible qui peut être distingué du comportement lui-même. Dans le premier cas, on se trouve en présence d'un délit formel et, dans le second cas, d'un délit matériel. Pour les délits formels, en tant qu'effet nécessaire de l'acte, le résultat est inclus dans celui-ci, comme en découlant nécessairement et sans être un élément constitutif de l'infraction en cause. La notion de résultat, qui caractérise les seuls délits matériels, doit être clairement distinguée de celle - commune à toutes les infractions - d'atteinte au bien juridique protégé, de sorte que les délits formels présentent la caractéristique que seul le comportement de l'auteur, action ou omission, est à même de mettre en danger ou de léser le bien juridique, tandis que pour les délits matériels c'est l'avènement du résultat qui amène la mise en danger ou la lésion du bien juridique protégé (ATF 105 IV 326 consid. 3 c à e et les références citées). Les trois comportements - commis intentionnellement ou par négligence - mentionnés à l'art. 20 al. 1 LOJ comme entraînant une sanction disciplinaire à l'encontre d'un magistrat ne nécessitent pas la survenance d'un résultat pour être réalisés. A l'instar des délits formels en droit pénal, ils décrivent des comportements qui, en tant que tels sont susceptibles de mettre en danger ou de léser les biens juridiques protégés par cette disposition. Dès lors qu'elle n'entre pas en ligne de compte pour la réalisation du résultat des comportements incriminés à l'art. 20 al. 1 LOJ, la notion de causalité n'a pas à être examinée à cet égard dans le cas d'espèce. La recourante n'a donc subi aucune atteinte à son droit d'être entendu sur ce point. Son grief doit ainsi être rejeté.

E. 3.5.3

En revanche, il est vrai que dans sa décision querrellée le CSM, après avoir déterminé que la recourante avait violé son devoir de réserve et rappelé que les sanctions disciplinaires ne sauraient être prononcées en l'absence d'une faute, n'a pas examiné si cette violation était en l'occurrence fautive et est passé directement à la sanction à infliger à la recourante.

E. 3.5.3.1

Les exigences de motivation des décisions ont été déduites du droit d'être entendu, garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale (ci-après : Cst). Ce droit implique notamment l'obligation pour le juge de motiver sa décision, afin que le justiciable puisse la comprendre, la contester utilement s'il y a lieu et que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle. Il suffit cependant, selon la jurisprudence, que le juge mentionne, au moins

brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il a fondé sa décision ; il n'est toutefois pas tenu d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties. Il n'y a violation du droit d'être entendu que si l'autorité ne satisfait pas à son devoir minimum d'examiner et de traiter les problèmes objectivement pertinents (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1042/2013 du 11 juin 2014 consid. 2.2. et les références citées). Une violation du droit d'être entendu peut toutefois être réparée dans le cadre de la procédure de recours lorsque l'irrégularité n'est pas particulièrement grave et pour autant que la partie concernée ait la possibilité de s'exprimer et de recevoir une décision motivée de la part de l'autorité de recours disposant d'un pouvoir d'examen complet en fait et en droit. Une telle réparation dépend de la gravité et de l'étendue de l'atteinte portée au droit d'être entendu et doit rester l'exception. Elle peut également se justifier en présence d'un vice grave lorsque le renvoi constituerait une vaine formalité et aboutirait à un allongement inutile de la procédure (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1042/2013 précité et les références citées).

E. 3.5.3.2

Dans l'arrêt ATAF 2015/9 du 13 mars 2015 précité, le Tribunal administratif fédéral, avec une motivation convaincante, a considéré que l'opportunité dont dispose une autorité administrative consiste, en définitive, en l'espace de liberté qui lui reste une fois qu'elle a strictement respecté le cadre légal et qu'elle a dûment tenu compte de tous les principes juridiques qui s'imposent à elle à l'intérieur de ce cadre. On peut en déduire, que l'intention et la négligence, en tant que notions juridiques communes à tous les domaines du droit et éléments constitutifs de l'art. 20 LOJ, ne sauraient rentrer dans un « espace de liberté » de l'autorité administrative qui est chargée de les appliquer et que ces notions relèvent des règles de droit et des principes juridiques que cette autorité doit strictement respecter sans pouvoir statuer à leur sujet en opportunité. Ainsi, la « liberté d'appréciation » mentionnée à l'art. 61 al. 2 LPA, dont dispose l'autorité administrative en matière de décision, ne s'applique-t-elle pas aux notions juridiques précitées de l'art. 20 LOJ, de sorte que celles-ci peuvent être examinées sans restriction par la Cour de cassation, qui dispose ainsi à leur égard d'un plein pouvoir d'examen. Dès lors que, par ailleurs, l'absence de motivation de l'autorité intimée à propos du caractère fautif du comportement de la recourante ne constitue pas en l'espèce une atteinte particulièrement grave à son droit d'être entendu et que l'intéressée a eu la possibilité de s'exprimer sur cette question lors de la présente procédure de recours, cette omission peut être réparée dans le cadre de la présente procédure de recours. Il ne se justifie ainsi pas d'annuler la décision entreprise pour ce motif d'ordre formel et, partant, de renvoyer le dossier au CSM pour motivation sur ce point. Le grief sera ainsi rejeté.

E. 4

Le fond du recours pouvant ainsi être abordé, il convient de déterminer, en premier lieu, si le comportement en cause de la recourante tombe ou non sous le coup de l'art. 20 LOJ.

E. 4.1

L'intimé a retenu qu'en agissant comme elle l'avait fait, c'est-à-dire en s'exprimant comme magistrat - ou en ne veillant pas à ce que ses interlocuteurs ne puissent pas, de bonne foi, se méprendre à ce sujet - et en tenant les propos litigieux, la recourante avait, par imprudence, porté atteinte à la dignité de la magistrature en violant son devoir de réserve. Pour sa part, la recourante soutient que l'art. 20 LOJ est inapplicable dans le cas d'espèce en

raison : de l'absence d'imprudence de sa part ; de la mention « purement descriptive », et par ailleurs notoire, de sa qualité de juge suppléante dans l'article incriminé ; de son intention de s'exprimer en tant qu'avocate, comme ses deux autres confrères cités dans cet article, suite à son renoncement au paragraphe générateur de confusion et à l'incompréhension à cet égard de l'auteur de l'article ; de la « validation formelle » par le Secrétaire général du contenu de l'article avant sa publication ; de l'absence de violation de son devoir de réserve

- 14 -

CAPJ 4_2017

du fait des propos - relevant de sa liberté d'expression - tenus au journaliste même en tant que magistrate ; d'une inégalité de traitement entre l'avertissement dont elle a fait l'objet et le traitement réservé par le CSM, dans certaines de ses décisions, aux magistrats titulaires.

E. 4.2

Dans le canton de Genève, les magistrats du Pouvoir judiciaire sont élus par le corps électoral tous les 6 ans et, en dehors des élections générales et de la création de nouvelles juridictions, par le Grand Conseil (art. 52 al. 1 let. c et 122 de la Constitution genevois). Pour être élu à la charge de juge suppléant du Tribunal des mineurs, il faut, notamment, être titulaire du brevet d'avocat (art. 5 al. 1 let. d LOJ). La charge de magistrat est incompatible avec l'exercice d'une quelconque autre activité lucrative (art. 6 al. 1 let. g LOJ), à l'exception, notamment, des juges suppléants qui sont autorisés à exercer, en particulier, la profession d'avocat (art. 6 al. 3 let. b LOJ). Selon la LOJ, avant d'entrer en fonction, les juges prêtent le serment, notamment, de remplir leur charge avec dignité, rigueur, assiduité, diligence et humanité (art. 12) et c'est le CSM qui est chargé de s'en assurer et de prononcer les sanctions disciplinaires idoines (art. 20 al. 4), qui sont l'avertissement, le blâme, l'amende jusqu'à CHF 40'000.- et la destitution (art. 20 al. 1), ces sanctions pouvant être combinées (art. 20 al. 2). La dignité se définit généralement comme le respect que mérite quelqu'un ou quelque chose ainsi que comme le respect de soi (Dictionnaire Le Robert illustré, 2014). La dignité imposée au magistrat, loin de se confondre avec une vision orgueilleusement narcissique valorisant son « moi », doit être comprise dans l'acception actuelle du respect de soi et des autres en toutes circonstances, c'est-à-dire comme une qualité morale essentielle à quiconque est investi par le peuple d'une parcelle de la puissance publique. La dignité qui s'attache à la personne du juge est destinée à assurer le respect dû à la juridiction dans laquelle il sert. Elle est faite de réserve et de retenue et se doit d'être en tout temps observée (Christine JUNOD / Nathalie PERUCCHI / Jessica DENTELLA, La jurisprudence du Conseil supérieur de la magistrature de la République et canton de Genève, in SJ 2014 II pp. 59-60 ; p. 62). Lorsqu'il s'exprime publiquement, le magistrat doit faire preuve de mesure afin de ne pas compromettre l'image d'impartialité de la justice, indispensable à la confiance du public (Christian M. REISER / Michel VALTICOS, La liberté d'expression de l'avocat et du magistrat, in SJ 2017 II p. 158). Si, comme tout justiciable, le magistrat a droit au respect de sa vie privée, doit pouvoir mener une vie sociale normale et ne pas se couper de la réalité et de la communauté qu'il sert, ce dans l'intérêt même d'une bonne administration de la justice, sa conduite est toutefois susceptible d'être soumise à l'examen et à la critique davantage que celle d'une personne n'assumant pas une charge similaire, de sorte qu'il doit accepter certaines restrictions à l'égard de ses activités hors de son cadre professionnel, y compris de celles qui ne

susciteraient aucune critique si elles étaient accomplies par d'autres membres de la communauté (Conseil canadien de la magistrature, Principes de déontologie judiciaire, 2014, p. 15 ; Conseil supérieur de la justice (Belgique), Guide pour les magistrats, 2012, p. 9 ; Réseau européen des Conseils de la justice, Déontologie judiciaire, rapport 2009-2010, p. 6). Les mesures disciplinaires ont ainsi principalement pour but de maintenir l'ordre dans la profession, d'en assurer le fonctionnement correct ainsi que la cohésion, d'en sauvegarder le bon renom et la confiance des citoyens envers la profession, ainsi que de protéger le public contre ceux de ses représentants qui pourraient manquer des qualités nécessaires. Elles ne visent pas, au premier plan, à punir le destinataire, mais à l'amener à adopter un comportement conforme aux exigences de la profession et à rétablir un fonctionnement correct de celle-ci. En ce sens, les sanctions disciplinaires se distinguent des sanctions

- 15 -

CAPJ 4_2017

pénales (arrêts du Tribunal fédéral 2C_448/2014 du 5 novembre 2014 consid. 4.2 ; 2C_66/2013 du 7 mai 2013 consid. 7.2 et les références ; 2C_1083/2012 du 21 février 2013 consid. 6.2 ; Nicolas PELLATON, Le droit disciplinaire des magistrats du siège, Neuchâtel 2016, n°122-125 pp. 43-44). Dans le cadre d'un arrêt concernant un fonctionnaire, le Tribunal fédéral a rappelé que celui-ci a l'obligation, pendant et en dehors de son travail, d'adopter un comportement qui inspire le respect et qui est digne de confiance, et que sa position exige qu'il s'abstienne de tout ce qui peut porter atteinte aux intérêts de l'État (arrêt du Tribunal fédéral 8C_146/2014 du 26 juin 2014 consid. 5.5). Le comportement extra-professionnel d'un fonctionnaire peut également être retenu comme un élément pertinent au plan disciplinaire (arrêt du Tribunal fédéral 8C_24/2017 du 13 décembre 2017 consid. 3.6). Le devoir de réserve peut être défini comme la retenue que doit s'imposer l'agent public dans l'exercice de certains de ses droits fondamentaux - au travail comme en dehors de celui-ci - en raison de son statut ou de son activité au service de l'État (ACST/11/2016 du 10 novembre 2016 consid. 7c ; ATA/1264/2017 du 12 septembre 2017 consid.

E. 4.3

Il résulte des principes susénoncés que le comportement que l'on est en droit d'attendre d'un magistrat du Pouvoir judiciaire, que ce soit dans ou hors l'exercice de sa profession, ne saurait être de nature différente - ou d'un degré inférieur - de l'attitude exigée des fonctionnaires par la jurisprudence et la doctrine. A l'instar des agents de la fonction publique qui exercent une part importante de la puissance publique, telles les forces de l'ordre, le magistrat élu par le peuple a un pouvoir de décision considérable sur le cours de l'existence des justiciables, quels qu'ils soient, de sorte qu'il doit préserver, par une attitude digne - dont la réserve est l'une des composantes essentielles -, la confiance du public dans l'impartialité et l'intégrité de la justice et de ses institutions, et s'abstenir de tout ce qui peut nuire à leur image et crédibilité, y compris lorsqu'il n'exerce pas d'activité judiciaire proprement dite. Cela implique, notamment, que ce magistrat doit souffrir, en tout temps et quelle que soit la qualité en laquelle il s'exprime, certaines restrictions - dont le degré dépend des circonstances du cas d'espèce - dans l'exercice de ses droits fondamentaux, en particulier de sa liberté d'expression. Ainsi, l'autorité intimée ne saurait être suivie lorsqu'elle indique qu'« un juge suppléant ou assesseur peut violer son devoir de réserve non seulement lorsqu'il s'exprime en sa qualité de magistrat, mais également lorsque,

s'exprimant en une autre qualité, il ne veille pas à ce que ses interlocuteurs ne puissent de bonne foi pas se méprendre sur ce point ». En effet, cela revient à admettre, en contradiction avec l'ensemble des principes susénoncés, qu'il suffirait à un magistrat de s'assurer que son interlocuteur ait compris qu'il ne s'exprimait pas en tant que magistrat pour, quelles que soient la teneur et la forme de ses propos, s'affranchir de tout devoir de réserve à cet égard.

- 16 -

CAPJ 4_2017

Dès lors, la qualité en laquelle la recourante s'est exprimée - juge suppléante ou avocate - importe-t-elle peu en l'espèce pour déterminer si elle a ou non violé son devoir de réserve de magistrate.

E. 4.4

Cette approche de la Cour de céans, différente de celle du CSM, concernant la problématique du cas d'espèce devrait-elle être considérée comme une substitution, le cas échéant partielle, de motifs de la décision entreprise, qu'elle n'entamerait en rien le droit d'être entendu de la recourante sur ce point. En effet, le droit d'être entendu, tel qu'il découle de l'art. 29 al. 2 Cst., porte avant tout sur les questions de fait. De manière générale, en vertu de la règle *jura novit curia*, le juge n'a pas à soumettre à la discussion des parties les principes juridiques sur lesquels il va fonder son jugement. Il peut appliquer d'office, sans avoir à attirer préalablement l'attention des parties sur l'existence de tel ou tel problème juridique, une disposition de droit matériel. Les parties doivent cependant être entendues sur les questions de droit lorsque l'autorité concernée entend se fonder sur des normes légales dont la prise en compte ne pouvait pas être raisonnablement prévue, et dont les parties ne pouvaient supputer la pertinence (arrêt du Tribunal fédéral 6B_19/2018 du 13 juin 2018 consid. 1.4 et les références citées). Les articles 41 et suivants LPA, traitant du droit d'être entendu, n'apportent à cet égard pas de garantie ou de conditions supplémentaires à celles de l'art. 29 al. 2 Cst. Or, en l'occurrence, dans sa décision entreprise, l'autorité intimée s'est prévaluée de la doctrine qui est d'avis que le magistrat doit accepter certaines restrictions à l'occasion de ses activités hors de son cadre professionnel, en particulier observer en tout temps de la réserve et de la retenue. Par ailleurs, la recourante elle-même indique que ses « propos dans la presse en tant qu'avocate, ne sauraient entraîner une application de l'art. 20 LOJ » (recours p. 8 ch. 41) et reproche au CSM de n'avoir pas pris en considération « son intention de s'exprimer en tant qu'avocate et non en tant que magistrate » (recours p. 8 ch. 47). Dès lors que la problématique de l'attitude que doit adopter l'avocate qui exerce la charge de magistrate, notamment lorsqu'elle s'exprime dans la presse, a été évoquée au cours de la procédure de recours, la recourante ne pouvait raisonnablement pas ne pas supputer que cette question était susceptible d'être abordée sous cet aspect-là par la Cour de céans. Dès lors, le droit d'être entendu de la recourante n'imposait pas la CAPJ de l'interpeller préalablement sur cette question avant de statuer.

E. 4.5

Il convient ainsi d'examiner si les propos de la recourante rapportés dans l'article de presse incriminé tombent ou non sous le coup de l'art. 20 LOJ.

E. 4.5.1

A cet égard, comme indiqué plus haut, les sanctions disciplinaires étant régies par les principes généraux du droit pénal, elles ne sauraient être prononcées en l'absence d'une

faute du magistrat concerné. La notion de faute est admise de manière très large en droit disciplinaire et celle-ci peut être commise consciemment, par négligence ou par inconscience, la négligence n'ayant pas à être prévue dans une disposition expresse pour entraîner la punissabilité de l'auteur (ATA/729/2016 précité consid. 8b ; ATA/808/2015 du

E. 4.5.2

En l'espèce, pour critiquer les coupes budgétaires subies par le Pouvoir judiciaire, la recourante a utilisé les expressions suivantes : « brader une bonne justice » ; « futiles raisons financières » ; « accepter l'inacceptable et laisser leurs droits [du Pouvoir judiciaire et de ses auxiliaires] ainsi que ceux des justiciables être violés aussi gravement » ; « il est suicidaire d'éliminer la formation continue » ; « un médecin qui ne se forme pas devient dangereux. Il en est de même pour les juges ». En s'exprimant de la sorte, la recourante a, usant de termes virulents et excessifs, présenté ces restrictions budgétaires - par ailleurs provisoires - décidées par la Commission de gestion du Pouvoir judiciaire comme violant gravement les droits des justiciables et, en tant qu'elles touchaient leur formation, susceptibles de rendre les juges dangereux. De tels propos, tant sur la forme que sur le fond, sont de nature à porter atteinte en la confiance, la crédibilité et le respect des justiciables dans l'institution judiciaire et, partant, sont constitutifs de la part de la recourante d'une violation de la réserve - et donc de la dignité - exigée par sa fonction de juge suppléante du Tribunal des mineurs. La recourante l'admet du reste implicitement, dans la mesure où elle s'efforce de démontrer avoir énoncé les propos incriminés non pas comme juge suppléante, mais en tant qu'avocate, ce qui, selon elle, n'était pas répréhensible, sous-entendant ainsi que cela l'était si elle s'était exprimée en qualité de magistrate. On pourrait alors se demander si en agissant comme elle l'a fait la recourante n'a pas manqué à son devoir de réserve par dol éventuel, en tenant pour possible une telle violation de ce devoir, et que, indifférente quant à la réalisation de cette violation, elle y a consenti dans son for intérieur. Toutefois, il n'y a pas lieu d'examiner son comportement sous cet angle-là, dans la mesure où cela serait susceptible de constituer une reformatio in pejus - interdite par la jurisprudence (ATA/332/2011 du 24 mai 2011 consid. 18 et les références citées) - de la décision entreprise, qui ne retient que la négligence à cet égard. En revanche, en critiquant les économies budgétaires du Pouvoir judiciaire dans les termes qu'elle a utilisés, la recourante était particulièrement bien placée, au vu de son métier d'avocate et de sa charge de juge suppléante - activités exercées toutes deux depuis

- 18 -

CAPJ 4_2017

plusieurs années - ainsi que de ses capacités personnelles, pour se rendre compte, ou tenir compte, du fait que ses propos recueillis par le journaliste de la Tribune de Genève violaient son devoir de réserve de magistrate auquel elle était soumise en tout temps. Par ailleurs, compte tenu des circonstances, soit la transmission de ses propos incriminés audit journaliste, par courriers électroniques, plusieurs jours avant la parution de l'article - ce qui lui laissait notamment le temps de la réflexion -, de la large diffusion que ses propos ne manqueraient pas d'avoir à Genève, si ce n'est en Suisse, ainsi que de ses caractéristiques personnelles susmentionnées, il pouvait être exigé de la recourante qu'elle prît des précautions pour éviter de violer son devoir de réserve, en particulier en utilisant d'autres termes que ceux employés pour critiquer les restrictions budgétaires auxquelles était soumis le Pouvoir judiciaire, ce qu'elle pouvait faire sans aucune difficulté, à l'instar des deux

avocats dont les propos ont été également rapportés dans l'article incriminé. En effet, les intéressés ont fait valoir un point de vue également critique au sujet de ces économies budgétaires, mais dépourvu d'excès de langage blâmables, ce qui montre bien, alors même qu'aucun d'eux n'exerce la charge de magistrat, que la recourante, a fortiori, pouvait et devait adopter un comportement identique. La recourante a ainsi violé fautivement son devoir de réserve en n'usant pas des précautions, notamment oratoires, que commandait sa qualité de juge suppléante pour s'exprimer dans la presse, agissant ainsi par négligence.

E. 4.5.3

Pour s'exonérer de toute faute, la recourante se prévaut toutefois de la « validation formelle » par le Secrétaire général du contenu de l'article avant sa publication. Il est vrai que le Secrétaire général, tout comme du reste le Procureur général, ont eu connaissance, avant la parution de l'article, des excès de langage de la recourante au sujet des économies budgétaires, tout d'abord le 29 septembre 2015, puis une seconde fois le lendemain. Dans ce dernier cas, il s'agissait de la version définitive à paraître, que leur a transmis, par mail du 30 septembre 2018, à 17h23, le chargé de communication du Pouvoir judiciaire. S'agissant du Procureur général, pourrait se poser la question d'un éventuel conflit d'intérêt, dès lors qu'il a eu connaissance en tant que Président de la Commission de gestion du Pouvoir judiciaire, des propos de la recourante préalablement à la publication de l'article, puis a statué à ce sujet comme membre du CSM. Toutefois, hormis dans le cadre de ses prérogatives à cet égard au sein du CSM, la surveillance des magistrats n'appartenant pas au Ministère public n'incombe pas au Procureur général. Par ailleurs, la recourante n'ayant pris aucune conclusion à ce sujet dans son recours, la Cour de céans, tenue par les conclusions des parties (art. 69 al. 1 LPA), ne saurait statuer d'office à cet égard. Quant au Secrétaire général, il n'entre pas dans ses attributions, énumérées à l'art. 48 LOJ, d'être le garant du bon comportement des magistrats. Certes, dans la mesure où il est intervenu dans le cadre de cette affaire pour faire supprimer un paragraphe de l'article, mais pas pour les autres propos de la recourante violant son devoir de réserve, on pourrait se demander si le Secrétaire général n'aurait pas dû intervenir également au sujet desdits propos. Toutefois, même si tel était le cas et si, par impossible, il devrait être considéré qu'il y a eu une faute concomitante, cela ne supprimerait en rien la propre violation fautive par la recourante de son devoir de réserve, dès lors qu'en droit administratif (ATA 522/2007 du

E. 4.5.4

C'est ainsi bien par négligence que la recourante a, en violant fautivement son devoir de réserve de juge suppléante, adopté un comportement portant atteinte à la dignité de la magistrature au sens de l'art. 20 LOJ. Par substitution de motifs, la décision du CSM sera ainsi confirmée sur ce point.

E. 4.6

Il reste à déterminer si c'est à bon droit que l'autorité intimée a sanctionné le comportement de la recourante et prononcé un avertissement à son encontre.

E. 4.6.1

Le droit disciplinaire est gouverné par les principes de la proportionnalité et de l'opportunité. Le second principe résulte du fait que l'autorité dispose toujours d'une liberté d'appréciation quant au principe et au choix de la sanction. Elle peut notamment aboutir à la conclusion que, malgré une violation fautive des devoirs de l'intéressé, des motifs de politique administrative justifient que l'on renonce à toute sanction. Lorsque l'autorité

choisit la sanction qu'elle considère appropriée, elle dispose d'un large pouvoir d'appréciation, lequel est toutefois subordonné au respect du principe de la proportionnalité qui exige que le choix de la nature et de la quotité de la sanction soit approprié au genre et à la gravité de la violation des devoirs professionnels et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer les buts d'intérêt public recherchés. Son choix ne dépend pas seulement des circonstances subjectives de la violation incriminée - telles que la gravité de la faute, ainsi que les mobiles et les antécédents de l'intéressé - ou de la prévention générale, mais l'autorité doit tenir compte en premier lieu d'éléments objectifs, à savoir des conséquences que la faute a entraîné sur le bon fonctionnement de la profession en cause ainsi que l'intérêt objectif à la restauration vis-à-vis du public du rapport de confiance qui a été compromis par la violation d'un devoir de fonction, par exemple le maintien des conditions d'intégrité et de diligence dans le fonctionnement de l'appareil étatique concerné (arrêts du Tribunal fédéral 2C_448/2014 du 5 novembre 2014 consid. 4.3, 8C_480/2012 du 28 juin 2013 consid. 6.4 et 5A_112/2009 du 7 mai 2009 consid. 2.2. et les références citées). En matière de sanctions disciplinaires, le pouvoir d'examen de la Cour de céans se limite à l'excès ou à l'abus du pouvoir d'appréciation de l'autorité dont la décision est recours (art. 61 al. 2 LPA ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_448/2014 du 5 novembre 2014 consid. 4.3 et les références citées ; ATA/1052/2017 précité consid. 6c ; ATA/118/2016 précité consid. 3a). Commet un abus l'autorité qui, tout en restant dans les limites de son pouvoir d'appréciation, se fonde sur des considérations qui manquent de pertinence et sont étrangères au but visé par les dispositions légales applicables, ou l'autorité qui viole des principes généraux du droit tels que l'interdiction de l'arbitraire et de l'inégalité de traitement, le principe de la bonne foi et le principe de la proportionnalité. Excède son pouvoir l'autorité qui exerce son appréciation alors que la loi l'exclut, ou qui, au lieu de choisir entre deux solutions possibles, en adopte une troisième (excès positif [Ermessensüberschreitung]). Excède aussi son pouvoir l'autorité qui se considère être liée, alors que la loi l'autorise à statuer selon son appréciation, ou qui renonce d'emblée en tout ou partie à exercer son pouvoir d'appréciation (excès négatif [Ermessensunterschreitung] ; cf. ATF 137 V 71 ; 128 III 156).

E. 4.6.2

En l'espèce, le CSM a décidé de prononcer une sanction à l'endroit de la recourante au motif que son comportement - à savoir son manquement à la dignité de magistrat commis par la violation de son devoir de réserve - n'était « pas anodin ni admissible » et qu'au vu de son absence d'antécédent disciplinaire ainsi que de sa ferme intention d'éviter la reproduction d'une telle situation, c'était la sanction la plus légère, soit un avertissement, qui lui serait infligée.

- 20 -

CAPJ 4_2017

L'autorité intimée n'a toutefois pas examiné l'échange de mails du 29 septembre 2015, à 12h08 et 13h36, entre le chargé des relations médias et le Secrétaire général - le mail de 13h36 ayant été adressé en copie au Procureur général -, ni le courriel envoyé le 30 septembre 2015 par ce même chargé des relations médias au Procureur général et au Secrétaire général. Or, il ressort du courriel du 29 septembre 2015, à 13h36, qu'il a envoyé au chargé des relations médias - avec copie au Procureur général - en réponse au mail (contenant la première version du texte devant être publié par le journaliste ayant recueilli

l'opinion de la recourante) que ce même chargé des relations médias lui avait adressé un peu plus d'une heure auparavant, que le Secrétaire général s'est uniquement préoccupé des propos - apparemment inexacts - de la magistrate en cause en matière d'antériorité dans l'attribution des dossiers au sein du Tribunal des mineurs et non pas de ses excès de langage relatifs aux restrictions budgétaires annoncées (ou alors, ce qui revient au même, qu'il ne s'est plus préoccupé desdits excès, s'il fallait comprendre des explications écrites qu'il a fournies au CSM, qu'il s'était aussi inquiété des autres propos de l'intéressée figurant dans l'article au regard de son devoir de réserve). Par ailleurs, aucune suite n'a été donnée au courriel adressé par le chargé des relations médias, le 30 septembre 2015, à 17h23, au Procureur général et au Secrétaire général, courriel qui contenait - à l'exception de quelques chiffres relatifs au personnel du Pouvoir judiciaire qui devaient encore être modifiés - la version définitive du texte de l'article à paraître. Cette absence de réaction aux propos incriminés de la recourante concernant les coupes budgétaires figurant dans les mails précités, est à mettre en relation, d'une part, avec le fait qu'il ne résulte pas du dossier que le chargé des relations médias ait, comme le Secrétaire général l'avait prié de le faire, demandé au journaliste de contacter l'intéressée pour vérifier si celle-ci se sentait autorisée, au vu de son devoir de réserve, à s'exprimer comme elle l'avait fait, et, d'autre part, avec le témoignage, devant la Cour de céans, du Président de l'époque du Tribunal des mineurs. Selon les déclarations de ce dernier, le Secrétaire général lui avait parlé d'un article à paraître dans la presse, dans lequel la recourante s'exprimait à propos de la modification de l'activité des juges suppléants et lui avait demandé d'intervenir auprès de l'intéressée pour bloquer la parution de cet article. Le témoin n'avait toutefois pas eu à contacter la recourante parce que très peu de temps après le Secrétaire général lui avait téléphoné pour lui dire que, finalement, ce n'était pas nécessaire et que l'article n'était pas « aussi méchant que cela », ou une formule approchante. Il apparaît dès lors que les propos de la recourante, constitutifs de la violation fautive de son devoir de réserve, ont été expressément soumis, à deux reprises, avant leur parution dans la presse, au Procureur général et au Secrétaire général - ce dernier suivant de près la problématique de la publication de l'article, notamment au regard du devoir de réserve de la magistrate en cause -, qui ne sont pas intervenus à ce sujet, ce qui pourrait indiquer que deux acteurs majeurs du Pouvoir judiciaire et de l'administration du Palais de justice ont considéré ces autres propos comme admissibles. En décidant d'infliger à la recourante une sanction disciplinaire sans examiner ces éléments, d'une importance au moins égale aux deux critères qu'elle a appliqués à cet égard - se rapportant au degré de gravité du comportement de l'intéressée -, l'autorité intimée a constaté de manière incomplète des faits pertinents au sens de l'art. 20 al. 2 LOJ, ce qui est constitutif d'une violation du droit (art. 61 al. 1 let. a LPA).

- 21 -

CAPJ 4_2017

En outre, les deux critères susmentionnés retenus par le CSM pour décider du prononcé d'une sanction disciplinaire à l'encontre de la recourante relèvent plutôt de la proportionnalité exigée quant au choix de la nature et de la quotité de la sanction à infliger. Toutefois, dès lors que de tels critères ont été également appliqués par l'autorité intimée pour statuer sur le principe du prononcé d'une sanction à l'encontre de la recourante, les autres critères prévus pour fixer la nature et la quotité de la sanction - notamment, les mobiles et les antécédents de l'auteur, la prévention générale et l'intérêt objectif à la restauration, vis-à-vis du public, du rapport de confiance compromis par la violation

commise - peuvent, voire doivent, également être pris en considération, au moins dans une certaine mesure, pour statuer sur le principe même de la sanction. C'est du reste ce qu'a fait l'autorité intimée dans les deux décisions citées dans sa décision querellée (CSM/473/2004 et CSM/13/2011 ; cf. partie EN FAIT, ch. 4) puisqu'elle a renoncé à infliger une sanction disciplinaire à deux magistrats qui s'étaient exprimés par voie de presse, en raison des regrets exprimés à l'égard de la juridiction concernée, d'un passé exempt de faute, de l'incartade mineure que constituait la violation du devoir de réserve dans un parcours sans antécédents judiciaires et de la vive recommandation faite au magistrat en cause d'être attentif à l'avenir au respect de son devoir de réserve. Ainsi, en n'examinant pas la question du principe même du prononcé d'une sanction à l'endroit de la recourante à l'aune de l'ensemble des critères susceptibles d'être appliqués en la matière, l'autorité intimée a mésusé de son pouvoir d'appréciation à cet égard, ce qui constitue une violation du droit au sens de l'art. 61 al. 1 let. a LPA. 5. La décision entreprise doit ainsi être annulée en tant qu'elle prononce un avertissement à l'encontre de la recourante, mais, en revanche, confirmée, par substitution de motifs, s'agissant de la violation par négligence du devoir de réserve de l'intéressée, qui a ainsi adopté un comportement portant atteinte à la dignité de la magistrature au sens de l'art. 20 al. 1 LOJ. Dans la mesure où les questions précitées, qui doivent être réexaminées et faire l'objet d'une nouvelle décision, impliquent l'exercice du pouvoir d'appréciation et que celui-ci est du ressort de l'autorité intimée, il convient de renvoyer à cette dernière la présente cause pour qu'elle statue à ce sujet (art. 69 al. 2 LPA), ainsi que, le cas échéant, à propos du grief d'inégalité de traitement invoqué par la recourante, grief qu'il n'y a pas lieu d'aborder dans le cadre du présent recours au vu de la solution retenue. 6. Compte tenu de l'issue du litige, aucun émolument ne sera perçu (art. 87 al. 1 LPA) et une indemnité réduite de procédure sera allouée à la recourante qui obtient partiellement gain de cause et qui y a conclu (art. 87 al. 2 LPA).

E. 5

Par acte mis à la poste le 2 octobre 2017, A_____, par le biais de ses conseils, a recouru auprès de la Cour d'appel du Pouvoir judiciaire (ci-après : CAPJ ou la Cour de céans) contre cette décision, concluant, préalablement, à l'ouverture d'enquêtes et à la comparution personnelle des parties, principalement à son annulation et à l'allocation d'une indemnité de procédure. A l'appui de son recours, A_____, après avoir sollicité tout d'abord l'audition de divers témoins, en particulier du journaliste auteur de l'article incriminé, du Président du Tribunal des mineurs et de la Greffière de juridiction ainsi que du Secrétaire général, se prévaut : - d'une violation de son droit à la motivation, le CSM n'indiquant dans sa décision « aucunement en quoi l'autorité intimée considère qu'elle aurait commis une faute », de sorte qu'elle était dans l'impossibilité de comprendre le lien de causalité entre cette prétendue faute et un lien de causalité avec le résultat qui lui était reproché ; - d'une violation de l'art. 20 LOJ, qui n'était pas applicable en l'espèce, en ce sens que l'appréciation du CSM retenant à son endroit une imprudence - parce qu'elle n'avait pas pris toutes les précautions pour s'assurer, avant la publication de l'article, qu'il n'y aurait pas de confusion - était inexacte. La mention de sa qualité de juge suppléante au Tribunal des mineurs était purement descriptive et relevait du fait notoire. Par ailleurs, elle avait clairement communiqué audit journaliste qu'elle s'exprimait en tant qu'avocate et non comme magistrate, ce qui ressortait de l'article et du retrait du paragraphe concernant ses activités de juge suppléante auprès du Tribunal des mineurs. Elle n'avait pas songé que le

journaliste n'avait pas compris ce qu'elle avait exprimé clairement, à savoir qu'elle renonçait au paragraphe relatif au Tribunal des mineurs afin qu'il n'y ait aucune confusion et qu'à l'instar des deux autres avocats cités dans l'article, elle s'exprimait uniquement en tant qu'avocate, intention que l'autorité intimée n'avait pas prise en compte. Ses propos dans la presse en tant qu'avocate, ne sauraient donc entraîner une application de l'art. 20 LOJ. De surcroît, le Secrétaire général avait « formellement validé le contenu de l'article », dont il avait eu connaissance avant sa publication, alors qu'elle-même n'en avait pas eu l'occasion ; - d'une constatation inexacte et incomplète des faits et d'une violation du principe in dubio pro reo, dans la mesure où le CSM, en l'absence de preuve contraire, n'avait pas retenu ce qu'elle avait déclaré lorsqu'il l'avait entendue, à savoir qu'elle avait indiqué au journaliste que le paragraphe retiré ne devait pas être publié en raison du risque de confusion ; - d'une absence de violation de son devoir de réserve et d'une violation de sa liberté d'expression et de son droit à l'égalité de traitement, dès lors que le CSM avait retenu à tort comme une violation de son devoir de réserve des propos qu'elle avait émis en tant qu'avocate et, par ailleurs, en termes très généraux, qui faisaient partie de sa liberté d'expression, si l'on devait admettre qu'elle s'était exprimée en tant que magistrate.

E. 6

; ATA/714/2014 du

E. 7

Par lettre du 28 novembre 2017, la CAPJ a demandé au Secrétaire général de lui communiquer copie de l'intégralité de sa correspondance, accompagnée de ses éventuelles annexes, du chargé des relations médias du Pouvoir judiciaire avec le journaliste C_____, relative à l'article de presse du 2 octobre 2015, ainsi que du contenu de l'article précité que ledit chargé de communication lui avait transmis le 30 septembre 2015.

E. 8

En date du 1^{er} décembre 2017, la CAPJ a requis du conseil de la recourante la production de l'intégralité de la correspondance de sa cliente, sous toutes ses formes, accompagnée de ses éventuelles annexes, avec le journaliste de la Tribune de Genève, relative à la publication de l'article de presse incriminé. Par pli du 11 janvier 2018, un des avocats de la recourante a répondu que sa mandante, « après des recherches approfondies », ne détenait plus ces échanges, « suite à un changement de téléphone ».

E. 9

septembre 2014 consid. 3a ; Jean-Marc VERNIORY / Fabien WAELTI, Le devoir de réserve des fonctionnaires - Spécialement sous l'angle du droit genevois, in PJA 2008 p. 810 ss, spéc. p. 811). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, si le fonctionnaire jouit aussi de la protection de la liberté d'expression et peut, en particulier, exercer une activité politique et s'adonner en public ou en privé à la critique politique, il doit cependant s'imposer certaines limites que commande sa situation spéciale (ATF 108 Ia 172 consid. 4b/aa = JdT 1984 I 258 ; 101 Ia 172 consid. 6 = JdT 1977 I 162). Le devoir de réserve comprend notamment une possible restriction de la liberté d'expression, celle-ci pouvant être limitée si l'exécution de la tâche ou le maintien de la confiance du public dans l'administration l'exigent (ATF 120 Ia 203 consid. 3a = JdT 1996 I 622 ; Jean-Marc VERNIORY / Fabien WAELTI, op. cit., p. 822).

E. 10

Par lettre du 21 mars 2018, le CSM a décliné l'invitation de la Cour de céans à participer à l'audience de comparution personnelle de A_____ fixée le 26 du même mois et a indiqué persister dans sa décision du 6 mars 2017.

E. 11

août 2015 consid. 5ème ; ATA/694/2015 du 30 juin 2015). La faute disciplinaire peut même être commise par méconnaissance d'une règle, méconnaissance qui doit cependant être fautive (Gabriel BOINAY, op. cit., p. 29 n. 55, p. 14). Tout agissement, manquement ou omission, dès lors qu'il est incompatible avec le comportement que l'on est en droit d'attendre de celui qui occupe une fonction ou qui exerce une activité soumise au droit disciplinaire, peut engendrer une sanction. La loi ne peut pas

- 17 -

CAPJ 4_2017

mentionner toutes les violations possibles des devoirs professionnels ou de fonction. Le législateur est contraint de recourir à des clauses générales susceptibles de saisir tous les agissements et les attitudes qui peuvent constituer des violations de ces devoirs (Gabriel BOINAY, op. cit., p. 28 n. 50). Agit intentionnellement quiconque commet une infraction avec conscience et volonté (art. 12 al. 2 du code pénal [ci-après : CP]). L'auteur agit déjà intentionnellement lorsqu'il tient pour possible la réalisation de l'infraction et l'accepte au cas où celle-ci se produirait (art. 12 al. 2, 2ème phrase, CP ; dol éventuel). Agit par négligence quiconque, par une imprévoyance coupable, commet une infraction sans se rendre compte (négligence inconsciente) ou sans en tenir compte (négligence consciente) des conséquences de son acte, l'imprévoyance étant coupable quand l'auteur n'a pas usé des précautions commandées par les circonstances et par sa situation personnelle (art. 12 al. 3 CP), c'est-à-dire sa formation, ses capacités intellectuelles et son expérience professionnelle (135 II 86 consid. 4.3). Il s'agit donc de déterminer s'il y a eu objectivement un manquement (une imprévoyance), puis, dans l'affirmative, de voir si le manquement peut être reproché à l'auteur sur le plan subjectif (ATF 90 IV consid. 1). La négligence implique de porter un jugement sur le comportement de l'auteur, en se demandant ce qu'il aurait pu et dû faire, et non de rechercher ce qu'il avait à l'esprit (ATA/513/2016 consid. 9b).

E. 12

Le 24 avril 2018, la CAPJ a entendu comme témoin le journaliste C_____, qui a expliqué ce qui suit : Il avait la charge de la chronique judiciaire de la Tribune de Genève depuis 2002 et, à ce titre, connaissait la plupart des avocats du Palais de justice, mais principalement ceux exerçant au pénal. C'était donc depuis cette date qu'il connaissait A_____. Ses contacts avec elle avaient été à l'origine d'une dizaine d'articles, de quelque nature que ce soit, essentiellement comme avocate. Il lui semblait également exact, comme l'indiquait A_____, que celle-ci exerçait la fonction de juge suppléante depuis 2012. Ayant appris que le Pouvoir judiciaire serait soumis à des mesures d'économies, il avait décidé de publier un article à ce sujet et contacté toute une série de personnes, dont plusieurs avocats et magistrats. Il ne saurait dire aujourd'hui précisément pour quelle raison il avait finalement eu comme interlocutrice A_____ plutôt que d'autres de ses confrères ou consœurs. C'était effectivement peut-être en raison de la double casquette de A_____, avocate et juge suppléante, qu'il s'était finalement adressé à elle pour l'article. Il devait dire que, depuis les faits, sa mémoire n'était plus très précise sur cette question. Il arrivait effectivement qu'il recueille les citations d'un avocat et que celui-ci procède à des corrections desdites citations

après les avoir relues. Dans l'affaire en cause, il n'avait pas de souvenir précis des discussions avec A_____. Par ailleurs, il devait aussi dire être un peu emprunté pour répondre à des questions précises de la Cour, dans la mesure où le responsable du service juridique de son journal lui avait indiqué que ce genre de questions tombait sous la protection des sources du journaliste. Si un interlocuteur lui demandait de ne pas citer son nom dans un article, il respectait évidemment son souhait et il trouvait une formule adéquate pour révéler l'information. Si son interlocuteur lui demandait de ne pas mentionner une information qu'il lui donnait, il essayait de temporiser et cela dépendait de la nature de l'information. Un de ses critères essentiels pour ce sujet était l'intérêt public. Pour répondre à une question de la Cour qui lui demandait si A_____ l'avait prié de ne pas mentionner son nom, il faisait la double réponse indiquée ci-dessus, invoquant sa mémoire défaillante et la protection des sources des journalistes. S'agissant du paragraphe que A_____ lui avait demandé d'enlever dans l'article, il faisait encore la même double réponse. Il en allait de même si on lui posait la question d'une discussion avec A_____ à propos d'une confusion possible dans l'article. C'était l'équipe du soir du journal, appelée service de l'édition, qui se chargeait des titres, intertitres et légendes sous les photos de l'article à paraître le lendemain. En général, ce n'était pas le journaliste qui s'occupait de ces questions, bien que cela puisse arriver, mais rarement. En revanche, le journaliste pouvait suggérer au service de l'édition le titre ou les intertitres qu'il souhaitait pour son article. En réponse à la question de savoir si la mention dans l'article incriminé du nom et de la fonction judiciaire de A_____ donnait ou non plus de poids audit article, il faisait encore la même double réponse que précédemment. Il faisait toujours la même double réponse lorsqu'on lui posait la question de savoir si, après la parution de l'article, A_____ lui avait fait ou non part de sa désapprobation au sujet du fait que sa fonction de juge suppléante avait été mentionnée dans l'article incriminé. En revanche, il se souvenait avoir eu moins de relations professionnelles avec A_____ après la parution de cet article mais il ne saurait dire pour quel(s) motif(s). De manière générale, il pouvait dire qu'il lui arrivait de soumettre à son interlocuteur l'article qu'il avait l'intention de faire publier dans le journal. Si cet interlocuteur lui demandait d'enlever certains passages, il discutait alors avec lui, voire avec son rédacteur en chef et cela pouvait faire l'objet d'une sorte de « négociation ». En définitive, c'était le journaliste ou son rédacteur en chef qui tranchait. Il n'avait pas ou plus le souvenir d'avoir envoyé le projet de son article du 2 octobre 2015 au service de communication du Pouvoir judiciaire. Au sein de ce service, ses trois interlocuteurs étaient E_____, I_____ et D_____.

E. 13

Dans ses observations du 15 juin 2018, A_____ a, notamment, persisté dans les termes de son recours et sollicité, en tant que de besoin, l'audition des magistrats n'ayant pas reçu copie des échanges de mails « intéressants à plus d'un titre » entre « C_____ et E_____, respectivement D_____ ».

E. 14

Le 15 octobre 2018, la CAPJ a entendu comme témoin J_____, ancien Président du Tribunal des mineurs, qui a déclaré que : Concernant les contacts qu'il aurait pu avoir avec D_____ à propos d'un article paru dans la Tribune de Genève le 2 octobre 2015, il lui semblait se souvenir qu'à l'issue d'une conférence des présidents du Pouvoir judiciaire, sauf erreur à fin août ou début septembre 2015, il avait été abordé par l'intéressé, qui lui avait fait part d'un article à paraître contenant des déclarations de A_____, l'une des juges suppléantes du Tribunal des mineurs, dont il assumait à l'époque la présidence. D_____ lui

avait parlé d'un article à paraître dans la presse, dans lequel A_____ s'exprimait à propos de la modification de l'activité des juges suppléants et lui avait demandé d'intervenir auprès de l'intéressée pour bloquer la parution de cet article. Il n'avait pas eu à contacter A_____ parce que, très peu de temps après, D_____ lui avait téléphoné pour lui dire que, finalement, ce n'était pas nécessaire et que l'article n'était pas "aussi méchant que cela", ou une formule approachante. C'était, du moins, les souvenirs qu'il avait gardés de ces deux contacts avec le Secrétaire général sur le sujet. Bien plus tard, il avait été informé par le CSM de l'ouverture d'une procédure disciplinaire à l'encontre de A_____. Pour répondre à une question de A_____, il était vrai que lorsque D_____ lui avait parlé de la prochaine parution de cet article, il avait l'air inquiet et que, lorsqu'il l'avait rappelé à ce sujet, il lui avait semblé plus apaisé. Pour lui, cette affaire était réglée et il n'y avait pas de raison qu'il contacte A_____.

E. 15

Par courrier du 22 octobre 2018, la CAPJ a informé les parties, considérer pouvoir garder la cause à juger, sans autres actes d'instruction. EN DROIT 1. La loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (ci-après : LPA) est applicable aux procédures relevant de la compétence de la Cour de céans (art. 139 al. 1 LOJ). 2. Le recours a été interjeté dans le délai et les formes prescrits par la loi (art. 62 al. 1 let. a, 64 al. 1 et 65 al. 1 et 2 LPA), auprès de la Cour de céans, compétente pour statuer sur les recours dirigés contre les décisions du CSM (art. 138 let. a LOJ). Par ailleurs, la recourante se prévaut de motifs énoncés à l'art. 61 al. 1 LPA, permettant de recourir contre une décision d'une autorité administrative, soit la violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a) ainsi que la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b). Le recours est ainsi recevable. 3.

E. 16

octobre 2007 consid. 7), à l'instar du droit pénal (ATF 105 IV 213 consid. 4), la compensation des fautes n'existe pas, chacun étant puni pour celles qu'il a commises.

- 19 -

CAPJ 4_2017

Dès lors, le silence du Secrétaire général au sujet des propos violant le devoir de réserve de la recourante figurant dans l'article incriminé ne permet pas d'exonérer la recourante de sa responsabilité fautive à cet égard, ce d'autant moins qu'elle ignorait que le texte incriminé avait été transmis à l'intéressé avant sa parution dans le quotidien genevois.

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