

## **VD\_OMNI GE.2017.0155 vom 12. März 2018**

VD Tribunal cantonal, 2018-03-12, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_GE.2017.0155](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2017.0155)

FR: VD\_OMNI GE.2017.0155 du 12 mars 2018

IT: VD\_OMNI GE.2017.0155 del 12 marzo 2018

### **Regeste**

A. \_\_\_\_\_/Office de l'accueil de jour des enfants | Recours d'un établissement d'accueil de jour des enfants contre deux décisions incidentes rendues par l'OAJE. - Le dommage potentiel résultant de l'interdiction faite à la recourante et à son avocat d'assister aux auditions de témoins menées par l'autorité administrative dans le cadre de son enquête approfondie doit être qualifié d'irréparable. Le recours contre cette décision incidente est, partant, recevable. Tel n'est cependant pas le cas de la décision de l'autorité intimée refusant à la recourante l'accès au dossier de l'enquête. - Sur le fond, c'est à juste titre que l'autorité intimée a interdit à la recourante et à son avocat de participer aux auditions de témoins. Il existe des éléments concrets propres à démontrer que les témoins à entendre pourraient être tentés de se censurer ou de faire de fausses déclarations en faveur de la recourante. - La demande de récusation, en tant qu'elle s'étend à l'ensemble de l'OAJE, est irrecevable, car elle sort du cadre fixé par la décision attaquée. Quand à la récusation des deux collaborateurs de l'office, elle ne se justifie pas en l'espèce. Recours rejetés dans la mesure de leur recevabilité.

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Les décisions finales sont susceptibles de recours.

#### **E. 2**

L'absence de décision peut également faire l'objet d'un recours lorsque l'autorité tarde ou refuse de statuer.

#### **E. 2.2**

p. 210). b) Le dossier de la cause est suffisamment complet pour permettre à la Cour de statuer en toute connaissance de cause sur les recours incidents. La recourante a déjà eu maintes fois l'occasion de s'expliquer par écrit et a été entendue oralement par l'OAJE. Des attestations signées de ses collaborateurs ont par ailleurs été produites dans le cadre de la présente procédure. L'audition des représentants de la recourante et de ses collaborateurs afin qu'ils expriment par oral ce qu'ils ont déjà largement exposé par écrit n'est pas nécessaire. En outre, il n'appartient pas à la Cour de céans de mener l'enquête administrative en lieu et place de l'autorité intimée. Il y a dès lors lieu de rejeter, par appréciation anticipée des moyens de preuve, la requête de la recourante tendant à la tenue d'une audience. 3. Il sied d'examiner le bien-fondé de la décision relative à l'exclusion de la recourante et de son avocat aux auditions de témoins. a) L'art. 34 al. 4 LPA-VD correspond à l'art. 18 al. 2 PA, à teneur duquel s'il faut sauvegarder d'importants intérêts publics et privés, les témoins peuvent être entendus en l'absence des parties. L'art. 18 al. 2 PA se distingue de l'art. 34 al. 4 LPA-VD en ce qu'il ne prévoit pas que l'autorité puisse refuser l'audition de témoins à

raison du péril en la demeure. Cela n'a toutefois pas d'incidence en l'espèce, car l'autorité intimée n'invoque pas ce motif. Pour le surplus, le renvoi que fait l'art. 34 al. 4, deuxième phrase, LPA-VD à l'art. 36 al. 2 et 3 de la même loi, signifie que dès que le motif qui a conduit à cette exclusion disparaît, la partie concernée a accès aux pièces soustraites et que celles-ci ne peuvent être utilisées contre la partie que si l'autorité lui en communique le contenu essentiel et lui donne l'occasion de s'exprimer à ce propos. Pour sa part, l'art. 18 al. 3 PA renvoie à l'art. 28 de la même loi, dont le contenu est identique à l'art. 36 al. 3 LPA-VD. Dans les deux cas, le système légal est analogue.

b) Les intérêts publics pouvant fonder l'exclusion de l'administration des preuves sont ceux qui touchent à la sécurité et à l'ordre publics, ou à la protection de secrets protégés par la loi. Peut également justifier l'exclusion de la partie, si les circonstances sont suffisamment claires, la crainte que la présence de cette partie ne compromette le but de l'instruction, notamment parce que le témoin pourrait être amené à faire des déclarations fausses ou incomplètes (Bernhard Waldmann/Magnus Oeschger, N.49 ad art. 18 PA, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger (ed), op. cit.). C'est là précisément le motif invoqué par l'OAJE.

c) Les intérêts privés invocables dans ce contexte sont ceux liés à la protection du secret des affaires ou de la protection de la personnalité des témoins, notamment leur anonymat et leur sécurité (cf. Philipp Gelzer, N.11 ad art. 56 LTF, in: Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle, 2011; Waldmann/Oeschger, op. cit., N. 50 et 51 ad art. 18 PA; Christoph Auer, N.6 à 12 ad art. 18 PA, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler (ed), op. cit.). L'autorité qui en décide dispose d'un certain pouvoir d'appréciation, mais elle ne saurait simplement affirmer qu'il est utile d'entendre le témoin hors la présence des parties; un éventuel risque à cet égard doit être sinon démontré, du moins allégué de manière substantielle (ATF 130 II 169 consid. 2.3.5 p. 174/175). Lorsque, par exemple, le témoin craint que la partie au sujet de laquelle il a des déclarations à faire, use à son encontre de représailles, il faut que ce danger soit confirmé par des éléments concrets, actuels et objectifs (cf. Waldmann/Oeschger, op. cit., N.47 ad art. 18 PA).

d) Comme on l'a vu (cf. consid. 1c)aa ci-dessus), l'exclusion de la partie de l'audition des témoins constitue une atteinte grave aux droits procéduraux, et notamment à la règle de l'égalité des armes dans le procès. Elle peut aussi présenter un enjeu important, pour la partie exclue, relativement à la procédure au fond. En l'occurrence, cet intérêt est important: à l'issue de la procédure d'évaluation approfondie, la recourante s'expose à des sanctions pouvant aller de l'avertissement à l'interdiction d'accueillir des enfants pour une durée déterminée ou indéterminée (cf. art. 20 de la loi cantonale du 20 juin 2006 sur l'accueil de jour des enfants [LAJE; RSV 211.22]). Avant d'ordonner cette mesure, l'autorité doit dès lors, conformément au principe de la proportionnalité ancré à l'art. 36 al. 3 Cst. (cf. ATF 140 I 168 consid. 4.2.1 p. 173, 218 consid. 6.7.1 p. 235/236, 353 consid. 8.7 p. 373/374, et les arrêts cités), envisager les mesures moins incisives qui permettraient d'atteindre le but visé tout en protégeant, autant que possible, le droit d'être entendu de la partie concernée. Cela peut notamment consister dans l'audition anonymisée des témoins (cf. Gelzer, op. cit., N.15 ad art. 56 LTF; Waldmann/Oeschger, op. cit., N.56ss ad art. 18 PA). Une telle solution paraît toutefois difficile à mettre en place dans un cas où, comme en l'espèce, la partie connaît l'identité des témoins, qui sont, pour la plupart, des employés ou ex-employés de la recourante.

e) L'OAJE motive l'exclusion des représentants de la recourante et de son mandataire par le fait que ces derniers auraient adopté un comportement inadéquat lors des précédentes auditions. La directrice de la recourante chercherait constamment à intervenir pour reformuler ou orienter les propos des personnes entendues. Le ton utilisé par celle-ci

serait déplacé ce qui empêcherait le déroulement serein des entretiens. L'Office ajoute que D. \_\_\_\_\_, ancienne employée de la recourante, se serait mise à pleurer pendant son interrogatoire, sous la pression des questions incessantes de la directrice de la recourante. Ces motifs sont avérés. Il ressort en effet du procès-verbal de l'audition de D. \_\_\_\_\_ que la directrice lui a posé plus de 24 questions visant, pour la plupart, à discréditer la qualité de son travail effectué au sein de l'association. La directrice a été rappelée à l'ordre par les collaborateurs de l'OAJE chargés de mener l'entretien. D. \_\_\_\_\_, que la recourante tient pour responsable des plaintes anonymes, a écrit à l'Office suite à son audition en vue d'être à nouveau entendue par l'OAJE, cette fois, hors de la présence de tout tiers. Plusieurs autres personnes ont relevé dans leurs courriers adressés à l'OAJE qu'ils craignaient les représailles des représentants de la recourante, raison pour laquelle, ils préféreraient que leur anonymat soit préservé. La recourante, s'étant vue, pour l'heure, refuser l'accès au dossier de l'enquête, semble tenter désespérément et par tous les moyens de découvrir l'identité des dénonciateurs anonymes, son but avoué étant de les poursuivre ensuite au plan pénal. Elle semble ainsi adopter une attitude accusatrice à l'égard des personnes interrogées qui peuvent, de ce fait, se sentir entravées dans leur liberté d'expression. Il existe dès lors des éléments concrets, objectifs et vérifiables, propres à démontrer que les témoins pourraient être tentés de se taire, de se censurer ou de faire des déclarations fausses ou incomplètes en faveur de la recourante. Un tel risque (qui est objectivement de nature à compromettre la marche de l'instruction, et par là, l'intérêt public à l'établissement correct et complet des faits dans une procédure relative à la protection de l'enfant) est étayé par des pressions de la recourante à l'égard des témoins. L'Office se doit de protéger les témoins d'éventuelles représailles. C'est ainsi à juste titre qu'il a considéré qu'il existait des motifs suffisants pour restreindre le droit de la recourante et de son avocat de participer à l'audition des témoins, sous l'angle de l'art. 34 al. 4 LPA-VD. Dans ces conditions, l'autorité intimée se devait de respecter le principe de la proportionnalité en envisageant les mesures les moins incisives qui permettent d'assurer l'établissement des faits tout en protégeant, autant que possible, le droit d'être entendue de la recourante. Il sied de constater que l'Office s'est plié à ces exigences, garantissant à la recourante le droit d'assister aux auditions lorsque la personne interrogée ne s'y opposait pas, de formuler une liste de questions devant être posées au témoin qui refusait la présence de la recourante et en lui transmettant les procès-verbaux des auditions afin qu'elle puisse se déterminer sur leur contenu. Le grief de la violation du droit d'être entendu est donc mal fondé.

4. La recourante requiert la récusation de l'OAJE, subsidiairement celles de B. \_\_\_\_\_ et C. \_\_\_\_\_ et de tous les autres collaborateurs de l'OAJE ayant été amenés à traiter de l'enquête. Comme vu supra (consid. 1b), cette requête n'est recevable qu'en ce qui concerne B. \_\_\_\_\_ et C. \_\_\_\_\_, la question de la récusation du reste de l'OAJE n'ayant pas fait l'objet d'une décision préalable de l'autorité précédente.

a) L'art. 29 al. 1 Cst. dispose que toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement (voir également art. 27 al. 1 Cst-VD). Selon l'art. 9 LPA-VD, doit se récuser toute personne appelée à rendre ou à préparer une décision, notamment si elle a un intérêt personnel dans la cause (let. a), si elle a agi dans la même cause à un autre titre, notamment comme membre d'une autorité, conseil d'une partie, expert ou témoin (let. b), en présence de divers liens d'état civil ou de fait (let. c et d), si elle pourrait apparaître comme prévenue d'une autre manière, notamment en raison d'une amitié étroite ou d'une inimitié personnelle avec une partie ou son mandataire (let. e). Dès lors que cette dernière disposition n'offre pas des garanties plus étendues que l'art. 29 al. 1 Cst., il y a lieu de se référer à la jurisprudence relative à ce droit

constitutionnel (cf. TF 2C\_975/2014 du 27 mars 2015 consid. 3.4; CDAP GE.2016.0108 du 10 janvier 2017; GE.2015.0007, GE.2015.0043, GE.2015.050, tous du 28 octobre 2015; GE.2014.0087 du 19 septembre 2014; GE.2011.0030 du 5 juillet 2011). Selon la jurisprudence, le droit conféré par l'art. 29 Cst. permet notamment d'exiger la récusation des membres d'une autorité administrative dont la situation ou le comportement sont de nature à faire naître un doute sur leur indépendance ou leur impartialité; il tend à éviter que des circonstances extérieures à l'affaire ne puissent influencer une décision en faveur ou au détriment de la personne concernée. La récusation peut s'imposer même si une prévention effective du membre de l'autorité visée n'est pas établie, car une disposition interne de sa part ne peut guère être prouvée; il suffit que les circonstances donnent l'apparence de la prévention et fassent redouter une activité partielle. Cependant, seules des circonstances constatées objectivement doivent être prises en considération; les impressions purement individuelles d'une personne impliquée ne sont pas décisives (cf. ATF 134 I 20 consid. 4.2 et les arrêts cités; ATF 127 I 196 consid. 2b; ATF 125 I 119 consid. 3b; TF 2C\_975/2014 du 27 mars 2015 consid. 3.1). La jurisprudence du Tribunal fédéral considère que de manière générale, les dispositions sur la récusation sont moins sévères pour les membres des autorités administratives que pour les autorités judiciaires (TF 2C\_831/2011 du 30 décembre 2011; dans le même sens pour la jurisprudence cantonale : CDAP GE.2016.0108 du 10 janvier 2017; AC.2014.0400 du 20 mai 2015 consid. 3 ; AC.2006.0213 du 13 mars 2008 consid. 3). Contrairement à l'art. 30 al. 1 Cst. (voir également art. 28 al. 1 Cst.-VD), qui ne concernent que les procédures judiciaires, l'art. 29 al. 1 Cst. n'impose en effet pas l'indépendance et l'impartialité comme maxime d'organisation d'autorités gouvernementales, administratives ou de gestion et n'offre pas, dans ce contexte, une garantie équivalente à celle applicable aux tribunaux (cf. TF 2C\_975/2014 du 27 mars 2015 consid. 3.2; 2C\_127/2010 du 15 juillet 2011 consid. 5.2; ATF 125 I 209 consid. 8a p. 217 s.). S'agissant des membres des autorités administratives, s'applique cependant le principe d'impartialité, qui fait partie de la garantie d'un traitement équitable; l'essentiel réside alors dans le fait que l'autorité n'ait pas de prévention, par exemple en adoptant un comportement antérieur faisant apparaître qu'elle ne sera pas capable de traiter la cause en faisant abstraction des opinions qu'elle a précédemment émises (ATF 140 I 326 consid. 7.3; ATF 138 IV 142 consid. 2.3). Il résulte de ce qui précède que la portée de l'obligation de se récuser n'est donc pas la même suivant le type d'autorité: pour les autorités administratives, elle peut être réduite selon la nature de la fonction, dans la mesure où l'exercice normal de la compétence en cause implique cette réduction (Pierre Moor / Etienne Poltier, Droit administratif, vol. II, 3 e éd., Berne 2011, ch. 2.2.5.2, p. 27). En ce qui concerne les autorités administratives, la récusation ne touche en principe que les personnes physiques composant les autorités, et non l'autorité en tant que telle (cf. TF 1C\_555/2015 du 30 mars 2016 consid. 4.1.; TF 2C\_305/2011 du 22 août 2011 consid. 2.5; ATF 97 I 860 consid. 4 p. 862). Le Tribunal fédéral a relevé à cet égard que la récusation doit rester l'exception si l'on ne veut pas vider la procédure et la réglementation de l'administration de son sens. Il a ajouté que tel doit a fortiori être le cas lorsque la récusation vise à relever une autorité entière des tâches qui lui sont attribuées par la loi et qu'aucune autre autorité ordinaire ne peut reprendre ses fonctions (ATF 122 II 471 consid. 3b p. 477). Pour déterminer s'il y a une apparence de partialité justifiant la récusation, il convient de prendre en compte l'ensemble des circonstances du cas d'espèce, la mission et l'organisation de l'autorité concernée, le contenu précis des déclarations faites, leur contexte et le but recherché par leur auteur (Benoît Bovay, Procédure administrative, 2 ème éd. Berne 2015, p. 142 et réf.

citées). c) En l'espèce, la recourante reproche maintes erreurs dans la conduite de la procédure d'évaluation approfondie par l'autorité intimée, soit pour l'essentiel des violations de son droit d'être entendue. Elle s'insurge du fait de s'être vue refuser l'accès au dossier, notamment aux plaintes transmises à l'OAJE. Elle prétend en outre qu'il existerait " des liens professionnels, amicaux, voire affectifs " entre B.\_\_\_\_\_, chef ad interim de l'Office et E.\_\_\_\_\_, ancien employé de l'association et " principal suspect des plaintes infondées ". Elle se plaint d'une violation du secret de fonction qui aurait été commise par les collaborateurs de l'OAJE, soupçonnés d'avoir révélé des détails concernant la procédure en cours au directeur de l'Ecole supérieure en éducation de l'enfance (ESEDE), à des parents d'enfants de la crèche ainsi qu'au Syndic d'\*\*\*\*\*. La recourante affirme enfin que l'autorité intimée n'aurait pas ménagé ses employés lors de sa visite impromptue du 7 mars 2017. Toutes ces raisons feraient naître un doute sur l'indépendance de l'OAJE. Comme relevé par le juge instructeur dans sa décision du 25 octobre 2017, les motifs à l'appui de la demande de récusation concernent des actions qui entrent dans les attributions de l'OAJE en application de la LAJE. Les mesures d'instruction auxquelles l'autorité intimée a procédé ne sortent pas à tel point du cadre de la mission de surveillance de l'OAJE qu'elles justifieraient la récusation de B.\_\_\_\_\_ et de C.\_\_\_\_\_. La plupart des griefs soulevés font en outre déjà l'objet de la plainte pénale déposée par la recourante. Selon ses déterminations du 15 décembre 2017, le procureur en charge de l'affaire n'aurait entrepris aucune mesure d'instruction, de sorte que les allégations contenues dans la plainte sont, pour l'heure, loin d'être établies. Si des maladroites ont pu être constatées dans le comportement des responsables de l'OAJE lors de sa visite impromptue du 7 mars 2017, ces actions sont liées aux devoirs de d'investigation et de surveillance de l'autorité intimée dans l'accomplissement du mandat qui lui est confié par le législateur cantonal. Elles ne suffisent pas à fonder un motif de récusation. Quant aux restrictions posées par l'autorité intimée à la consultation du dossier, elles peuvent s'expliquer par le devoir de l'Office d'assurer la protection des personnes à l'origine des plaintes et surtout permettre des investigations en sauvegardant les preuves. L'autorité intimée est confrontée à la forte opposition, voire à la virulence des réactions de la recourante, ce qui rend d'autant plus nécessaires certaines précautions destinées à préserver les preuves. Il n'apparaît pas d'emblée que cette restriction constitue une violation du droit d'être entendue de la recourante dans la mesure où l'art. 36 LPA-VD, dont l'application pourra être contrôlée par la CDAP dans le cadre d'un recours contre la décision au fond, permet à l'autorité administrative de restreindre la consultation du dossier à certaines conditions. On ne saurait donc y voir un motif de récusation de l'autorité intimée. Au surplus, les reproches concernant d'éventuels liens amicaux, voire affectifs entre B.\_\_\_\_\_ et E.\_\_\_\_\_ sont contestés et non établis. On ignore d'où la recourante tient cette idée. Quant aux liens professionnels allégués entre ces deux personnes, ils ne suffisent pas non plus à fonder un motif de récusation. En somme, il ne ressort pas du dossier que l'OAJE aurait commis des erreurs particulièrement lourdes ou répétées, constituant des violations graves de ses devoirs, lesquelles peuvent justifier le soupçon de parti pris selon la jurisprudence précitée. On peut donner acte à la recourante que la surveillance de l'association s'inscrit dans un contexte tendu. Cette situation semble toutefois être en grande partie imputable à la recourante qui ne cesse, par ses demandes répétées et ses réponses cinglantes, d'intervenir dans l'enquête que tente de mener sereinement l'autorité intimée. Pour conclure, il n'apparaît pas que l'OAJE ferait preuve de partialité dans le traitement du dossier de surveillance de l'établissement d'accueil des enfants ou manifesterait une forme de prévention à son égard. Au contraire, l'action de

l'OAJE parait poursuivre l'intérêt public d'assurer la qualité de l'ensemble des milieux d'accueil de jour des enfants (art. 1 al. 1 let. b LAJE). Il s'en suit que les motifs de récusation soulevés tombent à faux. Partant, c'est à juste titre que l'OAJE a rejeté la demande de récusation dirigée contre ses deux collaborateurs.

### **E. 3**

Les décisions incidentes qui portent sur la compétence ou sur une demande de récusation sont séparément susceptibles de recours de même que les décisions sur effet suspensif et sur mesures provisionnelles.

#### **E. 3.3**

p. 496); il ne comprend en revanche pas le droit d'être entendu oralement ( ATF 140 I 68 consid. 9.6.1 p. 76; 134 I 140 consid. 5.3 p. 148). L'autorité peut mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion ( ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 p. 299; 137 III 208 consid.

### **E. 4**

Les autres décisions incidentes notifiées séparément sont susceptibles de recours: a. si elles peuvent causer un préjudice irréparable au recourant, ou b. si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse.

### **E. 5**

Il découle des considérants qui précèdent que les recours, mal fondés, doivent être rejetés et les décisions attaquées confirmées. Vu le sort de la cause, un émolument de justice, fixé à 1'500 fr., est mis à la charge de la recourante (art. 49 al. 1 et 2 LPA-VD et art. 4 al. 1 du Tarif cantonal du 28 avril 2015 des frais judiciaires et des dépens en matière administrative [TFJDA; RSV 173.36.5.1]). Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens (art. 55 al. 1 LPA-VD a contrario et art. 56 al. 3 LPA-VD).

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