

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/8297/2011

ACPR/143/2012

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du mardi 10 avril 2012

Entre

X_____, domicilié à Genève, comparant en personne,

recourant,

contre l'ordonnance de non-entrée en matière rendue le 3 février 2012 par le Ministère public,

Et

Y_____, domicilié Thônex/GE, comparant par M^e Vincent JEANNERET, avocat, Étude Schellenberg & Wittmer, rue des Alpes 15 bis, case postale 2088, 1211 Genève 1,

LE MINISTÈRE PUBLIC de la République et canton de Genève, route de Chancy 6b, 1213 Petit-Lancy - case postale 3565 - 1211 Genève 3,

intimés.

Communiqué l'arrêt aux parties en date du mercredi 11 avril 2012

EN FAIT :

- A. Par acte expédié au greffe de la Chambre de céans le 17 février 2012, X_____ recourt contre l'ordonnance rendue par le Ministère public le 3 février 2012, notifiée le 7 février 2012, dans la cause P/8297/2011, par laquelle cette autorité a refusé d'entrer en matière sur la plainte qu'il avait déposée contre inconnu - mais avec des soupçons qualifiés à l'encontre d'Y_____, chef du Service _____ de la Ville de Genève - pour violation du secret de fonction.

Le recourant conclut à l'annulation de cette décision et au renvoi de la cause au Ministère public, à charge pour ce dernier d'ouvrir une instruction.

- B. Les faits pertinents pour l'issue du litige sont les suivants :

a) Par courrier du 30 avril 2010, X_____, avocat utilisant le papier à en-tête de son Étude ("_____"), a demandé à la Ville de Genève de pouvoir consulter et lever copie de la convention que cette dernière avait conclue, le 11 mars 2010, avec la Fondation A_____ (ci-après: "la Fondation"), ce qui lui a été refusé, le 2 juin 2010, après consultation de la Fondation.

Cinq jours plus tard, X_____ a déposé une demande de médiation basée sur la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (LIPAD; A 2 08) et une séance commune de médiation s'est tenue le 7 juillet 2010 en présence de la préposée suppléante à la protection des données, d'Y_____ et du requérant. Au début de cette séance, tous trois ont signé un document intitulé "Engagement à la médiation" qui mentionnait, notamment, que le processus de médiation était entièrement confidentiel et qu'aucune information, tant orale qu'écrite, ne pouvait être divulguée, sauf accord exprès et mutuel des participants à la médiation.

Bien que la médiation n'ait pas abouti, la Ville de Genève a fini par suivre l'avis du Bureau des préposé(e)s à la protection des données et à la transparence (ci-après: "Bureau des préposé(e)s") et a transmis, le 27 septembre 2010, la convention sollicitée à X_____, mais sans son annexe. Ce dernier a alors recouru contre cette décision devant le Tribunal administratif, le 28 octobre 2010, afin d'obtenir ladite annexe.

Appelée en cause, la Fondation a, dans ses observations du 28 janvier 2011, indiqué que la demande de X_____ avait, en réalité, pour but d'alimenter un litige civil pendant devant les juridictions civiles vaudoises, opposant le fondateur et président de la Fondation, B_____, au bureau d'architectes de C_____, le père de Me D_____, un associé de l'Étude en laquelle X_____ exerçait, précisant que, dans la procédure civile vaudoise, l'atelier d'architecture avait constitué pour avocats Mes X_____ et D_____. Dans ses observations, la Fondation a également indiqué qu'«à

l'occasion de la séance de médiation du 21 juillet 2010 [recte: 7 juillet 2010], Me X_____ aurait clairement énoncé que s'il avait accès à la Convention, il se sentirait tout à fait libre de la transmettre à son chef d'Étude, Me D_____. Preuve: audition de Monsieur Y_____ (Ville de Genève)".

b) Par courrier du 1^{er} mars 2011, X_____ a demandé à Y_____ de lui indiquer les circonstances dans lesquelles les représentants de la Fondation avaient eu connaissance des propos qu'il avait tenus lors de la séance de médiation, et ce dernier lui avait répondu, le 4 mars 2011, que ceux-ci n'étaient pas couverts par l'engagement de confidentialité, puisqu'ils avaient été discutés avant le début de la médiation proprement dite. Par courrier du 5 avril 2011, X_____ a demandé au Bureau des préposé(e)s s'il pouvait être considéré, comme le prétendait Y_____, que deux phases distinctes avaient eu lieu lors de la séance de médiation, ce à quoi ledit bureau a répondu par la négative le 26 avril 2011, se basant sur les règles déontologiques de la Fédération suisse des associations de médiation (FSM).

c) Par arrêt du 21 juin 2011, la Chambre administrative de la Cour de justice (nouvelle juridiction compétente depuis le 1^{er} janvier 2011 pour statuer sur le recours de X_____) a considéré que l'intérêt privé de la Fondation ou du propriétaire des objets d'art justifiait que l'annexe de la convention ne soit pas rendue publique. Elle a précisé que cette question devait être examinée indépendamment des motifs invoqués par le requérant à l'appui de sa demande.

Dans ledit arrêt (ch. 16, p. 6), la Chambre administrative a exposé ceci : "*Selon M. X_____, il avait formulé sa demande d'accès à l'annexe en question en son propre nom. Il se sentait pour cela en droit d'utiliser son papier à en-tête d'avocat. Pour être clair, s'il avait agi pour son compte, il savait que ce document était susceptible d'être utilisé par son associé, Me D_____ et par le bureau d'architectes de son père, qui était en conflit avec M. B_____ au sujet de ses honoraires. S'il n'avait pas eu connaissance de ce différent civil, il n'aurait pas été intéressé par l'accès à la convention en question et à son annexe. Comme la signature de la convention entre la ville et la fondation avait été annoncée en grande pompe, indépendamment du litige qui opposait un client de son étude à M. B_____, il trouvait intéressant de connaître les détails de la convention en question. Il avait transmis une copie de celle-ci également à Me D_____ et à son père. S'il pouvait faire état de ces faits, c'était en accord avec le client de l'étude, qui l'avait délié du secret professionnel".*

Par arrêt du 7 décembre 2011, le Tribunal fédéral a confirmé cette décision.

d) Considérant qu'Y_____ - ou l'un des représentants de la Ville de Genève - avait violé son secret de fonction en communiquant à la Fondation des informations obtenues lors de la séance de médiation, X_____ a porté plainte contre inconnu le 7 juin 2011, le reproche portant sur le fait, repris par la Fondation dans ses écritures lors de la procédure administrative, qu"*à l'occasion de la séance de médiation du 21 juillet 2010 [recte: 7 juillet 2010], Me X_____ aurait clairement énoncé que s'il*

avait accès à la Convention, il se sentirait tout à fait libre de la transmettre à son chef d'Étude, Me D_____. Preuve: audition de Monsieur Y_____ (Ville de Genève)" [cf. ci-dessus ad a)].

e) Entendu par la police le 13 octobre 2011, Y_____ a contesté avoir violé son secret de fonction. Il a rappelé que, dans le cadre de l'examen de la demande d'accès à la convention formulée par X_____, le Département de la culture avait demandé à la Ville de Genève de consulter la Fondation en tant que tiers concerné, pour qu'elle se détermine. Or, celle-ci s'y était opposée. Il s'était ensuite rendu à la séance de médiation en tant que délégué à la LIPAD pour la Ville de Genève et il s'était entretenu avec X_____ dans la salle d'attente. Avant de signer la clause de confidentialité, Y_____ avait demandé à X_____ au nom de qui il agissait. Il avait répondu qu'il le faisait en qualité de citoyen, ce qui l'avait surpris, puisqu'il avait rédigé sa demande sur le papier à en-tête de l'Étude d'avocats dans laquelle il exerçait. X_____ lui avait alors indiqué que, s'il obtenait cette convention, il se sentirait libre de la transmettre à Me D_____, son chef d'Étude. La clause de confidentialité avait ensuite été signée et l'objet de la médiation avait été abordé. Quelques jours plus tard, il avait pris contact par téléphone avec la Fondation et lui avait dit que X_____ agissait en son propre nom, mais qu'il était un collaborateur de Me D_____.

C. Par décision du 3 février 2012, le Ministère public a refusé d'entrer en matière sur les faits dénoncés par X_____, au motif que, même si la teneur de la séance de médiation n'était connue que d'un cercle restreint de personnes, elle ne constituait pas un secret au sens de l'art. 320 CP, car le recourant avait eu lui-même le souci de l'extérioriser, en employant le papier à en-tête de l'Étude. A ce sujet, la collaboration professionnelle entre X_____ et l'Étude de Me D_____ était un fait notoire et le recourant avait volontairement fait savoir qu'il agissait dans un cadre professionnel, par souci de transparence, puisque sa requête était en lien celui-ci. En raison de ces circonstances, les propos d'Y_____ n'étaient que le reflet de l'attitude de X_____ et ne constituaient pas un secret.

D. a) À l'appui de son recours, X_____ fait valoir qu'aucune discussion n'avait eu lieu entre les parties avant que celles-ci ne signent le document portant sur la confidentialité de la médiation, de sorte que tous les propos tenus lors de cette séance étaient couverts par une confidentialité absolue, qui était la pierre angulaire du processus de médiation et la condition *sine qua non* de son existence. Il allègue également que les propos en cause n'étaient connus que de la médiatrice, Y_____ et lui-même, et que la signature du document comportant une clause de confidentialité emportait l'engagement absolu, pour chacun, de ne pas les révéler. Lors de la médiation, X_____ avait déclaré qu'il se sentait libre de transmettre la convention à Me D_____, mais il était évident, avec la clause de confidentialité, qu'il voulait que cette volonté demeure secrète. Quant à l'utilisation du papier à en-tête de son Étude,

il l'avait fait par souci de transparence et en raison du lien avec son activité professionnelle.

b) Invité à se prononcer sur le recours, le Ministère public a persisté dans les termes de son ordonnance, à savoir que les informations dévoilées n'étaient pas secrètes, précisant toutefois que, même en retenant le caractère secret des propos tenus par Y_____, leur transmission n'était pas constitutive d'une violation du secret de fonction, puisque la Fondation était une entité qui était habilitée à avoir accès à l'information litigieuse.

c) Également invité à se déterminer, Y_____ a rappelé qu'un litige civil opposant B_____ à C_____, le père de Me D_____, existait au moment des faits devant les juridictions vaudoises, au sujet de malfaçons dans la conception du musée privé de B_____, et que C_____ avait tenté, en vain, d'obtenir du juge vaudois l'accès à l'annexe de la convention signée entre la Fondation et la Ville de Genève, dans le but de l'utiliser contre B_____. Il estimait ainsi que les démarches entreprises par X_____ visaient exclusivement à l'obtention d'informations classés confidentielles pouvant potentiellement servir à C_____. D'ailleurs, devant la Chambre administrative de la Cour de justice, X_____ avait expressément déclaré que sa requête avait été dictée par l'intérêt que pouvait présenter cette convention et son annexe dans la procédure vaudoise.

EN DROIT :

1. Le recours est recevable pour avoir été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 396 al. 1, 390 al. 1 et 385 al. 1 CPP), concerner une ordonnance du Ministère public sujette à recours auprès de la Chambre de céans (art. 20 al. 1 let. b et 393 al. 1 let. a CPP; art. 128 LOJ) et émaner du plaignant, qui a un intérêt juridiquement protégé à l'annulation ou à la modification de la décision (art. 382 al. 1, 104 al. 1 let. b et 118 al. 1 CPP).
2. Le recourant prétend que l'intimé a violé son secret de fonction en transmettant à la Fondation certaines informations qu'il avait obtenues lors d'une séance de médiation à laquelle il avait participé en raison de sa charge à la Ville de Genève.

2.1. Au sens de l'art. 320 CP, est punissable celui qui aura révélé un secret à lui confié en sa qualité de membre d'une autorité ou de fonctionnaire, ou dont il avait eu connaissance à raison de sa charge ou de son emploi.

Le terme secret est couramment employé pour désigner tantôt le devoir de se taire, tantôt l'information qu'il ne faut pas révéler. Si l'on considère tout d'abord l'information elle-même, il faut qualifier de secret un fait connu d'un cercle restreint de personnes, que l'on veut garder confidentiel, en ayant pour cela un intérêt légitime à ce que le fait ne soit connu que d'un cercle déterminé de personnes, soit un intérêt digne de protection à ce que le secret soit gardé. Cet intérêt peut être celui de la

collectivité publique concernée, mais aussi, voire exclusivement, celui des particuliers impliqués dans l'affaire (B. CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, n. 10 et ss ad art. 320 CP et les références citées).

2.2. La LIPAD a pour but de favoriser la libre information de l'opinion et la participation à la vie publique (art. 1 al. 2 let. a LIPAD). En édictant cette loi, le législateur a érigé la transparence au rang de principe aux fins de renforcer tant la démocratie que le contrôle de l'administration et de valoriser l'activité étatique et favoriser la mise en œuvre des politiques publiques (Mémorial du Grand Conseil genevois 2000 45/VIII 7671 ss). Toutefois, l'art. 26 al. 1 LIPAD prévoit que les documents à la communication desquels un intérêt public ou privé prépondérant s'oppose sont soustraits au droit d'accès institué par la présente loi.

Selon l'art. 24 LIPAD, toute personne a accès aux documents en possession des institutions, sauf exception prévue ou réservée par cette loi (art. 24 al. 1 LIPAD). L'accès comprend la consultation sur place des documents et l'obtention de copies.

Dans le domaine de la LIPAD, l'intérêt personnel et la qualité du demandeur n'interfèrent en aucune manière dans l'examen de ces conditions. Bien que le cercle des bénéficiaires de l'accès à l'information ne soit pas précisé dans le texte de ces dispositions (ATA/621/2005 du 20 septembre 2005 consid. 3), l'exposé des motifs figurant dans le rapport du Conseil d'Etat à l'appui du projet de loi précise que le droit d'accès aux documents est un droit reconnu à chacun, sans restriction liée notamment à la démonstration d'un intérêt digne de protection du requérant. Dès lors qu'un document doit être considéré comme accessible à une personne en vertu du principe de la transparence (et non en vertu des dispositions sur la protection des données personnelles ou des droits inhérents à la qualité de partie à une procédure), il n'y a pas de raison d'en refuser l'accès à d'autres personnes. Les exceptions prévues à l'art. 26 LIPAD constituent ainsi des clauses de sauvegarde pour les informations qui ne doivent pas être portées à la connaissance du public (ATA/621/2005 du 20 septembre 2005 consid. 3 ; MGC 2000/VIII, Volume des débats, séance 45, pp. 7691-7692). Dès lors, ce qui est décisif dans l'application de la LIPAD, c'est le contenu même de l'information sollicitée et non la qualité du requérant (ATA/621/2005 du 20 septembre 2005 consid. 3 ; SJ 2005 I p. 137 ss).

2.3. En l'espèce, s'il ne fait guère de doute que l'intimé est un fonctionnaire au sens de l'art. 110 al. 3 CP et qu'il a appris les faits litigieux dans l'exercice de sa charge officielle à la Ville de Genève - ce qui n'est, d'ailleurs, pas contesté -. Seul le caractère secret des informations divulguées pose problème.

En effet, un fonctionnaire ne peut violer son secret de fonction que si l'information qu'il divulgue est secrète, c'est-à-dire qu'elle n'est connue que d'un cercle restreint de personnes et que celui qui a un intérêt légitime au maintien du secret manifeste cette volonté. Or, l'éventuelle communication de propos tenus lors d'une séance de médiation est susceptible de constituer une violation des règles déontologiques - ce

qui ressort du courrier du 26 avril 2011 du Bureau des préposé(e)s - mais ne suffit pas à constituer une violation du secret de fonction, puisque, pour qu'une telle infraction soit retenue, il faut que les faits n'aient été connus que d'un cercle restreint de personnes.

Or, en l'occurrence, les faits sur lesquels l'intimé s'est exprimé, non seulement ne sont pas secrets, mais notoires, voire relèvent de l'évidence. En effet, le recourant n'a pas fait mystère de son appartenance à l'Étude qui défendait la partie adverse de la Fondation dans une procédure vaudoise, ce que cette Fondation ne pouvait au demeurant ignorer, et, ayant sollicité la consultation de la convention litigieuse, et de son annexe, sur le papier à en-tête de ladite Étude, par souci de transparence, il était établissait de facto un lien évident entre sa requête et son employeur, Me D_____. Si tel n'avait pas été le cas (i.e. la procédure vaudoise et les avocats constitués), la connaissance de la composition de l'Étude du recourant résultait également du fait notoire, puisqu'elle est accessible par la consultation des annuaires courants ou du Web, et donc publique. Quant à l'opinion exprimée par le recourant sur le fait qu'il se sentait libre de transmettre la convention à Me D_____, que l'intimé a transmise à la Fondation, cette information peut être considérée comme évidente, en raison des faits de la cause et de l'implication du recourant dans une procédure civile vaudoise qui constitue selon lui son seul intérêt à obtenir l'information sollicitée, ce qui lui enlève son caractère de secret. Enfin, nonobstant l'avis du Bureau des préposé(e)s, l'intimé n'a révélé les propos incriminés qu'en tant qu'ils avaient été émis avant la signature de la clause de confidentialité, de sorte que l'on pourrait douter de leur caractère secret au stade où ils ont été proférés. De surcroît, dans le domaine de la LIPAD, l'intérêt personnel et la qualité du demandeur n'interfèrent d'aucune manière dans l'examen des conditions à la divulgation des documents et, dès lors qu'un document est considéré comme accessible à une personne en vertu du principe de la transparence, il n'y a aucune raison d'en refuser l'accès à d'autres personnes. Partant, il est indifférent que les propos du recourant n'aient été communiqués qu'à deux personnes, car ils exprimaient un fait notoire, c'est-à-dire la possibilité pour toute personne de transmettre à qui elle le souhaite les documents dont elle aurait eu connaissance grâce à la LIPAD.

Pour ces raisons, l'infraction de violation du secret de fonction ne pouvait être retenue et c'est à juste titre que le Ministère public a rendu l'ordonnance querellée, laquelle sera donc confirmée et le recours, pour le moins téméraire, rejeté.

4. L'intimé obtient gain de cause, au sens de l'art. 428 al. 1 CPP. Dans la mesure où, mis en cause, il est assimilable à un prévenu, l'art. 429 al. 2 CPP s'applique, puisque le droit à indemnisation naît lorsque le prévenu est au bénéfice d'un classement (art. 429 al. 1 CPP) et qu'une telle décision est devenue définitive (M. NIGGLI / M. HEER / H. WIPRÄCHTIGER, *Schweizerische Strafprozessordnung / Schweizerische Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar StPO/JStPO*, Bâle 2011, n. 5 ad art. 429; A. KUHN / Y. JEANNERET (éds) *Commentaire romand* :

Code de procédure pénale suisse, Bâle 2011, n. 9 ad art. 429), ce qui est le cas avec le présent prononcé. Un montant raisonnable lui sera par conséquent alloué pour ses frais de défense, à la charge du recourant.

5. Le recourant, qui succombe, supportera les frais de la procédure envers l'État (art. 428 al. 1 CPP et art. 13 du règlement genevois fixant le tarif des frais en matière pénale). Le recourant n'a ni chiffré ni étayé l'indemnité à laquelle il prétend, de sorte qu'il ne peut être entré en matière sur ce point (M. NIGGLI / M. HEER / H. WIPRÄCHTIGER, op. cit., n. 5 ad art. 429).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Reçoit le recours formé par X_____ contre l'ordonnance de non-entrée en matière rendue le 3 février 2011 par le Ministère public dans la procédure P/8297/2011.

Le rejette.

Condamne X_____ aux frais de la procédure de recours, arrêtés à CHF 2'070.- et comprenant un émolument de CHF 2'000.-.

Alloue à Y_____ une indemnité de CHF 1'000.-.

Siégeant :

Messieurs Christian COQUOZ, président; Louis PEILA et Christian MURBACH, juges, Julien CASEYS, greffier.

Le Greffier :

Julien CASEYS

Le Président :

Christian COQUOZ

Indication des voies de recours :

Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière pénale au sens de l'art. 78 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF ; RS 173.110) ; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 78 à 81 et 90 ss LTF. Le recours doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

ETAT DE FRAIS

P/8297/2011

COUR DE JUSTICE

Selon le règlement du 22 décembre 2010 fixant le tarif des frais en matière pénale (E 4 10 03).

Débours (art. 2)

- frais postaux	CHF	20.00
-----------------	-----	-------

Émoluments généraux (art. 4)

- délivrance de copies (litt. a)	CHF	
----------------------------------	-----	--

- délivrance de copies (litt. b)	CHF	
----------------------------------	-----	--

- état de frais (litt. h)	CHF	50.00
---------------------------	-----	-------

Émoluments de la Chambre pénale de recours (art. 13)

- décision indépendante (litt. c)	CHF	2'000.00
-----------------------------------	-----	----------

-	CHF	
---	-----	--

Total	CHF	2'070.00
--------------	-----	-----------------