

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2323/2019-DIV

ATA/1622/2019

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 5 novembre 2019

dans la cause

Monsieur A_____

représenté par Mes Romain Jordan et Thomas Barth, avocats

contre

DÉPARTEMENT DES FINANCES ET DES RESSOURCES HUMAINES

et

B_____, appelée en cause

représentée par Me Peter Pirkl, avocat

EN FAIT

- 1) Le présent litige a pour objet une décision de levée de secret de fonction d'un fonctionnaire prise par la conseillère d'État chargée du département des finances et des ressources humaines (ci-après : la conseillère d'État et le département), en vue de son audition comme témoin devant les Tribunal des baux et loyers (ci-après : TBL), dans le cadre d'une procédure intentée par Monsieur A_____ et l'opposant à l'B_____ SA (B_____ SA).

- 2) Le 16 avril 2019, M. A_____ a déposé par-devant le TBL une requête en mesures superprovisionnelles et provisionnelles, concluant à ce qu'il soit ordonné à B_____ SA de lui restituer son logement sis chemin des C_____ _____ à Corsier, où il était domicilié et résident (cause C/1_____/2019). Il ressort de cette procédure les faits suivants :
 - a. D_____ SA, société dont Madame A_____, mère de M. A_____, était l'administratrice et l'actionnaire unique, était propriétaire de parcelles et bâtiments sis _____, chemin C_____ à Corsier.

La société a été déclarée en faillite avec effet au 9 février 2016 et a été liquidée en la forme sommaire par l'office des faillites (ci-après : l'office).
 - b. Le 12 mai 2016, l'office, représenté par Madame E_____, chargée de faillite, a procédé à l'interrogatoire de Mme A_____, laquelle a notamment indiqué que le mobilier et les effets entreposés dans la dépendance sur les parcelles susvisées lui appartenaient à titre personnel, qu'en dehors de ce mobilier la société faillie ne possédait pas de biens appartenant à des tiers et qu'elle n'avait pas de biens remis en location.
 - c. Le 19 avril 2018, à l'issue d'une vente aux enchères, les parcelles précitées ont été adjugées à B_____ SA, l'ajournement de la vente sollicitée par Mme A_____ le 18 avril 2018 ayant été refusé par l'office.
 - d. Par courrier du 23 avril 2018, Mme A_____ a indiqué à B_____ SA qu'elle n'entendait pas lui remettre les clés des bâtiments et qu'elle avait formé une plainte auprès de la chambre de surveillance de la Cour de justice contre le refus de l'office de reporter la vente – plainte déclarée par la suite irrecevable. Elle a alors produit un document intitulé « contrat de bail » entre D_____ SA, bailleuse, et son fils M. A_____, daté du 1^{er} novembre 2014, conclu pour une durée de dix ans et portant sur un logement sis _____, chemin C_____ à Corsier, comprenant chambre à coucher, salle de bain, salon, cuisine et garages, le loyer étant fixé à CHF 200.- par mois et pouvant être acquitté par une prestation régulière d'entretien du jardin (tonte) et des locaux (nettoyage).

e. Par arrêt du 26 mars 2019, le Tribunal fédéral a rejeté le recours de Mme A_____ et confirmé le refus de l'office de surseoir aux enchères et d'annuler l'adjudication des parcelles à B_____ SA.

f. Les 29 mars et 2 avril 2019, l'office est intervenu sur lesdites parcelles. À cette dernière date, il a fait procéder au changement des cylindres du portail de jardin et des locaux, à l'exception de ceux de la salle de sport et du garage.

- 3) Par ordonnance du 16 avril 2019, le vice-président du TBL a ordonné à B_____ SA de restituer ledit logement à M. A_____.
- 4) Dans sa réponse du 13 mai 2019, B_____ SA a conclu, préalablement, à l'audition de Mme E_____ lors de l'audience du 20 mai 2019 et, principalement, à la révocation de l'ordonnance du 16 avril 2019 et à ce qu'il soit ordonné à M. A_____ de lui restituer l'ensemble des jeux de clés, sous la menace des peines de droit.
- 5) Par courrier du 15 mai 2019, la conseillère d'État chargée du département a, conformément aux art. 320 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0) et 2 du règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 24 février 1999, autorisé Mme E_____ à s'exprimer dans le cadre de la procédure C/1_____/19.
- 6) Lors de l'audience du 20 mai 2019 devant la vice-présidente du TBL, M. A_____ s'est opposé à l'audition de Mme E_____, indiquant que, si elle devait être entendue, lui-même aurait également des témoins à faire entendre. Le Tribunal, statuant sur le siège, a admis l'audition de Mme E_____ à titre de témoin et procédé à son audition, après remise du document attestant de la levée de son secret de fonction. À l'issue de cette audition, le conseil de M. A_____ a sollicité la suspension de l'audience et la reconvoction aux fins de faire entendre deux témoins. Le TBL a rejeté les actes d'instruction demandés, ordonné les plaidoiries et gardé la cause à juger.
- 7) Le 1^{er} juin 2019, le TBL a rejeté la requête sur mesures provisionnelles, révoqué l'ordonnance sur mesures superprovisionnelles et ordonné à M. A_____ « de restituer l'ensemble des jeux de clefs qui lui [avaient] été remis par B_____ SA en exécution de l'ordonnance du 16 avril 2019, respectivement de l'intégralité des clefs des locaux sis _____ chemin C_____ à Corsier, propriété de B_____ SA et, en tant que de besoin, de restituer à celle-ci les locaux dont elle est propriétaire libres de tout occupant ».

Dans la motivation de son ordonnance, le TBL s'est notamment fondé sur la déclaration de Mme E_____, selon laquelle « les locaux ne paraissaient pas habités lors de la visite effectuée sur place en avril 2019 vu leur insalubrité et

l'absence d'effets personnels et que, lors des différentes visites effectuées sur place, y compris avant la vente, elle n'a[vait] jamais rencontré M. A_____ à l'intérieur des locaux ».

- 8) Le 12 juin 2019, M. A_____ a fait appel de ladite ordonnance devant la chambre d'appel des baux et loyers de la Cour de justice, concluant à l'annulation de cette dernière. Il mentionnait que le TBL avait admis l'audition de Mme E_____ mais avait, « de manière tout à fait invraisemblable » refusé l'audition de deux témoins sollicitée par lui, ce qui ne lui avait pas permis d'apporter « la contre preuve aux dires de cette dernière », la décision violant ainsi le principe général de l'égalité des armes.

- 9) Par acte mis à la poste le 14 juin 2019, M. A_____ a interjeté recours contre ladite décision de levée du secret de fonction à la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), concluant à son annulation et à ce que le conseil d'État soit condamné en tous les frais et dépens, y compris une équitable indemnité de procédure.

Dans la mesure où la décision de levée du secret de fonction affectait directement la procédure dans laquelle M. A_____ était partie, il était directement touché par celle-ci et avait un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée. Il avait pris connaissance de ladite décision le jour de l'audience seulement et avait été privé de son droit de se déterminer sur celle-ci, notamment sur la régularité du processus ayant mené à la décision querellée. Sur le fond, l'administration avait vocation à exprimer son point de vue par le biais de décision et ne saurait intervenir dans le cadre de conflits opposant des privés ; son intervention était d'autant plus choquante qu'une procédure de plainte était actuellement pendante devant la chambre de surveillance, dans le cadre de laquelle le recourant critiquait précisément le comportement de l'office et qui portait sur un complexe de faits similaire. En l'espèce, l'intérêt au bon fonctionnement de l'État et au respect des institutions fondamentales visant la protection de la confidentialité était manifestement supérieur à l'intérêt privé d'B_____ SA, soit un intérêt purement patrimonial intervenant dans le cadre d'un conflit privé dans le domaine du bail à loyer. Partant, les art. 9A al. 1 de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 (LPAC - B 5 05) et 170 al. 3 du code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP - RS 312.0) avaient été violés.

- 10) Le 19 juillet 2019, B_____ SA a formulé une requête d'appel en cause devant la chambre administrative, faisant valoir qu'elle pourrait être touchée par la décision à rendre, respectivement par l'issue de la procédure, dans la mesure où elle avait requis et obtenu l'audition de Mme E_____ devant le TBL.

-
- 11) a. Par observations du 22 juillet 2019, la conseillère d'État chargée du département a conclu au rejet du recours. La décision de levée du secret de fonction remplissait les conditions des art. 9A LPAC et 26 al. 2 du règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 24 février 1999 (RPAC - B 5 05.01). Mme E_____ s'était rendue à deux reprises sur place pour procéder à la fermeture des entrées et au verrouillage des volets des fenêtres des immeubles sis sur les parcelles susvisées ; à cette occasion, elle avait rencontré M. A_____ et avait pu procéder à un certain nombre de constatations factuelles sur l'état d'occupation des immeubles notamment. Dans la mesure où le témoignage de la collaboratrice de l'office avait été requis par B_____ SA dans le but de présenter de manière neutre des éléments de fait qu'elle avait pu constater, il convenait de la délier de son secret de fonction « pour protéger l'intérêt de l'État à la bonne exécution des tâches d'exécution forcée qui lui sont dévolues de par la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (LP - RS 281.1), l'intérêt à la confidentialité du dossier individuel n'apparaissant pas prépondérant dans ce contexte ». Le recourant n'expliquait pas en quoi les faits qu'un fonctionnaire constatait dans l'exercice de ses fonctions seraient confidentiels, lorsque précisément ils faisaient l'objet d'une procédure en constatation de droit intentée par lui-même devant le TBL. La question d'un abus de droit de M. A_____ était posée.
- b. Le 30 juillet 2019, la conseillère d'État a conclu à ce qu'il soit fait droit à la demande d'appel en cause de B_____ SA.
- 12) Le 20 août 2019, M. A_____ a conclu à l'irrecevabilité de l'appel en cause. Sur le fond, l'autorité intimée ne produisait aucune pièce et, dès lors, « on ignorait » comment étaient intervenus les contacts entre B_____ SA et l'office. Lorsqu'elle s'était rendue sur place, Mme E_____ avait fait des constatations, alors que ce n'était pas sa mission. Les fonctionnaires appelés à rendre des décisions s'exprimaient traditionnellement à travers ces dernières. L'audition du témoin, rendue possible par la levée du secret de fonction « décidée sur la base d'un dossier incomplet et pour des motifs faux » apparaissait déplacée. Cette attitude était symptomatique des problèmes rencontrés dans la conduite de ce dossier, soit une proximité entre B_____ SA et l'office.
- 13) Par arrêt du 10 septembre 2019, la chambre administrative a ordonné l'appel en cause de B_____ SA.
- 14) Dans ses observations du 25 septembre 2019, l'B_____ SA a conclu, principalement, à l'irrecevabilité du recours et à la condamnation de M. A_____ aux frais judiciaires et aux dépens et, subsidiairement, à son rejet.

S'agissant de l'audition de Mme E_____, le recourant avait pu l'anticiper à plusieurs titres ; l'office s'était déterminé sur sa plainte, laquelle reposait sur le

même complexe de faits que celui soumis au TBL et les pièces produites démontraient qu'il avait été informé qu'B_____ SA sollicitait l'audition de ce témoin, mais également qu'elle lui avait demandé de requérir la levée de son secret de fonction. Lors de l'audience du 20 mai 2019, M. A_____ ne s'était pas opposé à la décision de levée du secret fonction ni n'avait contesté qu'B_____ SA disposait d'un intérêt manifeste à ce que ce témoin puisse déposer. Le recourant n'avait pas remis en cause la décision d'auditionner Mme E_____ mais uniquement celle d'avoir rejeté l'audition des témoins qu'il proposait d'entendre. En réalité « il [était] ignoré sur la base de quels motifs la demande de levée du secret de fonction » aurait dû être refusée par la conseillère d'État. Au vu de ces éléments, le comportement de M. A_____ était constitutif d'un abus de droit. Enfin, dans la mesure où il ne s'était jamais opposé à la levée du secret de fonction, respectivement avait admis celle-ci, le recourant ne disposait pas d'un intérêt pratique et actuel à recourir contre la décision querellée.

- 15) Par courrier du 2 octobre 2019, la conseillère d'État a indiqué ne pas avoir d'observations complémentaires à formuler.
- 16) Dans sa réplique, M. A_____ a persisté dans son argumentation et requis la tenue d'une audience répondant aux critères de l'art. 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101) « au vu de l'importance des faits contestés par l'B_____ SA ».
- 17) Par arrêt du 14 octobre 2019, la chambre d'appel des baux et loyers a annulé ladite ordonnance du TBL et lui a renvoyé la cause pour nouvelle décision dans le sens des considérants ; le grief tiré de la composition irrégulière du TBL « pour prononcer (en l'espèce rejeter) la mesure provisionnelle sollicitée [était] fondé, ce qui emport[ait] l'annulabilité de l'ordonnance ».
- 18) Par courrier du 17 octobre 2019, M. A_____ a informé la chambre administrative de cet arrêt, qui retenait que le TBL n'avait pas siégé dans une composition conforme aux réquisits légaux ; cet élément ne faisait que renforcer l'actualité de l'intérêt à son recours devant la chambre administrative.
- 19) Par courrier du 21 octobre 2019, B_____ SA s'est opposée à la demande d'audience formulée par M. A_____, le motif soulevé étant manifestement insuffisant, « étant relevé à cet égard qu'il n'allégu[ait] pas que la chambre de céans ne serait pas en mesure de trancher de manière équitable et raisonnable la présente cause sur la base du dossier dont elle dispos[ait] ».
- 20) Par courrier du 25 octobre 2019, la chambre administrative a informé les parties que la cause restait gardée à juger.

EN DROIT

- 1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable de ces points de vue (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). Seules les décisions du Conseil d'État et du Grand Conseil portant sur la levée du secret de fonction d'un de leurs membres ou anciens membres sont soustraites de par la loi à l'examen de la chambre de céans, en raison de leur caractère politique prépondérant (art. 132 al. 7 let. b LOJ), ce qui est conforme à l'art. 29a de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101 ; ATF 141 I 172, consid. 4.4.2).

- 2) Il convient toutefois de déterminer si le recourant a la qualité pour recourir.
 - a. Aux termes de l'art. 7 LPA, ont qualité de partie les personnes dont les droits ou les obligations pourraient être touchés par la décision à prendre, ainsi que les autres personnes, organisations ou autorités qui disposent d'un moyen de droit contre cette décision.

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

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

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

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

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

économique, idéale, matérielle ou autre que la décision attaquée lui occasionnerait. Il implique que cet intérêt soit direct et concret, le recourant devant se trouver, avec la décision entreprise, dans un rapport suffisamment étroit, spécial et digne d'être pris en considération. Il doit être touché dans une mesure et avec une intensité plus grande que l'ensemble des administrés. Le recours d'un particulier formé dans l'intérêt d'un tiers ou dans l'intérêt général est exclu. Cette exigence a été posée de manière à éviter l'action populaire (ATF 135 II 145 consid. 6.1 ; 133 II 468 consid. 1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_310/2009 du 17 mars 2010 consid. 1.4.1 ; ATA/57/2018 du 23 janvier 2018 consid. 3b ; ATA/211/2017 du 21 février 2017 consid. 3b). Un intérêt purement théorique à la solution d'un problème est de même insuffisant (ATA/57/2018 précité consid. 3b ; ATA/805/2013 du 10 décembre 2013 consid. 1c).

c. En l'espèce, si le recourant est partie à la procédure relative au bail à loyer, il n'est pas directement visé par la décision de levée du secret de fonction objet de la présente procédure. Il est dès lors douteux qu'il se trouve dans un rapport suffisamment étroit et spécial avec la décision querellée. De plus, il apparaît discutable que son intérêt soit digne d'être pris en considération ; en effet, une partie à une procédure ne saurait, de manière générale, s'opposer à la levée du secret de fonction d'un témoin et recourir contre une telle décision. En toute hypothèse, la question de l'intérêt direct et concret, donc la recevabilité du recours, peut rester ouverte, au vu de ce qui suit.

- 3) a. En vertu de l'art. 6 § 1, 1^{ère} phr., CEDH, toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le principe de la publicité de l'audience et du prononcé figure également à l'art. 30 al. 3 Cst., mais cette disposition, limitée aux procédures judiciaires mentionnées à l'art. 30 al. 1 Cst., n'impose pas des débats dans tous les cas. Cette protection ne va pas plus loin que celle qui découle de la CEDH (arrêt 1P.372/2001 du 2 août 2001 consid. 2a; ATF 126 I 228 consid. 2a/aa p. 230 et la doctrine citée).

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

financières (arrêts du Tribunal fédéral 2C_32/2016 et 2C_33/2016 du 24 novembre 2016 consid. 12.1 et 12.2).

b. Récemment la CourEDH a rappelé que l'art. 6 CEDH – en dehors des limitations expressément prévues par cette disposition – n'exige certes pas nécessairement la tenue d'une audience dans toutes les procédures. Cela est notamment le cas pour les affaires ne soulevant pas de question de crédibilité ou ne suscitant pas de controverse sur les faits qui auraient requis une audience, et pour lesquelles les tribunaux peuvent se prononcer de manière équitable et raisonnable sur la base des conclusions présentées par les parties et d'autres pièces. Partant, on ne saurait conclure, même dans l'hypothèse d'une juridiction investie de la plénitude de juridiction, que l'art. 6 CEDH implique toujours le droit à une audience publique, indépendamment de la nature des questions à trancher. D'autres considérations, dont le droit à un jugement dans un délai raisonnable et la nécessité en découlant d'un traitement rapide des affaires inscrites au rôle, entrent en ligne de compte pour déterminer si des débats publics sont nécessaires. La CourEDH a ainsi déjà considéré que des procédures consacrées exclusivement à des points de droit ou hautement techniques pouvaient remplir les conditions de l'art. 6 CEDH même en l'absence de débats publics (ACEDH Mutu Adrian et Pechstein Claudia contre Suisse du 2 octobre 2018, § 175 ss ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_136/2018 précité consid. 4.2 ; ACEDH du 18 septembre 2018 Pfurtscheller c. Suisse, n° 13568/17, § 26). De manière générale, il peut être fait abstraction d'une audience de débats publics lorsque le tribunal doit uniquement décider sur des questions de droit qui ne sont pas particulièrement complexes et qui ne soulèvent pas des questions de portée générale (MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM/VON RAUMER, EMRK Handkommentar, 4^{ème} éd. 2017, n. 172 ad art. 6 CEDH ; SJ 2019 I 365ss).

c. En l'espèce, l'objet du litige devant la chambre de céans porte sur une question de nature juridique, qui n'apparaît pas particulièrement complexe, dans une affaire ne soulevant pas de question de crédibilité ou ne suscitant pas de controverse sur les faits – la controverse sur les faits de nature civile liée à l'existence d'un bail à loyer n'étant pas de sa compétence. La cause ne requiert pas la tenue d'une audience et la chambre administrative peut se prononcer de manière équitable et raisonnable sur la base des conclusions présentées par les parties et les pièces. Il ne sera ainsi pas donné suite à la demande d'audience du recourant.

- 4) a. Le droit d'être entendu, garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. comprend en particulier le droit pour le justiciable de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, celui de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision, celui d'avoir accès au dossier, celui de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 135 I 279 consid. 2.3 ; arrêts du Tribunal fédéral 1C_388/2013 du 16 juin 2014 consid. 2.1 ; 1C_690/2013 du 4 février 2014 consid. 3.1 ;

ATA/390/2014 du 27 mai 2014 consid. 14a ; ATA/194/2014 du 1^{er} avril 2014 consid. 7).

La définition jurisprudentielle ci-dessus est parfois reformulée en parlant du droit du justiciable de s'exprimer avant qu'une décision ne soit prise qui le touche dans sa situation juridique (ATF 132 V 368 consid. 3.1 ; ATA/599/2014 du 29 juillet 2014 consid. 2a ; Andreas AUER/Giorgio MALINVERNI/Michel HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. II, 3^{ème} éd., 2013, n. 1335).

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

- 5) Le litige porte sur la légalité de la décision de levée de secret de fonction de la conseillère d'État du département autorisant la chargée de l'office à s'exprimer en tant que témoin dans le cadre de la procédure devant le TBL.
- 6) a. Selon l'art. 9A al. 1 LPAC, les membres du personnel de la fonction publique sont soumis au secret de fonction pour toutes les informations dont ils ont connaissance dans l'exercice de leurs fonctions dans la mesure où la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles du 5 octobre 2001 (LIPAD - A 2 08), ne leur permet pas de les communiquer à autrui.
- b. La violation du secret de fonction est sanctionnée par l'art. 320 CP, sans préjudice du prononcé de sanctions disciplinaires (al. 2).
- c. L'autorité supérieure habilitée à lever le secret de fonction au sens de l'art. 320 ch. 2 CP est le Conseil d'État, soit pour lui le conseiller d'État chargé du département dont dépend le membre du personnel concerné, pour les membres du personnel administratif, technique et manuel de l'administration cantonale (al. 5 let. a LPAC).
- d. En l'espèce, Mme E_____, fonctionnaire au sein de l'OP, est soumise à la LPAC et est astreinte au secret de fonction, selon l'art. 9A de cette loi. Ce secret a été levé par la conseillère d'État en charge du département dont cette fonctionnaire dépend, soit par l'autorité compétente.

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

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

On rappellera également que le détenteur du secret de fonction, qui a pour but premier de protéger le bon fonctionnement des institutions publiques (arrêt du Tribunal fédéral 6B_28/2012 du 11 décembre 2012 consid. 1.4.3 ; Alain MACALUSO/Laurent MOREILLON/Nicolas QUELOZ [éd.], Commentaire romand - Code pénal II, n. 5 ad art. 320 CP ; Michel DUPUIS et al., Petit commentaire - Code pénal, 2012, n. 1 ad art. 320 CP ; Bernard CORBOZ, Les principales infractions, vol. II, 2^{ème} éd., 2010, n. 3 ad art. 320 CP ; Andreas DONATSCH/Wolfgang WOHLERS, Strafrecht IV, 3^{ème} éd., 2004, p. 529 ; contra : Marcel A. NIGGLI/Hans WIPRÄCHTIGER [éd.], Basler Kommentar, Strafrecht II, 3^{ème} éd., 2013, n. 1 ad art. 320 CP), n'en est pas le maître (art. 170 al. 2 CPP ; art. 26 LPA).

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

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

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

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

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

* * * * *

PAR CES MOTIFS

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

rejette en tant qu'il est recevable le recours interjeté le 14 juin 2019 par Monsieur A_____ contre la décision du 15 mai 2019 de la conseillère d'État en charge du département des finances et des ressources humaines ;

met à la charge de Monsieur A_____ un émoulement de CHF 1'000.- ;

alloue une indemnité de CHF 1'000.- à l'B_____ SA, appelée en cause, à la charge de Monsieur A_____ ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communiqué le présent arrêt à Mes Romain Jordan et Thomas Barth, avocats du recourant, à la conseillère d'État en charge du département des finances et des ressources humaines, ainsi qu'à Me Peter Pirkl, avocat de l'B_____ SA.

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, M. Thélin, Mme Krauskopf,
M. Verniory, Mme Cuendet, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

la présidente siégeant :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :