Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
1D 15/2007

Arrêt du 13 décembre 2007
Ire Cour de droit public

Composition
MM. les Juges Féraud, Président, Aeschlimann et Reeb.
Greffier: M. Kurz.

Parties
X._____,
recourante, représentée par Me Nicolas Jeandin, avocat,

contre

Conseil supérieur de la magistrature de la République et canton de Genève, place du Bourg-de-Four 1, case postale 3108, 1211 Genève 3.

Objet
surveillance des magistrats,

recours constitutionnel contre la décision du Conseil supérieur de la magistrature du 18 juin 2007.

Faits:
A.
Le 2 janvier 2007, MeY._____ s'est adressée au Conseil supérieur de la Magistrature du canton de Genève (ci-après: CSM) pour se plaindre des propos qu'aurait tenus la juge X._____, membre du Tribunal tutélaire et de la Justice de Paix, et Présidente de la Commission cantonale de recours de police des étrangers (ci-après: CCRP). A l'occasion d'une audience de la commission du 14 novembre 2006, dans le cadre d'une procédure ayant pour objet le renvoi d'enfants en Algérie et alors que la mère, assistée par Me Y._____, évoquait ses problèmes de santé, la Présidente aurait déclaré: "cela ne nous intéresse pas; il vous restera toujours un deuxième oeil et votre mari; il y a d'autres personnes dans le monde qui sont aveugles". L'avocate se disait choquée de ces propos.
La Présidente s'est déterminée le 31 janvier 2007 en relevant que les propos qui lui étaient prêtés n'avaient pas été portés au procès-verbal, et n'avaient fait l'objet d'aucun incident en cours d'audience; elle expliquait avoir coupé court aux arguments selon lesquels la cliente de Me Y._____ souffrait d'un glaucome aigu l'empêchant de se rendre à l'étranger, et n'avait plus que ses enfants au monde. Ces affirmations, inexactes et sans pertinence, tendaient uniquement à émouvoir l'autorité de recours.
La Présidente a été entendue le 26 mars 2007 par une sous-commission du CSM, confirmant sa position. La sous-commission a aussi entendu, les 17 avril et 21 mai 2007, le secrétaire-juriste, la greffière et les deux juges assesseurs présents lors de l'audience de la CCRP. Les procès-verbaux de ces auditions ont été communiqués à la Présidente qui a présenté des observations, concluant notamment à la tenue d'une audience contradictoire avec Me Y._____, le secrétaire-juriste et la greffière.
B.
Par décision du 18 juin 2007, le CSM a prononcé un avertissement à l'encontre de la juge X._____. Les propos relatés par la dénonciatrice étaient corroborés par les témoins et admis en substance par l'intéressée. L'intervention de cette dernière était justifiée, et l'on pouvait comprendre son agacement devant la longue évocation de faits peu pertinents, mais les termes employés étaient forts, directs et durs, et de nature à blesser la justiciable. Cette décision a été notifiée à la dénonciatrice et à la Présidente.

C.
X._____ forme un recours constitutionnel subsidiaire par lequel elle demande l'annulation de la décision du CSM, la restitution de la décision notifiée à la dénonciatrice, le renvoi de la cause au CSM pour nouvelle décision dans une composition conforme à la loi et pour instruction contradictoire; subsidiairement, elle demande au Tribunal fédéral de constater que la communication in extenso de la décision à la dénonciatrice viole le droit à la protection des données. Elle requiert l'effet suspensif, qui a été accordé par ordonnance du 20 septembre 2007. Elle demande également que l'arrêt du Tribunal fédéral ne soit pas publié sur Internet.
Le CSM conclut au rejet du recours. Il conteste notamment avoir siégé dans une composition irrégulière.

Considérant en droit:
1.
Selon l'art. 113 LTF, le recours constitutionnel subsidiaire au Tribunal fédéral n'est ouvert que si un recours ordinaire est exclu.
1.1 En vertu de l'art. 82 let. a LTF, le recours en matière de droit public est recevable contre les décisions rendues en matière de droit public. 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 108 Ia 230 consid. 2b p. 232, 316 consid. 5b p. 321).
1.2 Toutefois, selon la liste des exceptions figurant à l'art. 83 LTF, le recours n'est pas possible en matière de rapports de travail de droit public qui concernent une contestation non pécuniaire (let. g). La recourante estime que les magistrats de l'ordre judiciaire genevois sont soumis à un rapport de travail de droit public "au sens large". L'exception prévue à l'art. 83 let. g LTF s'applique en effet de manière générale à tous les rapports de travail qui ne sont pas soumis au droit privé (cf. Seiler/von Werdt/Güngerich, Bundesgerichtsgesetz, Berne 2007, n°56 ad art. 83 LTF, p. 326). En dépit de l'indépendance dont doit bénéficier le magistrat dans l'exercice de sa fonction, il n'en demeure pas moins engagé et rétribué par l'Etat, et soumis, comme l'illustre le présent cas, à un pouvoir disciplinaire. Il s'agit d'éléments typiques d'un rapport de travail fondé sur le droit public (Seiler/von Werdt/Güngerich, loc. cit.).
1.3 Par ailleurs, la décision attaquée, soit un simple avertissement, n'a pas d'incidence directe sur le traitement de la recourante, au contraire des autres sanctions et mesures prévues à l'art. 6 de la loi genevoise instituant un conseil supérieur de la magistrature (LSCM). L'exception prévue à l'art. 83 let. g LTF s'applique donc, et le recours constitutionnel subsidiaire est par conséquent ouvert. En tant que partie à la procédure cantonale, disposant de surcroît d'un intérêt juridique à l'annulation de la sanction disciplinaire prise à son encontre, la recourante a qualité pour agir au sens de l'art. 115 LTF.
1.4 Le recours est formé dans le délai mentionné à l'art. 100 al. 1 LTF. Il est dirigé contre une décision rendue en dernière instance cantonale (art. 113 LTF): l'art. 8 al. 2 LCSM précise que les décisions du CSM sont définitives.
2.
La recourante reproche au CSM d'avoir statué dans une composition irrégulière. Selon l'art. 3 al. 5 LCSM, le président de la juridiction du magistrat mis en cause siège au conseil avec voix consultative, même lorsqu'il est par ailleurs membre du conseil. En l'occurrence, la recourante a été sanctionnée pour des faits survenus lors d'une audience de la CCRP. Or, ce n'est pas la présidente de cette commission qui a été appelée à siéger, mais la Présidente du Tribunal tutélaire et de la Justice de Paix; celle-ci n'était pas à même de renseigner l'autorité sur les spécificités des procédures devant la CCRP. Ce vice formel justifierait à lui seul l'annulation de la décision attaquée, en vertu des art. 30 Cst. et 14 par. 2 Pacte ONU II.
2.1 A teneur des art. 30 al. 1 Cst. et 14 par. 1 Pacte ONU II, toute personne dont la cause doit être jugée dans une procédure judiciaire a droit à ce que sa cause soit portée devant un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi. Ces dispositions, qui garantissent le respect des règles légales de compétence (ATF 122 I 18 consid. 2b/bb p. 24 et les arrêts cités), confèrent au justiciable le droit de voir les litiges auxquels il est partie soumis à un tribunal régulièrement constitué d'après la constitution, la loi ou les règlements en vigueur (ATF 100 Ib 137 consid. II/1 p. 148; 91 I 399 consid. b p. 401 et les références citées). Elle n'impose toutefois pas aux cantons une organisation judiciaire particulière ni une procédure déterminée (ATF 123 I 49 consid. 2b p. 51; 122 I 18 consid. 2b/bb p. 24; 105 Ia 172 consid. 3a p. 174/175; 100 Ib 137 consid. II/1 p. 148).
Ainsi, lorsque, comme en l'espèce, ces dispositions sont invoquées uniquement pour contester l'interprétation

ou l'application des prescriptions cantonales sur la composition des tribunaux, ce grief se confond avec celui tiré de l'interdiction de l'arbitraire (ATF 110 Ia 106 consid. 1 p. 107; 105 Ia 172 consid. 3a p. 174/175; 98 Ia 356 consid. 2 p. 359; 91 I 399 consid. 1b p. 401). Selon la jurisprudence, une décision est arbitraire lorsqu'elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou encore heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. Il ne suffit pas que sa motivation soit insoutenable; encore faut-il que la décision apparaisse arbitraire dans son résultat. A cet égard, le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue que si celle-ci apparaît insoutenable, en contradiction manifeste avec la situation effective, adoptée sans motif objectif et en violation d'un droit certain. Il n'y a pas arbitraire du seul fait qu'une autre solution paraît également concevable, voire même préférable (ATF 133 I 149 consid. 3.1 p. 153 et les arrêts cités).
2.2 L'art. 3 al. 5 LCSM prévoit la participation du président de la juridiction à laquelle appartient le magistrat mis en cause. En l'occurrence, c'est la Présidente du Tribunal tutélaire - dont la recourante est membre - qui a participé, à ce titre, à la délibération du CSM. La recourante estime en définitive que la participation de la Présidente de la CCRP aurait été préférable, mais cela ne suffit pas pour reconnaître un cas d'arbitraire. Au demeurant, la Présidente de la CCRP était certes plus à même de renseigner sur les problèmes généraux rencontrés au sein de cette juridiction, mais pas sur le déroulement d'une audience en particulier. En outre, la Présidente du Tribunal tutélaire pouvait tout aussi bien renseigner l'autorité intimée, le cas échéant, sur la personnalité du magistrat mis en cause. La composition du CSM est donc conforme tant à la lettre qu'au but de la loi, ce qui entraîne le rejet de ce premier grief.
3.
La recourante invoque l'art. 42 al. 1 de la loi genevoise sur la procédure administrative (LPA), applicable selon elle par renvoi de l'art. 5 al. 5 LCSM. Cette disposition lui conférerait un droit de participer aux auditions de témoins, allant plus loin que le droit d'être entendu garanti à l'art. 29 al. 2 Cst. Les exceptions prévues pour la sauvegarde d'intérêts publics ou privés (art. 42 al. 5 LPA) seraient inapplicables, de sorte que l'autorité intimée aurait arbitrairement appliqué cette disposition de droit cantonal. La violation serait d'autant plus grave qu'aucun recours ne permet de revoir librement les faits.
3.1 La portée du droit d'être entendu et les modalités de sa mise en oeuvre sont tout d'abord déterminées par la législation cantonale, dont le Tribunal fédéral ne revoit l'application que sous l'angle de l'arbitraire. Il examine en revanche librement si les garanties minimales consacrées par le droit constitutionnel fédéral ont été respectées (ATF 126 I 15 consid. 2a p. 16; 125 I 257 consid. 3a p. 259; 124 I 241 consid. 2 p. 242/243 et les arrêts cités).
3.2 Il est vrai que l'art. 5 al. 5 LCSM renvoie de manière générale à la LPA "dans la mesure où la présente loi n'y déroge pas". Toutefois, le droit d'être entendu devant le CSM fait l'objet d'une disposition spéciale, soit l'art. 5 al. 4 LCSM. Selon cette disposition, le CSM ne peut statuer sans avoir entendu ou dûment appelé le magistrat mis en cause et le plaignant. Ces derniers peuvent se faire assister d'un avocat. Le CSM pouvait dès lors, sans arbitraire, considérer que le droit d'être entendu était réglé de manière spécifique dans la loi, par un simple rappel des principes généraux (cf. arrêt 2P.102/2002 du 4 novembre 2002), et que les prérogatives supplémentaires découlant de la LPA n'étaient donc pas applicables. Il n'y a pas, par conséquent, d'application arbitraire de la LPA.
3.3 La recourante soutient ensuite que l'absence de confrontation violerait le principe d'égalité des armes et d'équité découlant des art. 29 al. 1, 30 al. 1 Cst. et 14 par. 1 du Pacte ONU II. Elle tente de démontrer que cette dernière disposition serait applicable à la procédure devant le CSM, compte tenu de son champ d'application, plus étendu que celui de l'art. 6 CEDH, et de la nature judiciaire de l'autorité intimée.
Avec raison, la recourante renonce à se prévaloir de l'art. 6 CEDH: cette disposition n'est pas applicable à une procédure de type disciplinaire dirigée contre un magistrat, soit une personne investie de la puissance publique (CourEDH, 8 février 2001, G. Pitkevich c. Fédération de Russie, requête n°47936/99; CourEDH, 1er juillet 2003, K. Dziautas c. Lituanie, requête n°59330/00). Toutefois, contrairement à ce qu'elle soutient, le champ d'application du Pacte ONU II sur ce point n'est pas plus étendu. La jurisprudence à laquelle elle se réfère porte sur la révocation injustifiée d'un juge, contraire aux art. 25 (droit d'accès à la fonction publique) et 14 du Pacte ONU II, en tant que l'indépendance du pouvoir judiciaire n'était plus garantie (Comité des droits de l'homme, communication n°814/1998 Pastukhov c. Bélarus). Quoi qu'il en soit, l'absence de la recourante lors des auditions de témoins ne saurait constituer une violation du principe d'égalité des armes, dans la mesure où la dénonciatrice n'a pas eu de traitement plus favorable. Au demeurant, sous l'angle du droit à un procès

équitable, les mesures prises par le CSM pour assurer le respect du droit d'être entendu apparaissent suffisantes (ci-dessous consid. 3.4).
3.4 La recourante se prévaut également de son droit d'être entendue garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., tant en raison de son absence lors des dépositions de témoins que du refus ultérieur de procéder à une audience contradictoire.
3.4.1 Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé de prendre connaissance du dossier, de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influer sur la décision à rendre (ATF 129 II 497 consid. 2.2, p. 504 s.; 127 III 576 consid. 2c p. 578). Lorsqu'il contrôle l'application du droit d'être entendu sous l'angle de l'art. 29 al. 2 Cst., le Tribunal fédéral en détermine le contenu et la portée en fonction de la situation concrète et des intérêts en présence (ATF 123 I 63 consid. 2d p. 68; 111 Ia 273 consid. 2b p. 274). Selon la nature de l'affaire, le contenu et l'étendue du droit d'être entendu peuvent varier. Il n'implique en général pas le droit de s'exprimer oralement (ATF 125 I 209 consid. 9b p. 219 et les références), ni celui d'obtenir l'audition de témoins (ATF 130 II 425 consid. 2.1 p. 428/429). Quant au droit à la preuve, il n'empêche pas le juge de refuser une mesure probatoire par une appréciation anticipée, si celle-ci fait apparaître la preuve litigieuse comme impropre à modifier le résultat des preuves déjà administrées (ATF 129 III 18 consid. 2.6; 127 III 519 consid. 2a; 122 III 219 consid. 3c; 114 II 289 consid. 2a; 109 II 26 consid. 3b; 87 II 218 consid. 2 p. 232 et les arrêts cités).
3.4.2 Si elle n'a pas assisté personnellement aux auditions de témoins, la recourante a reçu copie des procès-verbaux d'auditions. Un délai lui a été accordé pour déposer ses observations éventuelles. A cette occasion, la recourante s'est encore largement exprimée sur les témoignages recueillis; elle a conclu, à titre subsidiaire à la tenue d'une audience contradictoire, sans toutefois préciser quelles questions elle entendait poser elle-même aux témoins. Pour sa part, le CSM a estimé que tous les témoignages recueillis confirmaient les propos imputés à la recourante. Celle-ci en admettait elle-même la substance. Les répliques que le CSM attribue à la recourante ressortent effectivement des différentes pièces du dossier, soit de sa prise de position du 31 janvier 2007, du procès-verbal d'audition du 26 mars 2007 et des observations faites le 22 novembre 2006 sur une demande de récusation formée dans le même contexte par Me Y._____, cette pièce ayant été versée au dossier. Dans ces conditions, le CSM pouvait sans arbitraire estimer que la cause était suffisamment instruite sur la question, déterminante, de savoir quels propos pouvaient être considérés comme ayant été tenus à l'audience. Il pouvait donc, sans violer le droit
d'être entendue de la recourante, rejeter son offre de preuves.
4.
La recourante se plaint enfin d'une violation du droit à la protection des données (art. 13 Cst. et 8 CEDH). Elle estime que la communication in extenso de la décision attaquée à la dénonciatrice, porterait une atteinte disproportionnée à sa sphère privée. Fondée sur l'art. 8 al. 3 LCSM - dont la recourante conteste la constitutionnalité -, une telle communication ne reposerait pas sur un intérêt public suffisant, dans la mesure où la dénonciatrice n'est pas partie à la procédure; la communication de la mesure suffirait, sans les détails figurant dans la motivation de la décision. Il y aurait lieu de récupérer la décision notifié à la dénonciatrice, subsidiairement de constater la violation du droit à la protection des données.
4.1 Dans la mesure où la notification à la dénonciatrice et expressément prévue à l'art. 8 al. 3 LCSM, il appartenait à la recourante (qui, en tant que magistrate, pouvait difficilement l'ignorer) d'intervenir auprès de l'autorité requérante pour s'y opposer en temps utile, ce qui aurait permis à l'autorité de statuer de manière formelle sur ce point. A défaut, la question de la constitutionnalité de la notification n'a pas pu être discutée en instance cantonale; le moyen, nouveau, est irrecevable.
4.2 Au demeurant, le grief n'apparaît pas suffisamment motivé au regard des exigences de l'art. 106 al. 2 LTF. Selon cette disposition, le Tribunal fédéral n'examine les griefs de nature constitutionnelle que s'ils ont été expressément soulevés et exposés de façon claire et détaillée dans le mémoire de recours, conformément à la pratique qui prévalait précédemment en matière de recours de droit public (cf. ATF 133 IV 286 consid. 1.4; 130 I 26 consid. 2.1 p. 31; Message LTF, FF 2001 p. 4142).
En l'occurrence, la recourante se contente d'affirmer qu'il n'existerait pas d'intérêt prépondérant à ce que la décision soit notifiée in extenso à la dénonciatrice, et qu'il en résulterait une atteinte disproportionnée à sa répu-

tation professionnelle. La recourante admet toutefois que la sanction puisse être communiquée au dénonciateur, mais sans les motifs qui comprennent de nombreux détails sur le comportement qui lui serait reproché. Or, si elle dispose d'un intérêt suffisant pour se voir communiquer l'issue de la procédure, la dénonciatrice n'en connaît pas moins l'intégralité des faits sur lesquels se fonde la décision attaquée. On ne voit pas, dès lors, l'intérêt d'une notification partielle. Au demeurant, la recourante omet d'indiquer précisément quels renseignements figureraient dans la décision attaquée et seraient susceptibles de porte atteinte à sa réputation. Les extraits qu'elle cite sont plutôt de nature à relativiser les reproches qui lui étaient adressés. Faute d'une motivation suffisante sur l'atteinte à la sphère privée, le grief est irrecevable.
4.3 La recourante demande encore que l'arrêt du Tribunal fédéral ne soit pas mis à disposition sur Internet. Selon l'art. 59 al. 1 let. b du règlement du Tribunal fédéral du 20 novembre 2006 (RS 173.110.131; RTF), sont publiés sur Internet tous les arrêts finaux et partiels, ainsi que les décisions préjudicielles et incidentes déterminées par le Président de la cour. Cette réglementation concrétise le principe de transparence, dont la signification est importante (cf. arrêt 133 I 106 consid. 8.3 p. 108; arrêt 1A.228/2003 du 10 mars 2004, consid. 4.3). Le Président de la cour doit certes prendre les mesures appropriées pour la protection des intérêts de la recourante. Toutefois, la prise en compte de ces intérêt ne constitue pas, en soi, un motif pour renoncer à la règle de la publication (mêmes arrêts).
5.
Sur le vu de ce qui précède, le recours de droit constitutionnel est rejeté, dans la mesure où il est recevable. Conformément à l'art. 66 al. 1 LTF, les frais judiciaires sont mis à la charge de la recourante, qui succombe. Il n'est pas alloué de dépens.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
1.
Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.
2.
Les frais judiciaires, arrêtés à 2000 fr., sont mis à la charge de la recourante.
3.
Le présent arrêt est communiqué au mandataire de la recourante et au Conseil supérieur de la magistrature de la République et canton de Genève.
Lausanne, le 13 décembre 2007
Au nom de la Ire Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse
Le Président: Le Greffier:

Féraud Kurz