

Le secret de fonction dans la mensuration officielle

Brève expertise destinée à l'Office fédéral de topographie
(Direction fédérale des mensurations cadastrales)

Table des matières:

1. Questions posées et limites fixées	1
2. Principes régissant le secret de fonction	1
2.1 Base de droit fédéral: la définition du secret de fonction dans le code pénal (art. 320 CP)	1
2.2 Description par le droit d'organisation et la législation spécialisée.....	3
2.3 Importance au niveau du droit de la procédure.....	3
2.4 Rupture en vertu de droits et de devoirs de communication particuliers	4
3. Secret de fonction dans le domaine de la mensuration officielle	5
3.1 Devoir de discrétion stipulé dans le droit fédéral: secret professionnel mais pas secret de fonction.....	5
3.2 Absence de précédent dans la doctrine et la jurisprudence.....	6
3.3 Secret de fonction pour les employés du service public	7
3.4 Secret de fonction sur la base d'une règle particulière	8
3.5 Secret de fonction sur la base d'une obligation contractuelle	8
3.6 Autorité compétente pour le consentement	8
4. Contrôle de la soumission au secret de fonction	9

Berne, le 20 avril 2015

kettiger.ch

law solutions
Advokatur
Beratung
Projektbegleitung

N:\2-vd\2-AmtlicheVermessung\25-Geometerpatent\2501-Rechtsgrundlagen\2501-01-Verordnung\2501-01-03-Umsetzung\swisstopo_Amtsgeheimnis_150420_FR.DOC

Daniel Kettiger
Rechtsanwalt, Mag.rer.publ.
p.Adr. PuMaConsult GmbH
Birkenweg 61
CH-3013 Bern

Fon: +41 31 335 68 67
Mail: info@kettiger.ch
Web: www.kettiger.ch

1. Questions posées et limites fixées

Les développements suivants visent à répondre à une double interrogation: les personnes actives dans la mensuration officielle sont-elles soumises au secret de fonction et si oui, dans quelles circonstances le sont-elles? L'analyse conduite doit déboucher sur une procédure permettant aux spécialistes de la mensuration officielle de répondre successivement à ces deux questions dans tous les cas de figure susceptibles de se présenter.

L'étude réalisée porte sur le secret de fonction compris au sens strict, si bien qu'elle se limite au devoir de discrétion auquel des personnes sont astreintes du fait des activités officielles qu'elles exercent. Les droits en lien avec la protection des données en sont exclus. Il est donc parfaitement envisageable et même probable que certaines personnes actives dans la mensuration officielle ne soient pas soumises au secret de fonction, alors qu'elles sont tenues de respecter les dispositions applicables à la protection des données. Il en va de même pour le secret professionnel.

2. Principes régissant le secret de fonction

2.1 Base de droit fédéral: la définition du secret de fonction dans le code pénal (art. 320 CP)

Il convient généralement, pour répondre à des questions juridiques ayant trait au secret de fonction, de prendre appui sur la protection pénale de ce secret, laquelle est régie comme suit à l'article 320 CP¹:

1. 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, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

La révélation demeure punissable alors même que la charge ou l'emploi a pris fin

2. La révélation ne sera pas punissable si elle a été faite avec le consentement écrit de l'autorité supérieure.

Le secret de fonction tient un double rôle: il protège d'une part la sphère privée des citoyennes et des citoyens et garantit d'autre part le bon fonctionnement de l'administration publique ou la prise en charge de tâches qui incombent à l'Etat² par la protection qu'il accorde.

En conséquence, les «membres des autorités» et les «fonctionnaires» sont tous soumis au secret de fonction pour l'ensemble des faits qui leur ont été révélés sous le sceau de la confidentialité ou dont ils ont eu connaissance en raison de la charge qu'ils exercent. En revanche, les informations effectivement recueillies par les membres des autorités et les fonctionnaires dans le cadre privé ou susceptibles d'avoir pu l'être dans ce cadre ne sont pas soumises au secret de fonction³.

Pour ce qui concerne la notion de fonctionnaire (et indirectement celle de membre d'une autorité⁴), l'article 320 CP se fonde sur la définition légale figurant à l'article 110 CP:

Par fonctionnaires, on entend les fonctionnaires et les employés d'une administration publique et de la justice ainsi que les personnes qui occupent une fonction publique à titre provisoire, ou qui sont employés à titre provisoire par une administration publique ou la justice ou encore qui exercent une fonction publique temporaire.

¹ Code pénal suisse (CP) du 21 décembre 1937, RS 311.0.

² Cf. NIKLAUS OBERHOLZER, BSK StGB, 3. Aufl., art. 320, Cm 4 s.; STEFAN TRECHSEL/HANS VEST, dans: Stefan Trechsel/Mark Pieth, Praxiskommentar StGB, 2. Aufl., art. 320, Cm 1.

³ Cf. NIKLAUS OBERHOLZER, BSK StGB, 3. Aufl., art. 320, Cm 9.

⁴ La loi renonce à une définition légale de la notion de membre d'une autorité, cf. NIKLAUS OBERHOLZER, BSK StGB, 3. Aufl., art. 110 al. 3, Cm 7.

Le critère décisif pour répondre à la qualification de fonctionnaire au sens entendu par le code pénal n'est pas la nature juridique du lien existant entre la personne concernée et les pouvoirs publics, mais uniquement le fait qu'elle assume certaines fonctions au service de la collectivité, au niveau fédéral, cantonal ou communal⁵. Ainsi comprise, la notion de fonctionnaire englobe la totalité des fonctionnaires et des employés de la Confédération, des cantons et des communes, indépendamment de leur statut (rapport de service de droit public ou relation de travail de droit privé) et de l'ampleur de leur tâche officielle (occupation principale ou annexe)⁶. Est également considéré comme fonctionnaire au sens de l'article 110 alinéa 3 CP (et donc de l'article 320 CP), quiconque exerce une fonction officielle à titre temporaire⁷. En raison du *caractère purement fonctionnel de la notion de fonctionnaire*, celle-ci peut aussi englober les personnes qui exercent des fonctions officielles pour le compte d'une collectivité publique sans être liées à elle par un rapport de service⁸; il peut s'agir d'une simple relation contractuelle⁹.

Le *consentement écrit* à faire une déposition donné par l'autorité supérieure compétente constitue un motif recevable de levée du secret (art. 14 CP)¹⁰. La désignation du service de l'administration publique ou de l'autorité devant assumer le rôle d'autorité supérieure donnant ce consentement (art. 320 chif. 2 CP) ainsi que les modalités de la procédure administrative interne d'habilitation à la déposition sont définies dans les dispositions de droit administratif applicables à la collectivité concernée¹¹. Le consentement accordé par la tierce personne concernée par le secret de fonction n'est pas suffisant en lui-même et ne constitue pas une habilitation à déposer; il convient cependant de vérifier, en présence d'un tel consentement, si un intérêt public à maintenir le secret subsiste encore, indépendamment de la disparition des intérêts privés visant à sa conservation¹².

Le consentement donné par l'autorité supérieure ne constitue pas le seul motif recevable de levée du secret de fonction. Dans la doctrine et dans la jurisprudence, on trouve notamment les cas de figure suivants, importants en pratique, dans lesquels le secret de fonction peut être rompu en toute légalité:

- *Droits et devoirs de communication*: il est renvoyé ici au paragraphe 2.4.
- *Sauvegarde d'intérêts légitimes*: il est possible, dans certains cas particuliers, de rompre le secret de fonction en invoquant la sauvegarde d'intérêts légitimes. Le Tribunal fédéral exige toutefois, s'il est recouru à ce motif, que le moyen employé soit en rapport avec le but poursuivi (au vu de la gravité des conséquences provoquées par la violation du secret pour l'administration publique et les tiers)¹³. C'est la raison pour laquelle il est interdit à un fonctionnaire «de révéler au public des informations couvertes par le secret de fonction tant qu'il n'a pas essayé, par tous les moyens légaux à sa disposition, notamment

⁵ Cf. NIKLAUS OBERHOLZER, BSK StGB, 3. Aufl., art. 110 al. 3, Cm 7; STEFAN TRECHSEL/HANS VEST, dans: Stefan Trechsel/Mark Pieth, Praxiskommentar StGB, 2. Aufl., al. 110, Cm 12.

⁶ Cf. NIKLAUS OBERHOLZER, BSK StGB, 3. Aufl., art. 110 al. 3, Cm 12.

⁷ Cf. NIKLAUS OBERHOLZER, BSK StGB, 3. Aufl., art. 110 al. 3, Cm 12.

⁸ Cf. NIKLAUS OBERHOLZER, BSK StGB, 3. Aufl., art. 110 al. 3, Cm 12, avec renvoi vers l'ATF 121 IV 216.

⁹ Cf. NIKLAUS OBERHOLZER, BSK StGB, 3. Aufl., art. 320, Cm 6.

¹⁰ Cf. NIKLAUS OBERHOLZER, BSK StGB, 3. Aufl., art. 320, Cm 12; GÜNTER STRATENWERTH/WOLFGANG WOHLERS, Handkommentar StGB, 3. Aufl., art. 320, Cm 4.

¹¹ Cf. NIKLAUS OBERHOLZER, BSK StGB, 3. Aufl., art. 320, Cm 15.; STEFAN TRECHSEL/HANS VEST, dans: Stefan Trechsel/Mark Pieth, Praxiskommentar StGB, 2. Aufl., art. 320, Cm 12.

¹² Cf. NIKLAUS OBERHOLZER, BSK StGB, 3. Aufl., art. 320, Cm 13.; STEFAN TRECHSEL/HANS VEST, dans: Stefan Trechsel/Mark Pieth, Praxiskommentar StGB, 2. Aufl., art. 320, Cm 13.

¹³ Cf. NIKLAUS OBERHOLZER, BSK StGB, 3. Aufl., art. 320, Cm 17.

ceux auxquels son emploi lui donne accès, de lutter contre les manquements aux obligations de services ou d'autres anomalies dont il a eu connaissance de par sa position¹⁴.»

2.2 Description par le droit d'organisation et la législation spécialisée

Il existe un intérêt public au maintien du secret si sa violation (c.-à-d. la révélation de faits qui ne devraient pas l'être) est de nature à perturber le bon déroulement des activités administratives. Bien souvent, un intérêt digne de protection au maintien du secret résulte directement ou indirectement des législations d'organisation ou spécialisée de la collectivité concernée¹⁵. Le droit fédéral et le droit cantonal contiennent une série de dispositions qui établissent formellement le devoir de discrétion associé à certaines fonctions publiques, à certains domaines d'activité, à certains documents ou à certaines autorités. Ces secrets formels permettent de conclure en toute régularité à la présence d'un secret de fonction au sens entendu par l'article 320 CP; il convient cependant de vérifier dans chaque cas si les faits à ne pas révéler satisfont aux exigences propres à la notion matérielle de maintien du secret¹⁶.

2.3 Importance au niveau du droit de la procédure

Le secret de fonction revêt notamment de l'importance à ce niveau, parce que les personnes qui y sont soumises ne peuvent témoigner dans le cadre de procédures en rapport avec des faits dont elles ont eu connaissance dans l'exercice de leurs fonctions que si certaines conditions spécifiques sont remplies:

- *Procédure pénale*: les fonctionnaires au sens de l'article 110 alinéa 3 CP et les membres des autorités doivent normalement refuser de témoigner devant les autorités de poursuite pénale et les tribunaux au sujet des secrets qui leur ont été confiés en leur qualité officielle ou dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leur fonction ou de leur charge (art. 170 al. 1 CPP¹⁷). Ils doivent cependant témoigner si l'autorité à laquelle ils sont soumis les y a habilités (art. 170 al. 2 CPP). Cette dernière doit permettre à la personne concernée de témoigner si l'intérêt à la manifestation de la vérité l'emporte sur l'intérêt au maintien du secret (art. 170 al. 3 CPP). L'autorité dispose d'une marge relativement importante pour soupeser ces intérêts et prendre sa décision; les autorités pénales ne disposent quant à elles d'aucun recours si l'autorisation de témoigner est refusée¹⁸.
- *Procédure civile*: l'article 166 alinéa 1 lettre c CPC¹⁹ stipule que tout tiers²⁰ peut refuser de collaborer à la procédure civile visant à établir des faits qui lui ont été confiés en sa qualité officielle de fonctionnaire au sens de l'article 110 alinéa 3 CP ou de membre d'une autorité ou dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions. Il se doit toutefois de collaborer s'il est soumis à une obligation de dénoncer ou si l'autorité dont il relève l'y a habilité. La protection du secret de fonction ne va pas aussi loin pour les parties prenantes à la procédure: le secret de fonction au sens de l'article 320 CP est uniquement considéré comme un autre secret protégé par la loi²¹ et la partie concernée doit

¹⁴ ATF 94 IV 65, p. 67 (*uniquement disponible en allemand, version française non officielle*); cf. aussi NIKLAUS OBERHOLZER, BSK StGB, 3. Aufl. art. 320, Cm 17.

¹⁵ Cf. STEFAN TRECHSEL/HANS VEST, dans: Stefan Trechsel/Mark Pieth, Praxiskommentar StGB, 2. Aufl., art. 320, Cm 5.

¹⁶ Cf. STEFAN TRECHSEL/HANS VEST, dans: Stefan Trechsel/Mark Pieth, Praxiskommentar StGB, 2. Aufl., art. 320, Cm 5.

¹⁷ Code de procédure pénale suisse (code de procédure pénale, CPP) du 5 octobre 2007, RS 312.0 (en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2011).

¹⁸ Cf. NIKLAUS OBERHOLZER, BSK StGB, 3. Aufl., art. 320, Cm 15, avec renvoi vers l'ATF 123 II 371, p. 376.

¹⁹ Code de procédure civile suisse (code de procédure civile, CPC) du 19 décembre 2008, RS 272 (en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2011).

²⁰ Par tiers on entend toute personne qui n'est pas partie prenante à la procédure civile.

²¹ Cf. ERNST F. SCHMID, BSK ZPO, 2. Aufl., art. 163, Cm 8c.

témoigner en qualité de dépositaire d'un secret de fonction sauf si elle rend vraisemblable le fait que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité (art. 163 al. 2 CPC).

De nombreux codes de procédure administrative cantonaux renvoyant directement au CPC pour la procédure d'administration des preuves²², il est fréquent que le secret de fonction et la qualité de fonctionnaire au sens entendu par l'article 110 alinéa 3 CP revêtent également de l'importance au niveau des procédures administratives et de justice administrative. Certaines lois cantonales sur la procédure et la juridiction administratives contiennent par ailleurs des règles particulières régissant les cas de figure où le refus de témoigner est admis en invoquant le secret de fonction et qui se fondent sur la notion de fonctionnaire²³.

Une distinction est à établir entre le fait d'être *interrogé en tant que témoin* et celui d'être consulté en qualité d'expert (art. 182 ss. CPP; art. 183 ss. CPC) ou d'avoir à fournir des rapports et des renseignements (art. 195 al. 1 CPP; art. 190 al. 1 CPC): contrairement aux témoins dont la déposition porte sur des faits dont ils ont eux-mêmes eu connaissance, les *experts* sont avant tout consultés pour leurs compétences dans le domaine de spécialité concerné; en outre, les constatations qu'ils font sont postérieures à leur désignation dans le cadre d'un mandat concret et ils ne rendent pas compte des faits dont ils auraient eux-mêmes pu avoir connaissance, de façon accidentelle en règle générale²⁴. Lorsqu'il est fait appel à des fonctionnaires au sens de l'article 110 alinéa 3 CP en qualité d'experts, ils doivent cependant respecter le secret de fonction auquel ils sont tenus en vertu de l'article 320 CP. Ils sont par ailleurs soumis à ce même secret de fonction pour tous les faits portés à leur connaissance lors de leur activité en qualité d'expert. Le fait qu'une autorité de poursuite pénale ou un tribunal réclame un *rapport officiel* ne dégage pas les personnes chargées de le rédiger (des membres d'un service officiel ou d'une autorité) de leurs obligations éventuelles en matière de maintien du secret, raison pour laquelle la fourniture de renseignements par écrit (sous la forme d'un rapport) peut ou doit être refusée le cas échéant en vertu du droit de ces personnes à refuser de témoigner (sur la base par exemple du secret de fonction)²⁵.

2.4 Rupture en vertu de droits et de devoirs de communication particuliers

De nombreuses règles de droit inscrites dans les législations fédérale et cantonale prévoient que les fonctionnaires au sens de l'article 110 alinéa 3 CP ou les autorités doivent (notification ou dénonciation obligatoire) ou peuvent (droit de le faire) communiquer certains événements dont ils ont connaissance dans l'exercice de leur fonction officielle à un autre interve-

²² A l'exemple du canton de Berne (article 19 alinéa 2 de la loi du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA), BSG 155.21) ou du canton de Zurich (§ 60 de la loi sur la procédure et la juridiction administratives (Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRG) du 24 mai 1959, LS 175.2).

²³ C'est par exemple le cas du canton de Lucerne (§ 78 alinéa 1 de la loi sur la procédure et la juridiction administratives (Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, VRG) du 3 juillet 1972, SRL 40): "Behördenmitglieder, Beamte, Geistliche, Anwälte, Urkundspersonen, nach Obligationenrecht zur Verschwiegenheit verpflichtete Revisoren, Ärzte, Zahnärzte, Apotheker, Hebammen und ihre Hilfspersonen sind als Zeugen von der Aussagepflicht befreit, soweit sie nach dem Personalgesetz, nach den Artikeln 320 und 321 des Schweizerischen Strafgesetzbuches oder nach andern Gesetzen durch ihr Amts- oder Berufsgeheimnis gebunden sind." (*Les membres des autorités, les fonctionnaires, les ecclésiastiques, les avocats, les officiers publics, les experts-comptables tenus au secret par le code des obligations, les médecins, les dentistes, les pharmaciens, les sages-femmes et leurs assistants sont libérés de toute obligation de déposer en qualité de témoin s'ils sont liés par le secret professionnel ou le secret de fonction en vertu de la loi sur le personnel, des articles 320 et 321 du code pénal suisse ou d'autres lois*).

²⁴ Cf. aussi ANDREAS DONATSCH, dans: Andreas Donatsch/Thomas Hansjakob/Viktor Lieber, Kommentar StPO, 2. Aufl., art. 182, Cm 6.

²⁵ Cf. ANDREAS DONATSCH, dans: Andreas Donatsch/Thomas Hansjakob/Viktor Lieber, Kommentar StPO, 2. Aufl., art. 195, Cm 10; PETER HAFNER, BSK ZPO, 2. Aufl., art. 190, Cm 7.

nant désigné (service officiel ou autorité). De tels droits et devoirs de communication constituent un motif recevable de levée du secret de fonction (art. 14 CP) et permettent au fonctionnaire concerné de s'en affranchir sans encourir de sanction et sans que le consentement d'une autorité supérieure soit requis²⁶.

On peut citer ici l'obligation générale de dénonciation incombant aux fonctionnaires. Selon l'article 302 alinéa 2 CPP, la Confédération et les cantons peuvent prévoir l'obligation, pour le personnel des administrations publiques et pour les membres des autorités, de communiquer aux autorités de poursuite pénale toute infraction dont ils peuvent avoir connaissance dans l'exercice de leur charge. La législation spécialisée de la Confédération contient bon nombre de telles obligations de dénoncer²⁷. Les cantons ont tous fait usage de cette prérogative dans le cadre de l'introduction du code de procédure pénale suisse, mais chacun l'a fait à sa manière: ainsi, si le canton de Berne a limité l'obligation de dénoncer aux crimes²⁸, le canton de Zoug l'a étendue à toutes les infractions à poursuivre d'office²⁹.

Dans le domaine de la mensuration officielle, on note également la présence d'obligations d'informer devant lesquelles tout secret de fonction éventuel s'efface en toute légalité:

- La Direction fédérale des mensurations cadastrales et l'autorité cantonale chargée de la surveillance de la mensuration officielle, de même que les autorités cantonales de poursuite pénale, informent sans délai la commission des géomètres de tout événement laissant soupçonner *une violation des obligations professionnelles* (art. 24 al. 1 OGéom³⁰).
- Les autorités de poursuite pénale informent la commission des géomètres de toute *condamnation entrée en force*, prononcée pour des actes *incompatibles avec l'exercice de la profession de géomètre* (art. 24 al. 2 OGéom).
- Le service du canton chargé de la surveillance de la mensuration officielle notifie à l'Office fédéral de topographie tout *dommage constaté sur les signes de démarcation de la frontière nationale ou toute mise en danger de ceux-ci* (art. 18 al. 2 OMN³¹).

3. Secret de fonction dans le domaine de la mensuration officielle

3.1 Devoir de discrétion stipulé dans le droit fédéral: secret professionnel mais pas secret de fonction

Un devoir de discrétion est stipulé dans le droit fédéral pour les personnes inscrites au registre des géomètres. Il est précisé à l'article 22 alinéa 1 lettre h OGéom que ces personnes sont tenues, dans le cadre de leurs obligations professionnelles, de garder le silence sur toutes les informations qui leur ont été confiées ou qu'elles ont pu recueillir en exerçant leur profession. Il incombe aux personnes inscrites au registre des géomètres de respecter cette obligation professionnelle, qu'elles exécutent des travaux de la mensuration officielle en qualité d'employés du secteur public ou non (art. 22 al. 2 OGéom, a contrario). Il s'agit d'un devoir de discrétion professionnelle spécifique et non d'une forme particulière de secret de fonction. Sa violation peut entraîner des sanctions disciplinaires (art. 25 s. OGéom). Le de-

²⁶ Cf. NIKLAUS OBERHOLZER, BSK StGB, 3. Aufl., art. 320, Cm 14.

²⁷ Cf. liste établie par NATHAN LANDSHUT/THOMAS BOSSHARD, dans: Andreas Donatsch/Thomas Hansjakob/Viktor Lieber, Kommentar StPO, 2. Aufl., art. 302, Cm 16.

²⁸ Article 48 alinéa 1 de la loi du 11 juin 2009 portant introduction du code de procédure civile, du code de procédure pénale et de la loi sur la procédure pénale applicable aux mineurs (LiCPM), BSG 271.1.

²⁹ § 93 de la loi sur l'organisation des procédures civile et pénale (Gesetz über die Organisation der Zivil- und Strafrechtspflege, Gerichtsorganisationsgesetz, GOG) du 26 août 2010, BGS 161.1.

³⁰ Ordonnance concernant les ingénieurs géomètres (ordonnance sur les géomètres, OGéom) du 21 mai 2008, RS 211.432.261.

³¹ Ordonnance sur la mensuration nationale (OMN) du 21 mai 2008, RS 510.626.

voir de discrétion professionnelle vient s'ajouter (existe donc parallèlement) à un éventuel secret de fonction³².

Ce devoir de discrétion assimilé à un secret professionnel provient de la grande proximité existant entre la réglementation du métier de géomètre (sous sa forme première de profession indépendante) et celle, antérieure et prise pour modèle, du métier d'avocat (LLCA)^{33,34}. Le devoir de discrétion professionnelle est notamment justifié concrètement par le droit accordé à l'article 20 alinéa 1 LGéo³⁵ aux personnes actives dans la mensuration officielle d'accéder aux biens-fonds et aux bâtiments et de consulter des documents à caractère privé. Les ingénieurs géomètres peuvent ainsi prendre connaissance, dans le cadre des fonctions qu'ils exercent dans la mensuration officielle, d'informations sensibles dignes de protection (telles que des renseignements portant sur la situation personnelle et économique des propriétaires fonciers).

Du point de vue de la procédure pénale, le secret professionnel auquel les ingénieurs géomètres sont soumis compte parmi les autres secrets protégés par la loi au sens de l'article 173 alinéa 2 CPP. Les ingénieurs géomètres sont fondamentalement tenus de déposer. La direction de la procédure peut les dégager de cette obligation s'ils rendent vraisemblable le fait que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité. Il en va de même pour la procédure civile (art. 166 al. 2 CPC). Les cas dans lesquels l'intérêt des ingénieurs géomètres à garder le secret est prédominant dans l'exercice de leur métier devraient être bien rares et devraient généralement concerner des informations sensibles, touchant à la sécurité ou au patrimoine, ou à caractère très personnel. Le professionnel concerné les aura par ailleurs recueillies en exerçant les droits d'accès qui lui ont été conférés. Elles auront exclusivement pu être recueillies par ce moyen et ne devront absolument pas être accessibles à des tiers extérieurs dans le cadre de l'observation permise du bien-fonds.

3.2 Absence de précédent dans la doctrine et la jurisprudence

Les commentaires relatifs à la notion de fonctionnaire définie à l'article 110 alinéa 3 CP ne mentionnent à aucun moment les activités dans la mensuration officielle parmi les cas de figure pris en compte³⁶. Il n'a pas non plus été possible de déceler la moindre indication dans les arrêts rendus par le Tribunal fédéral³⁷, le même constat valant par ailleurs pour la jurisprudence du Tribunal fédéral, désormais consultable sur Internet dans son intégralité³⁸. On doit donc logiquement en conclure que la double interrogation faisant l'objet de la présente expertise (les personnes actives dans la mensuration officielle sont-elles soumises au secret

³² Cf. STEFAN TRECHSEL/HANS VEST, dans: Stefan Trechsel/Mark Pieth, Praxiskommentar StGB, 2. Aufl., art. 320, Cm 15.

³³ Loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats (loi sur les avocats, LLCA), RS 935.61.

³⁴ Cf. Rapport explicatif - Ordonnances d'exécution de la loi sur la géoinformation du 30 novembre 2006 (état en mai 2008), p. 39.

³⁵ Loi fédérale du 5 octobre 2007 sur la géoinformation (loi sur la géoinformation, LGéo), RS 510.62.

³⁶ Cf. NIKLAUS OBERHOLZER, BSK StGB, 3. Aufl., art. 110 al. 3, Cm 15; STEFAN TRECHSEL/HANS VEST, dans: Stefan Trechsel/Mark Pieth, Praxiskommentar StGB, 2. Aufl., art. 110, Cm 13.

³⁷ Recherches effectuées par l'auteur (état le 18 avril 2015); recherche plein texte simple dans les arrêts du Tribunal fédéral (ATF à partir de 1954), portant sur les mots-clés suivants: <+Geheimnis +Geometer>, <+Geheimnis "amtliche Vermessung">, <+Amtsgeheimnis + Geometer>, <+Amtsgeheimnis "Amtliche Vermessung">, <+Schweigepflicht + Geometer>, <+Schweigepflicht "amtliche Vermessung">, <+géomètre +secret>.

³⁸ Recherches effectuées par l'auteur (état le 18 avril 2015); recherche plein texte simple dans les autres jugements, rendus à partir de l'an 2000, portant sur les mots-clés suivants: <+Geheimnis +Geometer>, <+Geheimnis "amtliche Vermessung">, <+Amtsgeheimnis + Geometer>, <+Amtsgeheimnis "Amtliche Vermessung">, <+Schweigepflicht + Geometer>, <+Schweigepflicht "amtliche Vermessung">, <+géomètre +secret>.

de fonction et si oui, dans quelles circonstances le sont-elles?) n'a jamais été soulevée par le passé. La réponse à apporter ne peut donc se fonder sur aucun précédent.

3.3 Secret de fonction pour les employés du service public

Les articles 43 et suivants OMO³⁹ accordent une marge de manœuvre considérable aux cantons pour l'organisation de la mensuration officielle. Il en va de même pour les communes lorsque le canton leur délègue une partie ou la totalité des compétences pour la mensuration officielle. En conséquence, la plupart des tâches qui s'y rapportent peuvent être assumées soit par des services officiels des cantons ou des communes, soit par des acteurs du secteur privé mandatés à cette fin⁴⁰. Certains travaux de la mensuration officielle doivent impérativement être accomplis par l'administration publique; il s'agit de la vérification de l'œuvre cadastrale, de son examen préalable, de l'enquête publique la concernant, de son approbation, de la surveillance des mensurations au niveau cantonal et de la haute surveillance de la mensuration officielle (du ressort de la Confédération)⁴¹.

Lorsque des travaux de la mensuration officielle sont entrepris par des membres du personnel de l'administration publique (fédérale, cantonale ou communale), ces derniers agissent toujours en qualité de fonctionnaire au sens de l'article 110 alinéa 3 CP. Les faits dont ces personnes ont connaissance dans le cadre des travaux de la mensuration officielle ainsi réalisés et qui peuvent être qualifiés de secrets matériels sont donc couverts par le secret de fonction.

Les commissions cantonales de nomenclature (art. 9 ONGéo⁴²) et la commission des géomètres (art. 29 OGéom) constituent par ailleurs des autorités au sens de l'article 320 chiffre 1 CP.

Les tâches suivantes de la mensuration officielle présentent un *caractère régalien*⁴³: l'examen préalable de l'œuvre cadastrale (art. 27 OMO), l'enquête publique la concernant et la procédure d'opposition (art. 28 OMO), l'approbation de l'œuvre cadastrale (art. 29 OMO), les extraits certifiés conformes (art. 33 LGéo; art. 37 OMO)⁴⁴, la décision concernant un accès contesté à des données de la mensuration officielle, la décision concernant les émoluments⁴⁵. Du point de vue fonctionnel, les personnes qui assument ces tâches agissent comme si elles étaient des fonctionnaires au sens de l'article 110 alinéa 3 CP ou des autorités, indépendamment de leur statut réel (membres du personnel de l'administration publique ou employés du secteur privé mandatés à cette fin)⁴⁶. Le secret de fonction ne peut toutefois

³⁹ Ordonnance du 18 novembre 1992 sur la mensuration officielle (OMO), RS 211.432.2.

⁴⁰ Cf. à ce sujet DANIEL KETTIGER/MATTHIAS OESCH, Les conséquences du droit international sur la mensuration officielle en Suisse, Forum Europarecht tome 26, Zurich 2013, p. 126 s. et 131.

⁴¹ Cf. KETTIGER/OESCH (note de bas de page 40), p. 126 s.

⁴² Ordonnance du 21 mai 2008 sur les noms géographiques (ONGéo), RS 510.625.

⁴³ Cf. KETTIGER/OESCH (note de bas de page 40), p. 129 et 132 s.

⁴⁴ Le caractère régalien est toutefois contesté, cf. DANIEL KETTIGER, Die amtliche Vermessung im Geltungsbe- reich des Binnenmarktgesetzes, recht 2010, p. 34

⁴⁵ Dans certains cantons, le rapport entre les géomètres conservateurs privés et les destinataires (particuliers ou entreprises privées) des prestations réalisées dans le cadre de la mensuration officielle est un rapport de droit public et de subordination, de sorte que les géomètres conservateurs peuvent fixer leurs émoluments par voie de décision (c'est le cas dans le canton de Berne, cf. article 38 alinéa 1 de la loi sur la mensuration officielle (LMO) du 15 janvier 1996, BSG 215.341). En revanche, le même rapport relève strictement du droit privé dans le canton de Schwyz (§ 5 alinéa 1 de l'ordonnance sur la mensuration officielle (Verordnung über die amtliche Vermessung, KVAV) du 19 juin 2012, SRSZ 214.121).

⁴⁶ Cf. à ce sujet NIKLAUS OBERHOLZER, BSK StGB, 3. Aufl., art. 110 al. 3, Cm 10: "Ausgehend von einer formalen Betrachtungsweise gelten jene Instanzen als Behörde, die hoheitlich zu verfügen befugt sind. In diesem Sinn kommt nicht nur den Organisationen der Zentralverwaltung Behördenqualität zu, sondern werden auch Organisationen ausserhalb der eigentlichen Verwaltung als Behörden bezeichnet, soweit sie in Erfüllung der ihnen übertragenen öffentlich-rechtlichen Aufgaben verfügen." (Du point de vue formel, sont consi-

s'appliquer que de façon restreinte aux tâches régaliennes de la mensuration officielle citées, si la personne qui les assume ne fait pas partie du personnel de l'administration publique.

3.4 Secret de fonction sur la base d'une règle particulière

Dans leur législation, les cantons peuvent soumettre la prise en charge d'une partie ou de la totalité des tâches de la mensuration officielle à un secret de fonction formel ou à un devoir de discrétion assimilé à un secret de fonction, que les travaux correspondants soient exécutés par des employés de l'administration publique cantonale ou communale ou par des acteurs du secteur privés mandatés à cette fin. Pour autant que l'auteur ait pu le constater⁴⁷, seul le canton de Bâle-Campagne a agi de la sorte⁴⁸.

Dans les cantons où les compétences pour la mensuration officielle ont été largement déléguées aux communes, ces dernières pourraient aussi édicter une règle particulière appropriée dans un règlement.

3.5 Secret de fonction sur la base d'une obligation contractuelle

Lorsque des tâches publiques de la mensuration officielle sont confiées à des acteurs du secteur privé par voie contractuelle – notamment au travers de contrats de prestations –, il est possible et permis de soumettre la totalité ou seulement une partie des tâches ainsi déléguées à un secret de fonction formel ou à un devoir de discrétion assimilé à un secret de fonction.

3.6 Autorité compétente pour le consentement

Si des tâches de la mensuration officielle sont entreprises par des membres du personnel de l'administration publique fédérale, cantonale ou communale, c'est le service officiel ou l'autorité désigné comme étant l'autorité supérieure compétente par le droit cantonal qui délivre le consentement à faire une déposition prévu à l'article 320 chiffre 2 CP⁴⁹. Si aucune désignation explicite ne figure dans le droit cantonal, la compétence à délivrer le consentement doit être établie sur la base du droit d'organisation, du droit du service public ou de la structure d'organisation (concrétisée par un organigramme). Si la compétence au sein de l'administration ne peut pas être établie de façon suffisamment sûre, elle est transférée au pouvoir exécutif (gouvernement cantonal, exécutif communal), puisque les services administratifs sont toujours placés sous sa tutelle.

Si la prise en charge de toutes les tâches de la mensuration officielle ou de certaines d'entre elles est soumise à un secret de fonction formel ou à un devoir de discrétion assimilé à un secret de fonction par le biais d'une règle particulière ou d'un contrat⁵⁰ et que le consentement à déposer doit être accordé à des acteurs du secteur privé auxquels des tâches publiques de la mensuration officielle ont été confiées, il est généralement difficile d'identifier le service endossant le rôle d'autorité supérieure sur la base du droit d'organisation, du droit du service public et de la structure d'organisation. Dans de tels cas de figure, c'est le service

dérées comme des autorités, toutes les instances habilitées à prendre des décisions souveraines. En ce sens, la qualité d'autorité n'est pas réservée aux seules organismes de l'administration centrale et des organismes extérieurs à l'administration au sens strict peuvent être désignés comme tels, pour autant qu'ils soient libres de leurs décisions dans le cadre des tâches de droit public qui leur sont confiées).

⁴⁷ Résultat de la consultation de tous les actes législatifs pertinents dans le droit de la géoinformation des cantons (état le 18 avril 2015).

⁴⁸ § 24 alinéa 1 lettre c de l'ordonnance cantonale sur la mensuration officielle (Kantonale Verordnung über die amtliche Vermessung, KVAV) du 12 juin 2012, SGS 211.53.

⁴⁹ Pour l'administration du canton de Berne, l'article 58 de la loi sur le personnel (LPers) du 16 septembre 2004 (BSG 153.01) fait par exemple mention d'une autorité de surveillance, elle-même définie à l'article 20 LPers.

⁵⁰ Cf. précédemment, § 3.4 et 3.5.

cantonal du cadastre (art. 42 OMO) qui est à considérer comme autorité supérieure au sens de l'article 320 chiffre 2 CP (notamment vis-à-vis des géomètres conservateurs) aux yeux de l'auteur de la présente expertise.

La situation couverte par l'article 42 alinéa 3 OMO (à savoir la délégation des tâches incombant au service cantonal du cadastre à la Direction fédérale des mensurations cadastrales, intégrée à l'Office fédéral de topographie) constitue un cas particulier. C'est le gouvernement du canton concerné et non la direction de l'Office fédéral qui délivre alors le consentement à faire une déposition aux membres du personnel du service cantonal du cadastre, considérés comme des employés de la Confédération en la circonstance, parce qu'ils s'acquittent d'une tâche cantonale dans le cadre de leurs fonctions.

4. Contrôle de la soumission au secret de fonction

L'existence d'un secret de fonction au sens de l'article 320 chiffre 1 CP attaché à l'exercice de tâches de la mensuration officielle et la nécessité qui en découle d'obtenir le consentement d'une autorité supérieure au sens de l'article 320 chiffre 2 CP pour témoigner devant des autorités judiciaires dépend de la présence *cumulée* de deux facteurs:

1. *La qualité de la personne concernée*: la personne active dans la mensuration officielle doit avoir la qualité de fonctionnaire au sens de l'article 110 alinéa 3 CP ou agir en tant que membre d'une autorité.
2. *Le secret*: les informations dont il est question doivent être secrètes ou dignes d'être gardées secrètes.

Le contrôle de la *composante personnelle*, autrement dit le fait de savoir si l'article 320 CP s'applique à la personne concernée, active dans la mensuration officielle, s'effectue en plusieurs étapes:

- La *première étape* consiste à vérifier si les tâches sont entreprises par des membres du personnel de l'administration publique (fédérale, cantonale ou communale) ou si elles sont assumées par une autorité (telle qu'une commission fédérale ou cantonale formellement constituée, comme la commission des géomètres ou la commission de nomenclature). Si c'est le cas, le critère de qualité est satisfait pour la personne concernée.
- S'il ne l'est pas, il convient de vérifier, dans le cadre d'une *deuxième étape*, si la prise en charge de toutes les tâches de la mensuration officielle ou d'une partie d'entre elles est soumise, au travers de règles particulières de droit cantonal ou communal, à un secret de fonction formel ou à un devoir de discrétion assimilé à un secret de fonction. Une règle cantonale particulière de cette nature n'existe très probablement que dans le canton de Bâle-Campagne⁵¹. En présence d'une telle règle, le critère de qualité est satisfait pour la personne concernée⁵².
- En l'absence d'une telle règle particulière, il convient de vérifier, au cours d'une *troisième étape*, si des dispositions contractuelles (par exemple dans le contrat de prestations conclu entre le canton ou la commune d'une part et le géomètre conservateur ou la géomètre conservatrice d'autre part) prévoient que la prise en charge de toutes les tâches de la mensuration officielle ou d'une partie d'entre elles soit soumise à un secret de fonction formel ou à un devoir de discrétion assimilé à un secret de fonction. En présence d'une

⁵¹ Cf. précédemment, note de bas de page 47.

⁵² La règle particulière n'établit cependant qu'un secret formel et cela doit être pris en compte ultérieurement, lors du contrôle de l'existence de faits dignes d'être gardés secrets.

telle obligation contractuelle, le critère de qualité est satisfait pour la personne concernée⁵³.

- En l'absence d'une telle obligation, il convient de vérifier, au cours d'une *quatrième étape*, si la tâche de la mensuration officielle concrètement concernée est à caractère régalien⁵⁴, auquel cas la qualité d'autorité est requise. Ainsi, le critère de qualité est toujours satisfait pour la personne concernée si la tâche dont elle s'acquitte est à caractère régalien⁵⁵.

A ce stade, si le contrôle a permis d'établir que le critère de qualité n'est pas satisfait pour la personne concernée, cela implique forcément qu'aucun secret de fonction au sens de l'article 320 CP ne peut exister.

En revanche, si le contrôle a permis d'établir que le critère de qualité est satisfait pour la personne concernée, autrement dit qu'elle peut effectivement être considérée comme un fonctionnaire au sens de l'article 110 alinéa 3 CP ou comme un membre d'une autorité, des étapes supplémentaires doivent permettre de vérifier si l'information dont il est question constitue véritablement un secret:

- Il s'agit de vérifier, au cours d'une *cinquième étape*, s'il s'agit d'un *secret matériel*, autrement dit «d'un fait qui n'est ni de notoriété publique, ni accessible à tout un chacun et que le gardien du secret a intérêt à taire, pour des raisons légitimes, sa volonté de ne pas le révéler étant implicitement reconnue ou explicitement déclarée⁵⁶.» La protection peut aussi bien concerner des secrets de service que des secrets privés. Bien souvent, un intérêt digne de protection au maintien du secret résulte directement ou indirectement de la législation d'organisation ou de la législation spécialisée de la collectivité concernée⁵⁷. La mensuration officielle servant expressément à établir officiellement l'extension spatiale de la propriété foncière et des droits réels qui y sont associés, les faits qui s'y rapportent (le fait de savoir, par exemple, que la position d'une borne n'a pas de sens) ne peuvent jamais constituer un secret. Si un secret matériel existe, on se trouve donc en présence d'un cas de figure où le secret de fonction au sens de l'article 320 CP s'applique.
- En l'absence de tout secret matériel, il convient de vérifier, dans le cadre d'une *sixième étape*, si un *secret formel* existe éventuellement, susceptible de conduire à un secret de fonction si des intérêts divergents sont mis en balance. Si la prise en charge de toutes les tâches de la mensuration officielle ou d'une partie d'entre elles est soumise à un secret de fonction ou à un devoir de discrétion assimilé à un secret de fonction en vertu de règles particulières de droit cantonal ou communal ou encore de dispositions contractuelles, un secret formel existe vis-à-vis des informations considérées. Il ne reste plus alors à vérifier que les faits concernés, à garder secrets, satisfont eux aussi aux exigences propres à la notion matérielle de maintien du secret⁵⁸. On doit le présumer en cas de doute.

Si un secret existe, il s'agit alors d'un secret de fonction au sens de l'article 320 CP.

20 avril 2015/D. Kettiger

⁵³ La règle contractuelle n'établit cependant qu'un secret formel et cela doit être pris en compte ultérieurement, lors du contrôle de l'existence de faits dignes d'être gardés secrets.

⁵⁴ Cf. précédemment, § 3.3.

⁵⁵ Le secret de fonction ne peut toutefois se rapporter strictement qu'aux actes administratifs cités.

⁵⁶ NIKLAUS OBERHOLZER, BSK StGB, 3. Aufl., art. 110 al. 3, Cm 8, *version traduite pour les besoins de la présente expertise*

⁵⁷ Cf. STEFAN TRECHSEL/HANS VEST, dans: Stefan Trechsel/Mark Pieth, Praxiskommentar StGB, 2. Aufl., art. 320, Cm 5.

⁵⁸ Cf. STEFAN TRECHSEL/HANS VEST, dans: Stefan Trechsel/Mark Pieth, Praxiskommentar StGB, 2. Aufl., art. 320, Cm 5.