

Date de dépôt : 8 octobre 2012

- a) **RD 944** **Rapport du Bureau du Grand Conseil à propos de l'exercice de la haute surveillance du Grand Conseil sur la Cour des comptes**
- b) **M 2112** **Proposition de motion de MM. Pierre Losio, Fabiano Forte, Eric Bertinat, Antoine Droin et Eric Stauffer pour la création d'une Commission d'enquête parlementaire sur la Cour des comptes**
- a) **R 707** **Proposition de résolution de MM. Pierre Losio, Gabriel Barrillier, Fabiano Forte, Antoine Barde, Eric Bertinat, Antoine Droin et Eric Stauffer pour charger le Bureau de présenter des modifications législatives en rapport avec l'exercice de la haute surveillance du Grand Conseil sur la Cour des comptes**

Rapport de M. Fabiano Forte

Mesdames et
Messieurs les députés,

Le 17 août 2012, le Bureau du Grand Conseil recevait une lettre de la Cour des comptes à la signature de son président, M. Stanislas Zuin faisant part d'entraves dans l'exercice de la mission de la Cour des comptes¹. La Cour sollicitait le Bureau dès lors que l'art. 141, al. 6 de la constitution genevoise confie au Grand Conseil la haute surveillance sur la Cour des comptes.

Trois jours plus tard, en date du 20 août, M. Daniel Devaud, magistrat de la Cour des comptes, écrivait une lettre sur papier à en-tête de la Cour des comptes, lettre adressée au Grand Conseil. Lui étaient jointes en annexes une copie de son courrier du 15 août 2012 au mouvement Ensemble à gauche et une copie du message électronique envoyé par SolidaritéS le 17 août aux forces politiques ayant soutenu la candidature de M. Devaud.

Dans sa lettre, M. Devaud faisait part de son appréciation du fonctionnement insatisfaisant de la Cour des comptes et de sa disponibilité pour répondre à d'éventuelles interrogations à ce sujet.

Saisi de ces deux courriers, le Bureau du Grand Conseil a décidé de leur donner suite en recevant leurs auteurs.

Résumé des auditions et échanges de correspondance entre le Bureau du Grand Conseil et la Cour des comptes

Le 30 août 2012, M. Zuin est venu accompagné de M. Stéphane Geiger, magistrat, M^{me} Myriam Nicolazzi, magistrate suppléante, et M. Marco Ziegler², magistrat suppléant, dès lors que la lettre du 17 août était adressée au nom de la Cour des comptes.

Le Bureau a exposé aux différentes personnes reçues qu'il agissait à titre exploratoire, afin de proposer ensuite au Grand Conseil la suite la plus opportune dans le cadre de l'exercice de la haute surveillance que la loi confie au Grand Conseil. Le Bureau agissait ainsi comme « porte d'entrée » du Grand Conseil, la Cour des comptes n'ayant pas d'autre moyen pour s'adresser au parlement dans son ensemble.

¹ Si le Grand Conseil devait décider de la création d'une Commission d'enquête parlementaire, le Bureau lui communiquerait alors les pièces du dossier en sa possession (correspondance, messages, notes, etc.)

² M. Ducommun n'était pas présent car en vacances.

Il est ressorti de cette audition que la Cour des comptes rencontrait manifestement des problèmes dans son fonctionnement.

Au vu de la qualité du travail de la Cour reconnu par beaucoup lors de ses cinq premières années, les magistrats en place s'attendaient à ce que le nouvel élu reprenne à son compte la stratégie et les principes de fonctionnement adoptés dès les débuts de la Cour, d'autant plus que le terme du mandat devait arriver une année plus tard.

Tel n'a pas été le cas, de sorte que la collégialité a été mise en cause par M. Devaud provoquant par voie de conséquence la perturbation du travail de la Cour.

Face à cette situation, la Cour des comptes a envisagé une médiation. C'est le refus de M. Devaud au mois d'août qui a motivé les autres magistrats à en appeler à l'organe de haute surveillance.

Dans le même temps et afin de permettre à la Cour de fonctionner jusqu'à la fin de son mandat, le Plénum de la Cour a décidé le 30 août de décharger M. Devaud des questions touchant l'administration courante de la Cour pour le laisser se consacrer entièrement à l'examen de ses dossiers. (A posteriori, le Bureau comprend que cette décision peut expliquer le dernier différend manifesté par les magistrats au sujet de l'approbation du rapport annuel d'activité).

Les magistrats auditionnés reprochaient d'une part à M. Devaud d'adopter une approche procédurière extrême bloquant le fonctionnement interne de la Cour et d'autre part d'avoir un comportement inacceptable, tant vis-à-vis des autres magistrats et des collaborateurs que des personnes auditionnées dans le cadre des audits de la Cour.

Lors de cette audition, les magistrats ont fait part de leur crainte quant à une démotivation du personnel avec de possibles démissions à la clé.

S'agissant des entités auditionnées, des plaintes sur le comportement de M. Devaud ont été adressées à la Cour, ce dernier privilégiant l'approche « judiciaire » plutôt que celle d'un « auditeur ». Or, pour eux, la mission de la Cour est de faire des constats et de proposer des améliorations et non de stigmatiser des personnes.

M. Zuin a encore indiqué que la Cour avait prévu de faire une évaluation externe de son activité à l'occasion de la fin de cette première période de six ans.

M. Devaud a ensuite été entendu par le Bureau du Grand Conseil le même jour. Il a indiqué avoir mis un certain temps, après son élection, pour se rendre compte du mauvais fonctionnement de la Cour. Ce sont ces

dysfonctionnements qui l'ont conduit à ne pas vouloir se représenter, dysfonctionnements qui ont déjà été évoqués à l'occasion de la démission de M^{me} Stalder.

Même le départ annoncé de M. Geiger n'était pas de nature à modifier sa décision dès lors que le Président de la Cour se représentait et qu'il portait une part de responsabilité importante dans les dysfonctionnements.

M. Devaud supposait aussi que son activité passée au sein du comité de la caisse de retraite des magistrats du Pouvoir judiciaire et les décisions qu'il avait alors prises aient pu nourrir l'attitude hostile de ses collègues à son endroit, les insultes devenant de plus en plus fréquentes.

Sur le fond, M. Devaud a fait part de son malaise de plus en plus grand à propos du traitement de certains dossiers en identifiant clairement la volonté de ne pas présenter complètement et correctement certains aspects importants. Il a proposé des aménagements à la Cour qui n'ont pas été acceptés. La situation s'est encore plus détériorée lorsqu'il a été question d'envisager une liste commune de candidats pour le renouvellement complet de la Cour afin d'éviter une élection ouverte.

M. Devaud a déploré aussi que sa proposition d'enregistrer les séances du Collège des magistrats de la Cour des comptes n'ait jamais été acceptée en quatre mois.

M. Devaud a enfin fait part de sa préoccupation quant à l'effet délétère de la situation sur le personnel de la Cour, avec par exemple le cas d'un magistrat demandant à un directeur d'audit de « choisir son camp ». Il ajoute ne pas avoir pour sa part rencontré de difficultés relationnelles avec le personnel de la Cour des comptes.

M. Devaud n'a pas apporté d'autres éléments concrets sur les problèmes rencontrés dans le traitement des dossiers dès lors qu'il n'estimait pas pouvoir parler librement au Bureau du Grand Conseil du fait de son secret de fonction.

A la suite de ces auditions et après avoir consulté les bases légales propres à la Cour des comptes et à l'exercice de la haute surveillance parlementaire, le Bureau a constaté que celles-ci présentaient des lacunes, notamment en cas de survenance d'un conflit entre magistrats au sein de cette entité autonome.

En outre, le Bureau s'est trouvé assez limité dans sa démarche par l'opposition du secret de fonction par M. Devaud, alors que les autres magistrats avaient décidé de lever ce secret à l'égard du Bureau en se fondant sur leur règlement interne et sur un avis de droit.

En effet, la haute surveillance, telle que définie par la loi, se limite à soumettre à l'examen du Grand Conseil le budget, les comptes et le rapport d'activité de la Cour, sans plus.

Il est donc apparu nécessaire au Bureau de solliciter à brève échéance un avis de droit afin d'éclaircir les conditions de l'exercice de la haute surveillance parlementaire, ainsi que ses contours et ses modalités pratiques, de même que la question de la levée du secret de fonction.

Alors que cet avis était attendu, le Grand Conseil a reçu le 7 septembre 2012, de la part de M. Devaud, une nouvelle correspondance à en-tête officiel de la Cour des comptes dans laquelle il confirmait les entraves à l'exercice de son mandat et l'accentuation des difficultés exposées au Bureau.

Quelques jours plus tard, le 12 septembre, le Président du Grand Conseil recevait un message électronique de M. Zuin, puis de M. Devaud l'informant de l'incident dit du seau d'eau.

Le 17 septembre, le Bureau a répondu formellement au président de la Cour des comptes que les mesures de police interne étaient du ressort du président de la Cour et qu'il n'entendait pas procéder à d'autres auditions.

Une nouvelle lettre de M. Devaud du 17 septembre confirmait les faits et demandait d'être reçu par le Bureau. M. Devaud indiquait alors que ses collègues entravaient pratiquement totalement le bon déroulement des audits dont il avait la charge, de même que les autres tâches découlant de son mandat.

Le Bureau a écrit une nouvelle lettre le 20 septembre à la Cour des comptes pour suggérer à M. Zuin de prendre des mesures afin de séparer physiquement le lieu de travail de M. Geiger et de M. Devaud afin d'éviter tout risque de récidive puisque des menaces avaient été proférées. Le Bureau invitait également les magistrats de la Cour à « adopter une attitude digne d'ici la fin de leur mandat en se rappelant que celui-ci leur a été confié par le Conseil général, qu'ils doivent respect à la Cour en tant qu'entité et aux institutions en général ».

Le Bureau rappelait aussi que « le rythme du Grand Conseil dans l'exercice de sa haute surveillance n'est pas le même que la gestion au jour le jour d'une institution ».

Le 26 septembre, M. Devaud a adressé une nouvelle lettre au Grand Conseil dans laquelle il se plaignait d'avoir été écarté de la rédaction du rapport annuel d'activité et de n'avoir pas pu discuter de son contenu, ni avec les directeurs d'audit, ni avec ses collègues. Il regrettait aussi que ses précédentes lettres n'aient pas eu de réponse.

Le rapporteur relève toutefois que des réponses ont été apportées aux lettres de M. Devaud en suivant la voie institutionnelle (voir ci-dessus).

Le 27 septembre, le Bureau du Grand Conseil a pris connaissance de cette dernière lettre de M. Devaud ainsi que de l'avis de droit remis par le professeur Etienne Grisel.

C'est à l'issue de sa séance que le Bureau a décidé de déposer le présent rapport, accompagné d'une proposition de motion en vue de la création d'une commission d'enquête parlementaire et d'une proposition de résolution confiant le mandat au Bureau de présenter les modifications législatives à même de clarifier l'exercice de la haute surveillance du parlement sur la Cour des comptes, cas échéant sur d'autres entités autonomes.

A noter encore que le 1^{er} octobre, M. Zuin a adressé un courrier au Président du Grand Conseil pour l'informer que lors de la séance du plénum du 26 septembre, la décision avait été prise de suivre la suggestion du Bureau du Grand Conseil et de séparer physiquement le lieu de travail de MM. Devaud et Geiger en faisant en sorte d'assurer le bon déroulement des dossiers à l'examen. Absent de cette séance, M. Devaud a fait part ensuite de son refus de suivre cette décision.

Le 3 octobre, M. Devaud a écrit une lettre au Grand Conseil pour apporter des précisions sur les entraves récentes apportées à l'exercice de son mandat à la lumière des deux lettres du Bureau du Grand Conseil des 17 et 20 septembre 2012.

Constats du Bureau et problèmes relevés

De ses auditions et des diverses correspondances reçues, le Bureau a relevé quatre problèmes principaux concernant la Cour des comptes.

Le conflit de personnes

Il est indéniable que la Cour des comptes s'est trouvée confrontée à un problème de personnes après l'élection du 18 septembre 2011, avec comme protagonistes MM. Geiger et Devaud. De ses auditions, le Bureau a constaté que l'atmosphère n'avait cessé de se détériorer au fil des mois, avec dans un premier temps des tensions, puis des insultes et propos injurieux de part et d'autre, pour en finir avec des menaces, une agression et des menaces réitérées.

Le Bureau a été profondément consterné d'apprendre ces manières d'agir. Il pouvait s'attendre à un autre comportement venant de personnes ayant exercé des fonctions importantes au sein du Pouvoir judiciaire.

Cependant, le fait est là. Il est aussi intrinsèquement lié au mode de désignation des magistrats par le biais d'une élection populaire où la compatibilité d'humeur ne fait pas partie des critères de sélection, même si on attend de la part des candidats la volonté d'assumer un fonctionnement collégial ensuite.

Les problèmes de fonctionnement de la Cour des comptes

Le Bureau a entendu la plainte commune de plusieurs magistrats relative à l'attitude procédurière poussée à l'extrême de M. Devaud qui a de fait paralysé la Cour dans son fonctionnement quotidien.

De son côté, M. Devaud a relaté des informations tendant à affirmer que des mesures ont été prises à son encontre pour l'empêcher de remplir correctement sa mission.

En conclusion, la Cour des comptes a ainsi rencontré de sérieux problèmes de fonctionnement.

La rupture de collégialité

La Cour des comptes est composée de trois magistrats titulaires, secondés par trois magistrats suppléants. Cela implique de fait un fonctionnement collégial. Cela n'impose en revanche pas un fonctionnement consensuel.

Dans un collège, les minorités ont le droit de se manifester mais doivent au final se plier à l'avis de la majorité. Ce fonctionnement est certes différent de la justice où chaque magistrat jouit d'une grande autonomie dans la conduite de l'instruction.

Manifestement, l'exercice de la prise de décision ne s'est pas effectué autour d'un consensus, mais par l'opposition de plus en plus systématique entre deux magistrats et un troisième.

Cette absence de consensus s'est traduite ensuite par une rupture de collégialité à l'égard des collaboratrices et des collaborateurs, avant d'être étalée au grand jour par voie de presse.

Or, pour qu'une entité comme la Cour des comptes fonctionne, le respect de la collégialité est essentiel. Il en va de sa crédibilité, tant vis-à-vis de l'intérieur que de l'extérieur. Très généralement, placé devant une situation de rupture de collégialité d'une institution dont les membres sont élus par le peuple, il n'y a pas beaucoup de solutions: la démission ou la non-réélection. Dans le cas d'espèce, cette situation a conduit à l'annonce par M. Devaud qu'il ne se représenterait pas. Par ailleurs, M. Geiger a décidé de prendre sa retraite.

La capacité de la Cour des comptes à remplir sa mission

Le Bureau a constaté qu'un point faisait presque l'unanimité parmi les membres de la Cour mais pour des interprétations diamétralement opposées, à savoir que la Cour des comptes est entravée dans l'exercice de sa mission.

D'un côté, les entraves procédurières ainsi que le blocage au niveau de la prise de décision empêchaient la Cour de travailler normalement. Pourtant, dès ses débuts, la Cour des comptes avait décidé de privilégier une approche pragmatique et un accompagnement des entités auditionnées afin de leur permettre de s'améliorer, sans chercher à clouer les personnes au pilori, ni vouloir faire tomber des têtes.

De l'avis des magistrats de la Cour des comptes, M. Devaud n'a pas repris à son compte cette philosophie, privilégiant des enquêtes à charge. D'ailleurs, des plaintes ont été reçues dans ce sens.

Pour sa part, l'analyse de M. Devaud aboutit à la même conclusion – la Cour ne remplit pas sa mission – mais l'argumentaire est différent. En effet, pour lui, les rapports doivent être lus entre les lignes, ils sont parfois biaisés pour protéger certains intérêts et le travail de la Cour des comptes n'est donc pas satisfaisant, car il est soumis à des influences qui remettent en question l'indépendance de la Cour.

Avis de droit sur la haute surveillance

Dans son avis de droit du 27 septembre 2012 (voir annexe), le professeur Grisel rappelle que la haute surveillance est un contrôle politique qui intervient avec un certain recul. *Il s'agit d'un contrôle moins strict, moins systématique et en quelque sorte plus distancé.* Ce contrôle étant de nature politique, il ne peut ni faire des injonctions, ni casser des décisions et doit respecter l'autonomie de l'entité concernée. En revanche, *la haute surveillance peut ainsi conduire à des critiques, à des recommandations ou à des propositions de réforme.*

Le professeur Grisel retient également qu'à défaut de pouvoir être exercée en pratique par le Grand Conseil dans son ensemble, la haute surveillance parlementaire sur la Cour des comptes ne peut être exercée que par une Commission d'enquête parlementaire pour faire la lumière *sur des événements d'une grande portée.* Il faut aussi que *la collectivité publique ait subi un important préjudice matériel ou politique, par exemple un dépassement considérable de crédit, une gestion défailante sur une longue durée ou encore des soupçons d'activités délictueuses qui pourraient avoir des conséquences pénales.*

Même s'il peut être envisagé de confier une mission d'enquête à la Commission de contrôle de gestion, celle-ci risquerait de se voir reprocher un conflit d'intérêt de par sa proximité avec la Cour des comptes et de ses rapports dont elle est destinataire. Il en va de même pour la Commission des finances. Quant au Bureau, même une délégation temporaire du Grand Conseil pour qu'il exerce la haute surveillance formait une base légale trop ténue, notamment sous l'angle de la levée du secret de fonction.

L'avis de droit reconnaît aussi la nature juridique assez peu précisément définie de la Cour des comptes ainsi que le manque de grande exactitude concernant la portée de la haute surveillance parlementaire. Il y a donc une marge de manœuvre pour le Grand Conseil.

Quant à la levée du secret de fonction, il est admis que la Commission d'enquête parlementaire est la mieux à même d'obtenir sans discussion la levée du secret de fonction de par la base légale y relative.

Toutefois, l'avis de droit relève aussi qu'il paraît nécessaire de mieux réglementer la haute surveillance du Grand Conseil sur la Cour des comptes *par des dispositions légales appropriées, qui devraient être introduites soit dans la loi portant règlement du Grand Conseil, soit dans la loi instituant une Cour des comptes. En effet, les problèmes posés peuvent surgir à divers moments et, de toutes façons, la haute surveillance du Grand Conseil devrait s'exercer d'une manière permanente, respectueuse de l'indépendance de la Cour des comptes, mais capable de garantir le bon fonctionnement de cette institution et le respect de la volonté du Constituant de l'assujettir à un contrôle. En particulier, les règles qui devraient être adoptées trancheraient, si possible d'une manière suffisamment détaillée, le problème difficile du respect du secret de fonction, de sa levée, de son objet et de la procédure.*

C'est sur cette base que le Bureau a décidé de déposer une proposition de résolution afin de clarifier et combler les lacunes dans l'exercice de la haute surveillance sur la Cour des comptes.

Opportunité de créer une commission d'enquête parlementaire

Motifs pour ou contre une CEP

La principale motivation du dépôt de la proposition de motion jointe au rapport est qu'il revient au Grand Conseil de décider de l'opportunité ou non de créer une commission d'enquête parlementaire. Ne pas joindre ce projet aurait privé le Grand Conseil d'une prise de décision rapide sur cette question.

Une majorité du Bureau a estimé nécessaire la création d'une CEP pour établir les faits et mettre en exergue soit un problème dans l'indépendance de la Cour soit démentir cette accusation et rétablir la crédibilité de la Cour. Les auditions menées par le Bureau ne lui ont pas permis de se forger une opinion du fait notamment de l'opposition du secret de fonction par l'un des magistrats.

Un autre motif vient du fait que la Cour des comptes était censée être l'organe externe exemplaire rappelant à l'ordre ou corrigeant les erreurs des entités auditionnées. Que les difficultés émanent directement de cette instance n'est pas sans poser un sérieux problème pour l'ensemble des collectivités publiques et pour l'image, souvent critique, que la population se fait du service public. L'épisode du « seau d'eau » en est une illustration supplémentaire et consternante qui demande une réaction de l'organe de haute surveillance, soit pour confirmer l'existence de problèmes et proposer des solutions, soit pour leur opposer un démenti.

A contrario, une minorité du Bureau a estimé que le cœur du problème reposait sur un conflit de personnes et que celui-ci était amené à s'éteindre naturellement à brève échéance. La création d'une commission d'enquête parlementaire, outre qu'il s'agit d'une procédure lourde, devrait être réservée à des cas graves ou avec un préjudice financier important.

Pesée d'intérêt et vote du Bureau

Après en avoir discuté lors de cinq séances (30 août, 3, 17, 20 et 27 septembre) et procédé à une pesée d'intérêt, une majorité du Bureau s'est prononcée en faveur de la création d'une commission d'enquête parlementaire et a déposé une proposition de motion dans ce sens.

Le vote en faveur de la création d'une CEP a recueilli cinq voix en faveur (S, Ve, PDC, UDC, MCG) et deux voix contre (R, L).

Champ d'investigation de la commission d'enquête, étendue et limites

Si le Grand Conseil décide de créer une commission d'enquête, le Bureau propose qu'elle procède à l'établissement des faits afin de répondre aux questions suivantes :

- A. La Cour des comptes a-t-elle rencontré des dysfonctionnements ?
 - o Si oui :
 - Quels sont-ils et à quand remontent-ils ?
 - Sont-ils dus essentiellement à des problèmes de personnes ou ont-ils un lien avec la mission et l'indépendance de la Cour ?

- B. La Cour des comptes a-t-elle rencontré des difficultés dans l'accomplissement de sa mission ? Est-ce que son indépendance peut être mise en cause ?

La CEP devra mener ses investigations en délimitant soigneusement ce qui ressort de l'autonomie propre de la Cour des comptes, et qui est donc exclu du champ de la haute surveillance, de ce qui a trait à son indépendance à l'abri de toute interférence ou ingérence politique. Comme l'écrit le professeur Grisel : *De même que les juges, la Cour des comptes doit être indépendante du pouvoir politique dans le cadre de ses attributions propres, conformément à l'article 11 Cstc.-Ge. Le Grand Conseil peut certes exprimer son avis sur la manière dont la Cour s'acquitte de ses tâches, mais il n'a pas à se prononcer sur le contenu de tel ou tel rapport. [...] Si les opérations de contrôle sont indépendantes et autonomes, cette garantie donnée par la Constitution cantonale doit naturellement être respectée par l'autorité qui exerce la haute surveillance. Celle-ci ne doit donc pas empiéter sur la marge d'appréciation laissée à la Cour des comptes sans une nécessité manifeste, par exemple lorsqu'il s'agit de vérifier que la Cour fonctionne d'une manière raisonnablement régulière et efficace. En revanche, les opérations d'enquête de la Cour ne sauraient être elles-mêmes l'objet d'un examen dans le cadre de la haute surveillance sans que l'indépendance et l'autonomie du contrôle soient transgressées. Il y a donc une ligne de démarcation assez délicate que la haute surveillance ne devrait pas franchir, le critère décisif tenant à la distinction entre la forme (la bonne marche des affaires) et le fond (le contenu des enquêtes de la Cour des comptes).*

Pour des raisons d'efficacité et d'efficience, le Bureau suggère à la CEP de désigner en son sein une sous-commission d'un maximum de sept membres pour mener les auditions, le secrétariat étant assuré par le Secrétariat général du Grand Conseil.

Le Bureau invite la CEP à mettre en place toute mesure utile à même de garantir la confidentialité de son travail jusqu'à la publication de son travail. En effet, la situation est assez pénible, tant pour les magistrats de la Cour que pour le personnel, pour que la commission travaille sereinement à l'abri de la pression des médias. Comme le souligne le professeur Grisel : *les faits confidentiels portés à la connaissance des commissions de haute surveillance doivent être regardés comme couverts par le secret de fonction.* Il convient aussi d'avoir à l'esprit le respect des règles relatives à la protection de la personnalité.

Pour le surplus et par analogie, la Cour devrait être traitée comme le Conseil d'Etat s'agissant des articles 230E et suivants de la LRGC qui fait référence à ce dernier.

Le rapport de la CEP devrait être rendu dans un délai de six mois.

Nécessité de préciser et compléter les dispositions légales en matière de haute surveillance du parlement sur les entités autonomes en général et sur la Cour des comptes en particulier

En plus de la proposition de motion, le Bureau a estimé utile de lui adjoindre une proposition de résolution pour le charger de faire toute proposition de modification législative afin de mieux préciser les contours de cette haute surveillance et donner au Bureau les moyens de remplir cette mission, au moins dans sa phase initiale.

Conclusion

Arrivé au terme de ses réflexions exploratoires et sur la base de l'avis de droit demandé, une majorité du Bureau du Grand Conseil est arrivée à la conclusion que les conditions nécessaires pour la création d'une commission d'enquête parlementaire étaient réunies.

En effet, l'exercice de la haute surveillance parlementaire s'exerce lorsque des dysfonctionnements graves et durables dans une institution sont constatés.

Dans le cas d'espèce, dysfonctionnements il y a probablement eus. En premier lieu des conflits de personnes dont les derniers épisodes les plus déplorables ont été relatés par la presse. Ces conflits ont été tels qu'ils ont mis en péril le fonctionnement collégial de l'institution et sa bonne réputation.

Le Bureau constate que, d'ici au moins la fin de l'année, deux des trois protagonistes ne seront plus en fonction, l'un par choix, l'autre en raison de l'atteinte de la limite d'âge, mais l'établissement des faits l'emporte sur cette considération, pour s'assurer que les problèmes rencontrés ne perdurent pas.

Une des difficultés de la CEP, si elle est créée, sera de bien distinguer ce qui a trait aux dysfonctionnements allégués et soumis à l'examen de la haute surveillance parlementaire des questions intrinsèquement liées à l'autonomie de la Cour des comptes pour lesquels la haute surveillance n'a pas de compétence. En effet, le Conseil général a voulu une Cour des comptes autonome. Il n'appartient donc pas au Grand Conseil de se prononcer sur les choix ou les conclusions des rapports de la Cour des comptes, mais de s'assurer que ceux-ci ont été conduits en toute indépendance conformément à la loi.

En conclusion et partant du constat que les investigations ne pourraient être menées ni par la Commission de contrôle de gestion, ni par la Commission des finances pour des raisons de conflit d'intérêt et que le Bureau n'a pas de base légale suffisante pour mener cet exercice, seule subsiste l'option de la création d'une Commission d'enquête parlementaire.

En complément à cette proposition de motion, le Bureau a constaté qu'il y avait une lacune au niveau légal au sujet des contours de la haute surveillance du parlement sur la Cour des comptes et qu'il convient d'y remédier. C'est la raison pour laquelle, le Bureau vous invite, Mesdames et Messieurs les députés, à réserver un bon accueil à la proposition de résolution annexée à ce rapport qui confie au Bureau la mission d'élaborer une proposition de modification législative à même de préciser l'exercice de la haute surveillance parlementaire, au moins dans sa phase exploratoire.

Au vu de ces explications, nous vous remercions, Mesdames et Messieurs les députés, de prendre acte de ce rapport.

Secrétariat du Grand Conseil

M 2112

Proposition présentée par les députés :

*MM. Pierre Losio, Fabiano Forte, Eric Bertinat,
Antoine Droin et Eric Stauffer*

Date de dépôt : 8 octobre 2012

Proposition de motion

pour la création d'une Commission d'enquête parlementaire sur la Cour des comptes

Le GRAND CONSEIL de la République et canton de Genève considérant :

- l'article 141, al. 6 de la Constitution de la République et canton de Genève;
- la loi instituant une Cour des comptes du 10 juin 2005;
- le rapport du Bureau du Grand Conseil du 5 octobre 2012 à propos de l'exercice de la haute surveillance du Grand Conseil sur la Cour des comptes;

vu les articles 230E et suivants de la loi portant règlement du Grand Conseil de la République et canton de Genève du 13 septembre 1985;

le Grand Conseil nomme une commission d'enquête parlementaire chargée de :

- déterminer les origines, les causes et les conséquences des problèmes de fonctionnements rencontrés par la Cour des comptes;
- déterminer si ces dysfonctionnements allégués sont liés essentiellement à des problèmes de personnes ou s'ils ont un lien avec la mission et l'indépendance de la Cour des comptes;
- cas échéant, faire toute proposition ou recommandation à même de permettre à la Cour des comptes de fonctionner conformément à son mandat.

La Cour des comptes dispose par analogie des mêmes droits et obligations que ceux conférés au Conseil d'Etat à l'article 230E et aux suivants de la loi portant règlement du Grand Conseil de la République et canton de Genève.

Le secrétariat de la commission d'enquête parlementaire est assuré par le Secrétariat général du Grand Conseil.

Le Grand Conseil impartit un délai de six mois à la commission pour lui rendre rapport à compter de sa constitution effective.

Secrétariat du Grand Conseil

R 707

Proposition présentée par les députés :

MM. Pierre Losio, Gabriel Barrillier, Fabiano Forte, Antoine Barde, Eric Bertinat, Antoine Droin et Eric Stauffer

Date de dépôt : 5 octobre 2012

Proposition de résolution pour charger le Bureau de présenter des modifications législatives en rapport avec l'exercice de la haute surveillance du Grand Conseil sur la Cour des comptes

Le GRAND CONSEIL de la République et canton de Genève
considérant :

- l'article 141, al. 6 de la constitution de la République et canton de Genève;
- la loi instituant une Cour des comptes du 10 juin 2005;
- la loi portant règlement du Grand Conseil de la République et canton de Genève du 13 septembre 1985;
- le rapport du Bureau du Grand Conseil du 5 octobre 2012 à propos de l'exercice de la haute surveillance du Grand Conseil sur la Cour des comptes;
- la nécessité de donner une base légale plus complète à l'exercice de la haute surveillance parlementaire sur la Cour des comptes;

invite le Bureau du Grand Conseil

à proposer au Grand Conseil les modifications législatives nécessaires pour clarifier le rôle et l'exercice de la haute surveillance du Grand Conseil sur la Cour des comptes.

ETIENNE GRISEL

DR EN DROIT, LL.M. (HARVARD), AVOCAT
PROFESSEUR HONORAIRE
DE L'UNIVERSITÉ DE LAUSANNE

2, CHEMIN DES CONDÉMINES
CH-1025 PRÉVERENGES
SUISSE
TÉL.: 021 802 21 48
FAX: 021 803 21 10
E-MAIL: Etienne.Grisel@unil.ch

AVIS DE DROIT

adressé au Bureau du Grand Conseil de
la République et canton de Genève

De la haute surveillance du Grand Conseil sur la Cour des comptes et du respect du secret de fonction

Par un message du 4 septembre 2012, Madame le Sautier du Grand Conseil, au nom du Bureau, a demandé au soussigné un avis de droit concernant la haute surveillance du Parlement sur la Cour des comptes, ainsi que divers problèmes liés au secret de fonction. Les questions étant ainsi posées d'une manière abstraite, il n'est pas nécessaire d'établir ici un état de fait, d'autant que la présente consultation ne se réfère à aucun événement concret.

Pour la commodité du mandant, les divers points soulevés seront examinés dans l'ordre et sous la forme où ils ont été présentés au soussigné.

I. HAUTE SURVEILLANCE

A. La question est de savoir comment le Grand Conseil peut ou doit exercer sa haute surveillance sur la Cour des comptes, quelle est sa définition ?

En instituant récemment une Cour des comptes, le Constituant genevois a prévu que « le Grand Conseil exerce la haute surveillance de la Cour des comptes » (art. 141, al. 6, Cstc.). Il a donc eu recours à une expression bien connue du droit constitutionnel fédéral et cantonal, au moins depuis 1848. L'institution a été abondamment étudiée et utilisée, quand même elle a naturellement évolué avec le temps. Pour en comprendre le sens et la portée, il convient d'en examiner les diverses facettes.

1. LE PRINCIPE ET SES RAISONS D'ÊTRE

La haute surveillance est généralement considérée comme l'une des attributions les plus importantes du Parlement. En effet, elle établit un contre-pouvoir face aux autres organes de l'Etat, qui prennent des décisions et exercent des actions plus concrètes. Elle repose sur l'idée que toutes les autorités étatiques doivent coopérer à l'ensemble des tâches et que leur activité coordonnée implique une sorte de responsabilité commune¹. Telle qu'elle est conçue, la haute surveillance est une singularité du droit suisse, que l'on retrouve en droit fédéral, dans les cantons, et même dans les communes, surtout dans les rapports entre le législatif et l'exécutif, mais aussi avec l'administration, les tribunaux, les autres institutions investies de tâches publiques, voire de simples particuliers. Généralement prévue explicitement par la Constitution, elle donne au Parlement une sorte de suprématie sur les autres organes soumis à ce contrôle. Par sa nature, elle se caractérise comme une analyse critique de leur activité et tend à déceler d'éventuels problèmes structurels, ponctuels ou personnels. Elle tend avant tout à garantir que les personnes agissant

¹ A. Grisel, *Traité de Droit administratif*, Neuchâtel 1984, p. 172.

au nom de la collectivité publique respectent l'ordre juridique, évitent les événements préjudiciables à l'intérêt général, agissent d'une manière efficace, régulière et économe.

2. L'OBJET DE LA HAUTE SURVEILLANCE

La haute surveillance concerne tant les activités exécutives que judiciaires. L'article 85, chiffre 11, de la Constitution fédérale du 29 mai 1874 parlait de « la haute surveillance de l'administration et de la justice fédérales » ; dans la Constitution du 18 avril 1999, cette formule a été remplacée par un texte plus clair : « l'Assemblée fédérale exerce la haute surveillance sur le Conseil fédéral et l'administration fédérale, les tribunaux fédéraux et les autres organes ou personnes auxquels sont confiées des tâches de la Confédération. » (art. 169, al. 1, Cst.). Il est donc permis de conclure que toutes les institutions investies d'une tâche publique sont et peuvent être soumises à un contrôle. Il en va même ainsi de la Banque nationale qui est certes indépendante et soustraite à toute instruction de la part des autres organes fédéraux, mais reste néanmoins subordonnée à « la surveillance de la Confédération »². C'est dire qu'en droit constitutionnel suisse, il se concevrait difficilement d'instituer une autorité étatique qui ne serait pas soumise à la surveillance du Parlement, d'une manière ou d'une autre.

De surcroît, d'un point de vue matériel, la haute surveillance a pour objet l'ensemble de l'activité des organes qui lui sont soumis, à moins que la loi n'en dispose autrement de façon explicite. La doctrine parle parfois d'universalité du contrôle parlementaire, puisque c'est la totalité de l'activité qui s'y trouve exposée³.

Il va de soi que la haute surveillance ne s'exerce pas de la même manière suivant les autorités qui y sont subordonnées. Alors que, sur l'exécutif et l'administration, elle

² SanktGaller Kommentar, 2è ed., Zurich 2008, vol. 2, p. 1632, nos. 11-12 ad art. 99 ; JF Aubert, Petit commentaire de la Constitution fédérale, Zurich 2003, pp 768-9, nos. 10-11.

³ E. Baruh, Les commissions d'enquête parlementaire, Thèse Lausanne, Berne 2007, p 63, no. 171.

est pratiquement illimitée, en revanche, s'agissant de la justice, il s'agit avant tout de vérifier sa régularité formelle et sa gestion administrative⁴, sans empiéter sur le contenu de la jurisprudence. Dans la mesure où la haute surveillance vise par exemple le Tribunal fédéral, elle peut certes toucher ses activités externes, son fonctionnement régulier, mais non pas le bien-fondé de tel ou tel arrêt⁵.

En définitive, la haute surveillance peut avoir un sens différent, suivant son objet et l'autorité qui y est assujettie.

3. L'EXERCICE ET LES CRITERES DE LA HAUTE SURVEILLANCE

Dire que la surveillance étudiée ici est « haute » signifie qu'elle se différencie de la surveillance ordinaire exercée notamment par un supérieur hiérarchique sur les autres agents de l'Etat. Ici il s'agit d'un contrôle moins strict, moins systématique et en quelque sorte plus distancé.

En premier lieu, la haute surveillance est en principe subséquente et doit avoir pour cible des actes du passé, qu'il s'agisse de leur aspect financier, administratif ou fonctionnel. Cette règle générale souffre cependant des exceptions, les commissions fédérales de contrôle, notamment de gestion, se livrant souvent à une surveillance concomitante, ce que la Constitution et la loi n'interdisent pas mais qui conduit parfois à des abus⁶.

Ensuite, c'est généralement la loi qui décrit les critères devant guider les autorités de contrôle : avant tout la légalité, mais aussi la régularité, l'opportunité, l'efficacité, la bonne utilisation des deniers publics.

⁴ Ibid. p. 89

⁵ SanktGaller Kommentar, op. cit., pp 2493-4, note 20 ad art. 169.

⁶ E. Grisel, Gouvernement suisse, Berne 2010, pp 116-7, no 154.

4. LA PORTEE DE LA HAUTE SURVEILLANCE

Celle-ci est limitée, car le contrôle est de nature politique et ne repose pas sur un pouvoir qui irait jusqu'à donner des injonctions ou à casser une décision. En effet, le Parlement qui exerce cette attribution ne bénéficie pas d'une supériorité hiérarchique à proprement parler et n'a pas d'ordres à donner directement aux autres organes de l'Etat. La haute surveillance peut ainsi conduire à des critiques, à des recommandations ou à des propositions de réforme, mais non pas à des résolutions ou à des ordres qui auraient un caractère contraignant⁷.

B. Est-ce que la haute surveillance ne s'exerce qu'au moyen d'une commission d'enquête (parlementaire ou extraparlamentaire) ?

La désignation des commissions chargées d'exercer la haute surveillance ou plus précisément d'en préparer l'exercice par l'organe législatif est généralement la même dans les diverses collectivités publiques du pays. Toutefois, ce système qui peut être qualifié de commun n'est pas nécessairement utilisable en droit genevois, qui comporte quelques particularités. Aussi la question doit-elle être étudiée sous deux angles.

1. LE SYSTEME COMMUN

En droit fédéral comme dans les cantons, la haute surveillance est normalement assumée par trois commissions parlementaires, les deux premières étant permanentes et la troisième, occasionnelle. En droit fédéral, la loi sur le Parlement du 13 décembre 2002 rappelle que la haute surveillance est confiée à l'Assemblée fédérale (art. 26, al.1), mais institue également des commissions permanentes (art. 50ss). Chacun des deux conseils dispose d'abord d'une commission des finances, qui contrôle la gestion financière et dont les compétences ont le même objet que le domaine attribué au contrôle fédéral des finances. Aussi sont-elles habilitées à

⁷ Voir l'art. 26, al. 4 de la loi fédérale sur le Parlement du 13 décembre 2002, RS 171.10 ; SanktGaller Kommentar, op. cit., p. 2489, no. 6 et p. 2499, no. 46 ad art. 169 et les citations.

vérifier la régularité des opérations de l'administration fédérale et jouissent à cet égard d'un large pouvoir d'investigation, notamment d'un droit de regard sur les pièces. Il existe ensuite une commission de gestion qui est chargée d'un contrôle plus général, lequel s'étend à l'ensemble de l'activité exécutive et administrative ; compétente pour examiner les rapports de gestion du gouvernement, elle doit également se livrer à un examen approfondi et permanent des activités de l'administration.

Les commissions de gestion des Chambres fédérales forment une délégation composée de trois membres de chacune d'elles (art. 53 LParl.) ; cet organe, depuis les réformes entraînées par la Constitution du 18 avril 1999, dispose d'un droit presque illimité d'investigation, qu'il s'agisse d'accéder aux témoignages ou aux dossiers eux-mêmes.

Cette dernière circonstance explique que les commissions d'enquête parlementaires apparaissent désormais comme superflues du moins en droit fédéral. Ce dernier continue toutefois, de même que la plupart des cantons, à prévoir la possibilité de désigner une commission spéciale, occasionnelle, lorsqu'il paraît indispensable de faire la lumière sur des « événements d'une grande portée » (art. 63, al. 1 LParl.). Sur l'exemple de la Confédération, presque tous les cantons ont adopté un système semblable, depuis la fin des années 1980 du moins⁸. Mettre en oeuvre une commission d'enquête parlementaire suppose une décision spécifique du Parlement, et à cette formalité nécessaire s'ajoute une condition matérielle : les événements sur lesquels il s'agit d'enquêter doivent être « d'une grande portée » ; cela implique que la collectivité publique ait subi un important préjudice matériel ou politique, par exemple un dépassement considérable d'un crédit, une gestion défailante sur une longue durée ou encore des soupçons d'activités délictuelles qui

⁸ E. Baruh, op. cit. p. 48, no. 140.

pourraient avoir des conséquences pénales⁹. Dans les cantons comme au sein de la Confédération, les commissions d'enquête parlementaires sont rares, notamment parce qu'elles sont relativement onéreuses et frappent l'opinion publique. Ainsi s'explique qu'il n'y ait plus eu de commission fédérale d'enquête depuis 1995 et que l'institution soit réservée, dans les cantons, à des situations exceptionnelles, par exemple une crise de la banque cantonale.

Il reste cependant à examiner si le droit genevois s'accommode, lui aussi, du même système ou s'il contient des règles telles qu'elles impliquent des solutions différentes, du moins en ce qui touche la Cour des comptes.

2. LE SYSTEME GENEVOIS DE LA SURVEILLANCE SUR LA COUR DES COMPTES

a. D'une manière générale, Genève connaît à peu près le même système de surveillance de l'exécutif et des tribunaux que la Confédération et les autres cantons. Tout au plus doit-on relever quelques divergences de forme. Ainsi, l'article 82 de la Constitution cantonale prévoit que le Parlement « reçoit annuellement le compte rendu par le Conseil d'Etat de toutes les parties de l'administration. Il en renvoie l'examen à une commission, sur le rapport de laquelle il statue. » Cette façon de définir le contrôle parlementaire est à vrai dire inhabituelle et s'explique peut-être par le grand âge de la Constitution genevoise. Quant à la loi portant règlement du Grand Conseil, elle établit une commission de contrôle de gestion et une commission d'enquête parlementaire. Alors que la première est permanente et est chargée d'examiner la gestion de l'exécutif et des administrations décentralisées, ainsi que des organismes publics ou privés, la seconde est naturellement occasionnelle, nommée seulement si des faits d'une gravité particulière sont survenus au sein des autorités cantonales, d'un établissement ou d'une corporation de droit public (art. 201A et art. 230E LRGC).

⁹ Ibid. pp 73-4.

Une autre particularité importante du droit genevois concerne le pouvoir judiciaire, dont les magistrats « sont soumis pendant la durée de leur charge à la surveillance d'un Conseil supérieur de la magistrature »; ce dernier « veille au bon fonctionnement des tribunaux » (art. 135 Cstc.-GE). A la différence des autres collectivités publiques suisses, Genève ne prévoit donc pas explicitement un contrôle de la gestion des tribunaux par le Parlement et lui substitue à la fois une surveillance par une commission spéciale et un contrôle par le Conseil d'Etat, qui est chargé de veiller « à ce que les tribunaux remplissent leur fonction avec exactitude » (art. 124 Cstc.-Ge).

b. C'est dans ce contexte qu'il convient d'examiner le sens et la portée de l'article 141, alinéa 6, Cstc.-Ge, qui confie au Grand Conseil « la haute surveillance de la Cour des comptes ». En effet, on peut se demander si ce type de contrôle obéit ici aux conditions et à la définition généralement admises dans le droit constitutionnel commun de notre pays ou si le Constituant genevois a opté pour un système différent. Pour répondre à cette question, il importe de distinguer.

D'un côté, il ne paraît pas douteux que l'article 230E LRGC s'applique à des faits qui pourraient survenir au sein de la Cour des comptes; car celle-ci semble bien être une des « autorités cantonales » au sens de cette disposition. En faveur de cette thèse plaident notamment la présence de règles propres à la Cour des comptes dans la Constitution cantonale, son éléction par le peuple et l'indépendance qui lui est reconnue. Le Grand Conseil a par conséquent la faculté de désigner une commission d'enquête s'il le juge opportun et jouit à cet égard d'une grande liberté d'appréciation. En revanche, il ne semble pas que la désignation d'une commission extraparlamentaire soit possible, en l'absence d'une base légale adéquate. Certes, le Parlement aurait peut-être le droit de nommer des experts pour étudier tel ou tel

problème, mais ceux-ci ne seraient pas investis des larges pouvoirs d'investigation que l'article 230 E LRGC confère à une commission d'enquête parlementaire.

D'un autre côté, on doit se demander si la commission permanente de gestion prévue par l'article 201A LRGC est compétente pour examiner en particulier la gestion ordinaire de la Cour des comptes. Il faut constater que la législation genevoise ne tranche pas ce problème d'une manière expresse. Il serait assurément soutenable, mais non pas indiscutable, de dire que la Cour des comptes fait partie de « l'administration décentralisée » au sens de l'article 201A, alinéa 2, lettre b, de sorte que la solution du problème dépend en définitive de la nature juridique qui peut être attribuée à la Cour des comptes genevoise. Sur ce dernier point, la comparaison ou le rapprochement avec d'autres cours des comptes serait de peu d'utilité, dès lors que le canton de Genève fut un pionnier dans ce domaine, pour ce qui est de la Suisse, et que les cours des comptes étrangères font partie de systèmes constitutionnels très différents du nôtre. A cet égard, il faut rappeler que la haute surveillance telle que la connaît le droit suisse est une institution tout à fait originale dont les particularités s'expliquent par la place respective du législatif, de l'exécutif et des tribunaux.

c. Quant aux travaux préparatoires de l'article 141 Cstc.-Ge, ils jettent une certaine lumière sur les caractères juridiques que le Constituant genevois a voulu donner à la Cour des comptes.

A l'origine, les auteurs du projet de Cour des comptes voulaient en faire une institution rattachée au pouvoir judiciaire et formée de trois juges. C'est la Commission des finances du Grand Conseil qui a considéré que, en vue de garantir l'indépendance de l'institution, il valait mieux la séparer du pouvoir judiciaire, qui est lui-même soumis à un contrôle des comptes et de la gestion. Afin de renforcer encore l'indépendance de la Cour, la Commission a prévu de faire élire les trois

magistrats par le peuple. Le rapporteur de la Commission souligna qu'il ne s'agissait cependant pas de créer un quatrième pouvoir, car la Cour des comptes n'aurait pas de faculté de décision et ne pourrait pas « imposer des mesures aux entités contrôlées »¹⁰.

En ce qui concerne plus particulièrement l'alinéa 6 de l'article 141 Cstc.-Ge, le Rapport de la Commission relevait : « le Grand Conseil exerce la haute surveillance de la Cour des comptes, comme le Conseil fédéral¹¹ exerce la haute surveillance du Tribunal fédéral. Cette haute surveillance qui pourrait intervenir en cas de dysfonctionnement est normale. Toute institution doit être soumise à une surveillance et ne saurait échapper à un contrôle de son fonctionnement, au risque que certains abus ne soient commis et ne puissent pas être sanctionnés sous une forme... la Commission n'a pas voulu préciser la portée de la haute surveillance du Grand Conseil, mais celui-ci pourra prendre les mesures qui s'imposent en fonction des circonstances, notamment en cas d'insuffisance ou de faute de la part des magistrats de la Cour des comptes »¹². Il ressort de ces considérations que la nature juridique de la Cour des comptes était encore peu précisément définie et que notamment la portée de la haute surveillance parlementaire n'était pas non plus déterminée avec une grande exactitude. Pour sa part, la Commission de contrôle de gestion, dans une note du 17 mars 2003, considérait que la Cour des comptes est un organe de « contrôle externe », organisé « sous la forme d'un office indépendant »¹³. Un élément supplémentaire d'incertitude résulte d'une remarque faite au sujet de l'article 201A de la loi portant règlement du Grand Conseil ; le procès-verbal de la séance de commission indique en effet : « Il est précisé, à la demande du Service du Grand Conseil, que le Grand Conseil exerce directement la

¹⁰ Rapport du 3 mai 2005, PL 8447-A, p.4.

¹¹ Il ne peut s'agir que d'un lapsus, puisque c'est l'Assemblée fédérale qui surveille les tribunaux fédéraux.

¹² Ibid. p.6.

¹³ Annexe au rapport du 24 mai 2005 présentant le projet de loi sur la Cour des comptes, PL 8448- A, p. 85.

haute surveillance de la Cour des comptes, et non par le biais d'une commission. »¹⁴.

En définitive, les travaux préparatoires ne sont pas dénués de contradictions et il paraît malaisé de déceler la volonté exacte du Constituant et du Législateur. Il suit de là que le Grand Conseil jouit d'une marge de manœuvre lorsqu'il exerce sa haute surveillance sur la Cour des comptes. Il peut assurément désigner une commission d'enquête parlementaire conformément à l'article 230 E LRGC, mais il s'agit d'une procédure relativement lourde, dont le déclenchement suppose d'ailleurs « des faits d'une gravité particulière », qui est donc occasionnelle, coûteuse, et souvent assez longue. Mais il paraîtrait à première vue légitime de considérer que la Commission de contrôle de gestion, la Commission des finances ou un autre organe permanent pourrait également être chargé d'opérer un contrôle plus régulier, moins onéreux et moins spectaculaire. A l'appui de cette dernière thèse, il faut prendre en considération le rapport du 3 mai 2005, qui, au sujet de l'alinéa 6 de l'article 141 Cstc.-Ge, indique une analogie entre la haute surveillance sur la Cour des comptes et sur le Tribunal fédéral. Or l'article 162 de la loi fédérale sur le Parlement du 13 décembre 2002 renvoie aux dispositions relatives à la haute surveillance sur le Conseil fédéral, notamment quant à l'examen du rapport de gestion des tribunaux fédéraux. Ainsi, le droit fédéral, qui inspire généralement les législateurs cantonaux qui définissent les contours de la haute surveillance, soumet les juges fédéraux au même type de contrôle que l'exécutif et les organismes indépendants, avant tout par l'intervention des commissions de gestion. Il serait donc difficile de prétendre qu'une solution semblable est d'emblée exclue par le droit genevois. A cela s'ajoutent des considérations pratiques, car une commission permanente, qui est composée équitablement de représentants des groupes politiques, est rompue à ce type de contrôle et peut l'exercer d'une manière efficace et régulière.

¹⁴ Ibid. p. 68. Le projet de Constitution totalement révisée ne modifie pas le système (art.94 et 128).

Le professeur Blaise Knapp, dans son avis de droit du 29 septembre 2004, s'exprimait ainsi à l'intention du Grand Conseil qui préparait la création de la Cour des comptes : « Sauf circonstances exceptionnelles telles que la création de commissions d'enquête parlementaires, lorsque la législation en prévoit la possibilité, la haute surveillance s'exerce dans le cadre d'un examen de la gestion de l'autorité ou de l'organe faisant l'objet de la haute surveillance sur la base d'un rapport annuel établi par cette dernière autorité ou ce dernier organe. »¹⁵

d. Il reste à désigner l'organe qui pourrait être le mieux à même de remplir convenablement cette mission. Ici, il est permis d'hésiter. Trois organes permanents du Grand Conseil peuvent entrer en ligne de compte. D'abord, la Commission des finances, qui est « saisie...des rapports de la Cour des comptes » (art. 201, al. 2, lit. d, LRGC). Cependant, il ressort du texte de la loi que cette commission est chargée d'examiner les comptes, mais qu'elle est seulement habilitée à prendre connaissance des rapports de la Cour des comptes. Dès lors qu'elle fait fréquemment appel à cette dernière dans l'exécution de ses tâches propres, il serait à la fois peu conforme au texte légal et peu pratique de confier à la Commission des finances le soin de contrôler le fonctionnement régulier de la Cour des comptes.

Ensuite, la Commission de contrôle de gestion trouverait à la rigueur une base légale suffisante dans l'article 201A, alinéa 2, LRGC, pour vérifier la gestion de la Cour des comptes. Toutefois, non seulement il faudrait quelque peu solliciter le texte de l'alinéa 2 de cette disposition pour y assujettir la Cour des comptes. A cela s'ajoute la même difficulté pratique et le même risque de conflit d'intérêt qui ont déjà été rencontrés s'agissant de la Commission des finances. Dès lors que ces deux organismes font un fréquent appel à la Cour des comptes et se fondent sur ses rapports pour accomplir leurs propres missions, il ne paraîtrait guère judicieux d'en faire les surveillants de cette cour, d'autant que le législateur ne l'a pas prévu expressément.

¹⁵ Annexe au PL 8447-A, p.20. no. 73

Cependant, l'article 201A, alinéa 6, LRGC habilite le Grand Conseil à renvoyer à la Commission de gestion les objets touchant notamment le « domaine de la gestion publique ». Sous l'angle juridique, cette disposition permettrait, si le Parlement le voulait, de confier à cette Commission la surveillance régulière de la Cour des comptes.

Enfin, si l'on veut tenir compte de la volonté manifestée par les auteurs de la loi de voir le Grand Conseil « exercer directement la haute surveillance de la Cour des comptes et non par le biais d'une commission »¹⁶, on doit chercher le moyen d'assurer un contrôle qui soit à la fois non partisan, régulier et cependant respectueux de l'indépendance de la Cour des comptes. A défaut d'un autre organe, celui qui pourrait accomplir cette tâche serait le bureau, qui est représentatif des divers groupes parlementaires, élu chaque année pour une période de douze mois et chargé notamment de représenter le Grand Conseil. Certes, la compétence qui lui serait ainsi confiée, n'aurait pas non plus de base légale précise dans les articles 29 à 32B LRGC. Toutefois, on ne voit pas comment le Grand Conseil pourrait exercer « directement » la haute surveillance sur la Cour des comptes sans que le bureau intervienne. A vrai dire, il serait également concevable de confier la mission de haute surveillance à un autre organisme permanent qui serait à créer, mais cela impliquerait une révision de la loi portant règlement du Grand Conseil ou de la loi sur la Cour des comptes.

En résumé, la législation genevoise ne dicte aucune solution indiscutable. Le problème est d'autant plus délicat que la Cour des comptes reste une institution exceptionnelle et presque unique en Suisse. Seul le canton de Vaud a créé un organe semblable. Mais, à la différence du constituant genevois, le constituant vaudois n'a pas prévu la haute surveillance du Grand Conseil sur la Cour des

¹⁶ Voir note 12 ci-dessus.

comptes (art. 166 Cstc.-VD). Quant à la loi vaudoise sur la cour des comptes¹⁷ du 21 novembre 2006, elle dispose simplement que la Cour des comptes rend chaque année au Grand Conseil, par l'intermédiaire du Conseil d'Etat, son rapport d'activité (art. 22) ; à cela s'ajoute que les comptes et la gestion de la Cour des comptes « sont contrôlés chaque année par un auditeur agréé désigné par le Conseil d'Etat » (art. 23). Un pareil système pourrait également être adopté par le Canton de Genève, mais il faudrait à cette fin édicter la base légale nécessaire.

En définitive, il appartient au Grand Conseil, soit d'adapter la législation, soit d'attribuer, au moins provisoirement, l'exercice de la haute surveillance à son bureau, contrôle qui s'opérerait d'une manière permanente ou plus ponctuelle sur le fonctionnement de la Cour des comptes. La désignation d'une commission d'enquête parlementaire est de toute manière réservée à des situations exceptionnelles, d'une gravité particulière.

B1. Quelles sont les compétences de la Commission d'enquête parlementaire dans la conduite des investigations et dans la communication des résultats de ses travaux ?

Compte tenu de la conclusion énoncée ci-dessus, il convient de distinguer.

D'un côté, une commission d'enquête parlementaire exercerait toutes les attributions que lui confie l'article 230G en vue de l'établissement des faits, les autorités et leurs agents étant obligés de produire toutes les pièces en leur possession, de fournir tous les renseignements nécessaires, sans pouvoir opposer à la Commission d'enquête le secret de fonction. Comme en droit fédéral, la Commission d'enquête aurait donc des moyens d'investigation pratiquement illimités, les renseignements les plus confidentiels devant lui être fournis.

¹⁷ RSV 614.05.

D'un autre côté, la Commission de contrôle de gestion dispose également de pouvoirs étendus en vertu de l'article 201A, alinéa 7. Il est même permis de se demander si cette commission permanente n'a pas les mêmes pouvoirs que la Commission d'enquête occasionnelle. Si tel était le cas, le droit genevois serait très semblable au droit fédéral, qui donne aux délégations des commissions de gestion et des finances des possibilités quasi illimitées d'investigation, conformément à l'article 169, alinéa 2, Cst. et à l'article 154 de la loi fédérale sur le Parlement.

C. Le Grand Conseil se limite-t-il ensuite à rendre public le rapport ou dispose-t-il d'autres moyens décisionnels (recommandations non contraignantes, décisions avec à l'appui un projet de loi, sanctions ?)

Les commissions investies d'un pouvoir de haute surveillance n'ont aucune compétence décisionnelle. Quant au Parlement qui est appelé à se prononcer dans ce cadre, il prend des résolutions de nature politique et ne saurait ni donner des instructions ou injonctions ni casser une décision ni évidemment prononcer de sanction.

En revanche, il publie son rapport, la divulgation étant même l'un des buts de la haute surveillance, laquelle permet de donner les informations utiles aux citoyens. En d'autres termes, la haute surveillance a surtout pour objectif de vérifier la légalité, l'opportunité, l'efficacité et la régularité des actes qui lui sont assujettis. Mais il s'agit d'une opération de nature politique qui ne conduit à aucune mesure contraignante.

En revanche, l'examen de la gestion ou une enquête parlementaire peut amener le Parlement à faire des recommandations aux entités soumises à la haute surveillance, voire à envisager des réformes législatives. Telle est la pratique séculaire, tant au

niveau fédéral que cantonal. A cet égard, il n'y a aucune raison de penser que le droit genevois fait exception ; bien plutôt, les articles 201A, alinéa 8, et 230J LRGC confirment que la situation est la même à Genève qu'ailleurs.

S'agissant plus particulièrement de la haute surveillance sur la Cour des comptes, activité qui ne s'exerce pas au plan fédéral ni dans les autres cantons, il convient d'apporter quelques précisions. Ici, comme on l'a vu plus haut, la haute surveillance s'apparente au contrôle de la gestion des tribunaux. C'est dire qu'elle ne saurait porter que sur la gestion proprement dite de la Cour, et non pas sur le contenu de ses résolutions, propositions ou rapports. A cet égard, l'analogie avec la surveillance des tribunaux est utile. Lorsqu'ils examinent la gestion des tribunaux fédéraux, le Parlement ou ses commissions se gardent de prendre position sur le bien-fondé des jugements ou sur les critiques dont ils ont pu faire l'objet. De même que les juges, la Cour des comptes doit être indépendante du pouvoir politique dans le cadre de ses attributions propres, conformément à l'article 141 Cstc.-Ge. Le Grand Conseil peut certes exprimer son avis sur la manière dont la Cour s'acquitte de ses tâches, mais il n'a pas à se prononcer sur le contenu de tel ou tel rapport¹⁸. La doctrine relève en particulier que les commissions de gestion et leurs délégations ont étendu leurs investigations au fonctionnement-même du Tribunal fédéral et en particulier aux conséquences dommageables de problèmes relatifs au comportement d'un individu ou aux relations entre des personnes. Quoiqu'indépendant, le pouvoir judiciaire n'est donc pas à l'abri de l'examen de son activité, qu'il s'agisse de la gestion administrative, du respect des principes fondamentaux de procédure ou d'un examen au moins général de la jurisprudence. Si la possibilité d'une enquête parlementaire n'est plus contestée, ni au plan fédéral ni dans les cantons, la haute surveillance régulière permet également au parlement de vérifier que les tribunaux s'acquittent convenablement de leur tâche¹⁹.

¹⁸ Voir JFAubert, op. cit., p. 1284, no. 13 ad art. 169 ; SanktGaller Kommentar, pp 2493-4, no. 20 ad art. 169 et les citations.

¹⁹ Voir E. Baruh, op. cit., pp 88ss, notamment la note 544 p. 91.

II. SECRET DE FONCTION

A. Le bureau souhaite savoir si le secret de fonction lui est opposable ou est opposable au Grand Conseil dans l'exercice de sa haute surveillance ?

Avant d'examiner la portée du secret de fonction sur les rapports entre la Cour des comptes et le Grand Conseil dans le cadre de sa haute surveillance, il convient de définir brièvement la notion de secret de fonction.

1. LA DEFINITION DU SECRET DE FONCTION

Elle dépend à la fois du droit fédéral et du droit cantonal. C'est dire qu'il s'agit d'une notion complexe qui recouvre en même temps un devoir imposé au personnel étatique et un délit réprimé par le Code pénal.

L'article 320, chiffre 1, du Code pénal dispose : « 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. » Si cette norme fédérale implique un devoir pour tout magistrat ou fonctionnaire de respecter le secret, en revanche elle ne désigne pas de manière précise et exhaustive les personnes qui sont assujetties à cette obligation et ne détermine pas non plus les faits qui doivent être considérés comme secrets. Ces deux questions sont traitées par le droit de la collectivité publique dont il s'agit, en l'occurrence la législation genevoise. D'une manière générale, le cercle des personnes tenues au secret a eu tendance à s'élargir au cours des dernières décennies, tandis que l'objet du devoir de discrétion, c'est-à-dire les informations secrètes, est compris d'une manière plus restrictive, notamment depuis l'adoption de lois qui garantissent le droit du public à l'information. Il suit de là que le secret s'applique aux choses qui ne sont pas visées

par ces lois ou qui sont expressément déclarées secrètes par des dispositions spéciales, par exemple celles qui figurent aux articles 8, alinéa 4, de la loi genevoise sur la Cour des comptes et 7 du règlement d'organisation interne de cette Cour. Ces règles donnent une grande extension au secret imposé à la Cour, à ses membres et à son personnel.

Il n'est cependant pas toujours aisé de déceler les faits exacts dont la connaissance est réservée à un cercle limité de personnes. Afin de résoudre ce problème, il faut tenir compte de la raison d'être de l'institution, laquelle tend à protéger des intérêts, publics ou privés, qui méritent d'être sauvegardés. Néanmoins, il peut aussi arriver que l'intérêt au maintien du secret se heurte à un autre intérêt public, à la révélation de tel ou tel fait.

En tout état de cause, le secret ne peut porter que sur des faits et non sur des opinions. Ainsi, lorsqu'un membre d'une autorité collégiale exprime un autre avis que le reste du collège, il ne saurait être question de violation du secret de fonction²⁰.

Le devoir de discrétion ne vaut pas seulement à l'égard des particuliers ou de la presse, mais également envers les autorités étatiques tierces.

Dès lors, la préservation du respect de fonction se heurte presque nécessairement à l'exercice du contrôle parlementaire sur les organes de l'Etat. Il en va ainsi pour toutes les formes de surveillance, qu'il s'agisse des finances, de la gestion ordinaire ou d'une enquête occasionnelle. C'est dire que la question des rapports entre le devoir de fonction et l'obligation de se soumettre à la surveillance parlementaire est générale et fréquemment soulevée. La divulgation d'un fait couvert par le secret est une « révélation » au sens de l'article 320 CP, même lorsque l'interlocuteur est tenu

²⁰ Revue fribourgeoise de jurisprudence, 2000, p. 75.

par le secret de fonction²¹. Cependant, la révélation n'est pas punissable si elle a été « faite avec le consentement écrit de l'autorité supérieure » (art. 320, ch. 2, CP). Par exemple, c'est la Cour des plaintes du Tribunal fédéral qui peut délier du secret de fonction le juge d'instruction, et cela-même après la cessation des rapports de service, et bien entendu à sa demande, car seul le détenteur du secret est habilité à en demander la levée²².

Donner une portée trop large au secret et au pouvoir de l'autorité hiérarchique d'en refuser la levée reviendrait à rendre difficile, parfois impossible, la surveillance du Parlement sur l'administration. Voilà pourquoi, dans les dispositions topiques des lois fédérales et cantonales sur l'exercice du contrôle parlementaire figurent des précisions qui tendent à dissiper les doutes et les difficultés. Ainsi, suivant l'article 166, alinéa 1, de la loi fédérale sur le Parlement, « le secret de fonction ne constitue pas un motif qui peut être opposé aux délégations particulières des commissions de contrôle prévues par la loi ». De même, l'article 201A, alinéa 7, LRGC dit expressément que la Commission de contrôle de gestion ne peut se voir opposer le secret de fonction lorsqu'elle demande directement les renseignements et documents qu'elle juge utiles aux services et entités surveillés.

2. LES RAPPORTS ENTRE LA HAUTE SURVEILLANCE DU GRAND CONSEIL ET LE SECRET DE FONCTION APPLICABLE A LA COUR DES COMPTES

Il apparaît malheureusement que la législation genevoise n'est pas assez précise pour que cette question soit susceptible d'une réponse générale. Celle-ci dépend en effet de la solution des problèmes déjà évoqués, en particulier de la désignation de l'autorité qui est effectivement chargée de la haute surveillance.

²¹ ATF 114 IV 44 considérant 3.

²² ATF 123 IV 75 considérant b

L'intention de confier cette tâche directement au Grand Conseil a déjà été évoquée, mais elle n'est manifestement pas réalisable, puisqu'on n'imagine pas les cent députés exercer « directement » une pareille activité. Si la décision du Grand Conseil était de la confier à la Commission de contrôle de gestion, l'article 201A, alinéa 7, LRGC serait naturellement applicable, ce qui ne lèverait d'ailleurs pas toutes les difficultés, comme on le verra plus loin.

Si c'est le bureau du Grand Conseil qui est chargé d'exercer la haute surveillance en pratique, le respect du secret de fonction soulève un problème particulièrement délicat, dès lors que l'autorité qui serait ainsi attribuée à cet organisme n'aurait aucune base légale expresse et qu'en conséquence, ses rapports avec le secret de fonction ne seraient pas définis. Tel paraît d'ailleurs être un inconvénient majeur du projet éventuel d'attribuer une telle compétence au bureau du Grand Conseil.

On peut en effet se demander si, à défaut de toute base légale, un organisme parlementaire quelconque peut exiger la révélation de faits qui par leur nature sont couverts par l'obligation de secret. La question s'est posée à diverses reprises, mais généralement à propos de commissions d'enquête parlementaires qui avaient été instituées à une époque où la loi ne les prévoyait pas. Ainsi, dans l'affaire dite des Mirages, où le seul fondement juridique de la commission parlementaire ad hoc était une motion d'ordre, la difficulté fut levée par un arrêté du Conseil fédéral qui déliait les fonctionnaires de leur obligation de secret vis-à-vis des parlementaires chargés de l'enquête²³.

D'autres précédents se trouvent dans les cantons, où des commissions d'enquête ont été constituées sans base légale, par exemple en Valais dans l'affaire Savro ou à Berne dans l'affaire dite des dossiers fiscaux. Toutefois, les procédés qui furent utilisés dans ces cas ne sont pas pleinement pertinents dans la présente espèce, car

²³ FF 1964 II 362.

il s'agissait de commissions occasionnelles chargées d'élucider des faits bien déterminés et donc d'une activité limitée dans le temps. Ici, par contre, il s'agirait de confier au bureau une activité régulière, qui pourrait certes s'exercer de façon plus ou moins ponctuelle, mais dont l'objet ne serait restreint ni dans le temps ni d'un point de vue matériel. En conséquence, à défaut de base légale adéquate, il serait difficile de dire que le secret de fonction applicable à la Cour des comptes n'est pas opposable, d'une manière générale, au bureau du Grand Conseil. On pourrait assurément concevoir que le Parlement adopte une résolution qui, au moins dans des circonstances données, autorise le bureau à exercer la haute surveillance, sans que le secret de fonction ne lui soit opposable, par analogie avec l'alinéa 7 de l'article 201A LRGC. Mais le fondement resterait fragile et il serait sans doute plus correct d'instituer dans le même but une commission d'enquête parlementaire occasionnelle, si les circonstances le justifiaient, ce qui lèverait la plupart des difficultés juridiques, grâce à l'application de l'article 230G LRGC (voir lettre D ci-dessous). Il est vrai qu'on ne peut recourir à cette manière de faire que dans des situations exceptionnelles et qu'elle ne résout donc le problème que d'une manière très partielle.

Voilà pourquoi il paraît nécessaire de réglementer la haute surveillance du Grand Conseil sur la Cour des comptes par des dispositions légales appropriées, qui devraient être introduites soit dans la loi portant règlement du Grand Conseil, soit dans la loi instituant une Cour des comptes. En effet, les problèmes posés peuvent surgir à divers moments et, de toutes façons, la haute surveillance du Grand Conseil devrait s'exercer d'une manière permanente, respectueuse de l'indépendance de la Cour des comptes, mais capable de garantir le bon fonctionnement de cette institution et le respect de la volonté du Constituant de l'assujettir à un contrôle. En particulier, les règles qui devraient être adoptées trancheraient, si possible d'une manière suffisamment détaillée, le problème difficile du respect du secret de fonction, de sa levée, de son objet et de la procédure. La

nécessité d'une telle législation s'impose d'autant plus que le litige pouvant éventuellement surgir entre la Cour des comptes et le Grand Conseil ne pourrait selon toute vraisemblance pas être tranché par un tribunal. Dans le système judiciaire en vigueur, il n'est guère imaginable qu'un organe de l'Etat puisse porter un différend avec un autre organe devant un tribunal quelconque, fût-il constitutionnel, sauf éventuellement s'il s'agit d'un conflit de compétences²⁴. Il serait cependant difficile au juge de considérer qu'un problème relatif au secret de fonction de la Cour des comptes serait assimilable à un conflit de compétences au sens où on l'entend généralement dans la jurisprudence.

En résumé, le secret de fonction, n'est certainement pas opposable d'une manière générale et absolue au Grand Conseil dans l'exercice de sa haute surveillance, mais il pourrait être invoqué envers le bureau, à moins éventuellement que ce dernier ne soit investi par une résolution explicite du Grand Conseil d'un pouvoir d'investigation propre, base qui serait d'ailleurs fragile.

D. Est-ce que le secret lié aux délibérations internes du collège de la Cour des comptes doit être traité différemment de celui rattaché au traitement des rapports d'enquête de la cour des comptes ?

Pour répondre utilement à cette question, il faut partir de l'idée que l'organe chargé de la haute surveillance dans le cas donné est investi des larges pouvoirs d'investigation que lui reconnaissent les articles 201A ou 230G LRGC. Dans la mesure où l'autorité de contrôle peut exiger tous les renseignements et documents en rapport avec sa mission que détiennent les services ou les entités contrôlés, sans que le secret de fonction puisse lui être opposé, le problème est en partie résolu. Si le pouvoir ainsi défini paraît extrêmement étendu, cela ne signifie pas toutefois qu'il est tout à fait illimité. En réalité, il se heurte nécessairement à des frontières qui

²⁴ Par exemple, art. 136, al. 3, Cstc.-VD ; art. 104, al. 2, lit. d, Cstc.-JU ; voir **Baruh**, op. cit. pp 299-300, no. 777.

sont dans la nature des choses. Aussi faut-il distinguer, comme le suggère la question qui fait l'objet du présent examen.

a. D'un côté, la forme du traitement par la Cour des comptes des dossiers qui lui sont adressés et la régularité de ses activités ne sont pas couvertes par le secret de fonction, sous réserve éventuellement des droits des tiers protégés notamment par le droit fédéral (voir lettre C ci-dessous). En effet, il s'agit ici du fonctionnement proprement dit de la Cour des comptes et par conséquent de la manière dont elle s'acquitte de ses tâches, c'est-à-dire de la gestion au sens large. Dans la mesure où pourraient naître des soupçons ou des incertitudes quant à la bonne marche de l'institution, il serait légitime et normal que l'autorité exerçant la haute surveillance ait les moyens nécessaires à l'établissement des faits.

Les conditions dans lesquelles s'exerce ici le contrôle parlementaire dépendent à vrai dire du statut particulier que la Constitution genevoise donne à la Cour des comptes et qui diffère des statuts reconnus aux organes étatiques ordinaires. Quand il s'agit de la haute surveillance sur l'exécutif et encore davantage sur les tribunaux, la haute surveillance rencontre un obstacle qui se déduit de la séparation des pouvoirs. Celle-ci n'est certes pas érigée en principe dans la Constitution genevoise, mais cette dernière attribue clairement le pouvoir législatif au Grand Conseil, le pouvoir exécutif et l'administration générale au Conseil d'Etat et le pouvoir judiciaire qui en est séparé aux tribunaux (art. 70, 101 et 130 Cstc.-Ge). En l'occurrence toutefois, le principe de la séparation des pouvoirs, qui peut être regardé comme implicite en droit constitutionnel genevois, ne joue pas le rôle qui lui revient d'ordinaire. En effet, la Cour des comptes n'a pas exactement la position d'un « quatrième pouvoir » ainsi que cela ressort des compétences qui lui sont reconnues par l'article 141 Cstc.-Ge : opérer des contrôles et rendre publics des rapports qui comportent des recommandations, compétences qui relèvent certes du droit public, mais ne comportent pas d'élément de la puissance publique

proprement dite. Par suite, ce qui est déterminant ici, ce n'est pas la séparation des pouvoirs, mais l'indépendance et l'autonomie des activités de contrôle dont la Cour des comptes est chargée. Ce n'est pas elle qui est directement reconnue comme indépendante et autonome, mais bien le contrôle auquel elle se livre sur l'administration cantonale et les autres institutions de droit public, ainsi que sur les organismes subventionnés.

Si les opérations de contrôle sont indépendantes et autonomes, cette garantie donnée par la Constitution cantonale doit naturellement être respectée par l'autorité qui exerce la haute surveillance. Celle-ci ne doit donc pas empiéter sur la marge d'appréciation laissée à la Cour des comptes sans une nécessité manifeste, par exemple lorsqu'il s'agit de vérifier que la Cour fonctionne d'une manière raisonnablement régulière et efficace. En revanche, les opérations d'enquête de la Cour ne sauraient être elles-mêmes l'objet d'un examen dans le cadre de la haute surveillance sans que l'indépendance et l'autonomie du contrôle soient transgressées. Il y a donc une ligne de démarcation assez délicate que la haute surveillance ne devrait pas franchir, le critère décisif tenant à la distinction entre la forme (la bonne marche des affaires) et le fond (le contenu des enquêtes de la Cour des comptes). De surcroît, il importerait de veiller au respect de l'article 8, alinéa 4, de la loi instituant une Cour des comptes du 10 juin 2005, aux termes duquel « pendant toute la durée d'un contrôle, les magistrats de la Cour des comptes sont tenus au secret de fonction jusqu'à la publication du rapport y relatif » ; cette disposition, qui ne répond pas directement à la question examinée ici, devrait cependant inciter l'autorité de haute surveillance à exercer un contrôle *a posteriori* et non pas concomitant sur les activités de la Cour.

b. En ce qui concerne les délibérations internes du collège, elles ne peuvent être traitées que d'une manière différente, avant tout pour des motifs pratiques, mais également pour des raisons de principe.

D'une part, pour qu'une étude des délibérations internes d'un collège puisse être menée efficacement, il faudrait qu'elle puisse s'appuyer sur des documents fiables, c'est-à-dire sur des procès-verbaux formels, qui reproduiraient le contenu des discussions, seraient soumis à l'approbation des membres du collège et signés par eux. A défaut de telles pièces, le contrôle, qui pourrait tout au plus reposer sur des témoignages oraux, apparaîtrait comme illusoire. Dans le cas d'espèce, le soussigné ne sait pas si la Cour tient un procès-verbal formel de ses délibérations internes. Mais cela paraît peu probable et il faut partir ici de l'idée que tel n'est pas le cas.

Assurément, il est permis de se demander si un organe étatique comme la Cour ne devrait pas être obligé de consigner ses délibérations internes dans un procès-verbal formel. Un tel devoir n'est cependant pas prévu par la loi et il semble douteux que l'autorité de surveillance puisse l'imposer de son propre chef. La question s'est posée avec acuité dans plusieurs affaires qui avaient trait à la haute surveillance sur le Conseil fédéral. Dans l'affaire dite de la Caisse fédérale de pensions, la Commission d'enquête parlementaire a vainement demandé au Gouvernement les procès-verbaux des séances consacrées à la situation de la Caisse. Le Conseil fédéral s'y opposa en faisant valoir qu'il ne s'agissait pas de procès-verbaux formels mais de « simples mémorandums dont personne ne vérifiait la conformité et l'exhaustivité »²⁵. La controverse qui surgit alors fit apparaître un conflit d'intérêts qui n'a pas de solution satisfaisante. D'un côté, un collège doit pouvoir débattre librement pour pouvoir parvenir à la meilleure décision possible par la confrontation d'opinions divergentes. D'un autre côté, le principe de la collégialité oblige les membres de l'exécutif, d'un tribunal ou de la Cour des comptes à défendre la décision commune. Dans ces conditions, la liberté de discussion et la collégialité militent contre l'obligation d'établir un procès-verbal formel.

²⁵ FF 1996 V pp 133, 165.

Si, pour ces diverses raisons, le secret des délibérations est en principe opposable à l'autorité de haute surveillance, il n'est pas pour autant absolu et peut souffrir des exceptions lorsque la surveillance a précisément pour but d'identifier et de qualifier la responsabilité personnelle de tel ou tel membre du collège. En particulier, lorsque celui-ci connaît de graves dysfonctionnements, ces événements sont de grande portée et entrent dans la compétence de l'autorité de surveillance, en particulier d'une commission d'enquête parlementaire. Dans ces cas, l'intérêt au contrôle de l'activité gouvernementale l'emporte sur les intérêts protégés par le secret des délibérations. Suivant la doctrine, il n'est pas admissible qu'un collègue se soustraie entièrement au contrôle en s'abstenant de tenir un procès-verbal de ses délibérations²⁶. Ce même point de vue a été défendu par les commissions de gestion qui se sont penchées sur le traitement du « sauvetage » d'UBS²⁷.

En définitive, la seule solution vraiment sûre viendrait de l'adoption d'une norme légale qui réglerait la question en exigeant des procès-verbaux au moins sommaires ou au contraire en dispensant la Cour d'en tenir. Dans l'état actuel des choses, il appartient à l'autorité de haute surveillance, notamment à une commission d'enquête parlementaire, de requérir la production des documents existants, qui ne peuvent pas lui être refusés, et de combler les lacunes par l'audition des personnes concernées.

C. Est-ce que le secret protégé par le droit fédéral demande un traitement particulier ?

S'agissant d'une Cour des comptes cantonale, c'est en principe le droit genevois qui définit les bénéficiaires et l'objet du secret de fonction. Aussi le droit fédéral ne joue-t-il ici qu'un rôle tout à fait secondaire. Certes, il peut arriver que l'exercice de la haute surveillance, notamment une enquête parlementaire, risque de porter

²⁶ E. Baruh, *op. cit.* p. 161 no. 408.

²⁷ Rapport du 1^{er} juillet 2011, FF 2011 p. 6073ss, 6079-80.

atteinte aux droits de la personnalité protégés par le droit fédéral ou de violer d'autre normes fédérales, qu'il s'agisse de la sphère privée (art. 13 Cst.) des secrets fiscaux, bancaires ou d'affaires ou encore de données personnelles traitées par les assurances sociales et la police des étrangers. Cependant, les tâches assignées à la Cour des comptes sont de telle nature qu'elles touchent peu fréquemment les activités régies par le droit fédéral ou les droits de la personnalité. En effet, la Cour vérifie la légalité des activités administratives et la régularité des recettes et des dépenses décrites dans les comptes (art. 1^{er}, al. 2, de la loi du 10 juin 2005). Dans ces conditions, la situation personnelle des individus ne devrait être visée que d'une manière exceptionnelle.

Il n'est cependant pas exclu que la question se pose en pratique. Suivant le droit fédéral, une commission d'enquête ou la délégation des commissions de gestion accèdent sans restriction même aux documents officiels qui devraient rester secrets pour des motifs de protection de la personnalité²⁸. Pour sa part, la législation genevoise, dans son état actuel, ne permet pas d'apporter une réponse catégorique au problème posé. A titre de comparaison, il faut rappeler le précédent de la Commission d'enquête du Grand Conseil vaudois sur la Banque cantonale, laquelle a refusé de communiquer les indemnités perçues par les directeurs généraux afin de protéger leur droit de la personnalité. La doctrine a critiqué cette manière de faire, la divulgation des informations au commissaire enquêteur devant être la même qu'en droit fédéral même quand le droit cantonal est moins explicite²⁹. Ce dernier point de vue est cependant peut-être un peu trop absolu.

Lorsque le secret de fonction se justifie par la protection des droits de la personnalité, l'autorité n'échappe pas au devoir de se livrer à une pesée des intérêts, publics et privés, qui sont en jeu. Si la haute surveillance obéit à des impératifs importants, le secret de fonction est également justifié par des considérations

²⁸ E. Baruh, op. cit. p. 140, no. 359.

²⁹ E. Baruh, op. cit. p. 140-1, no. 359 et les citations.

d'ordre à la fois public et privé (rapports de confiance au sein de l'administration et avec les tiers, maintien de la hiérarchie, défense des justiciables dont la bonne foi ou la sphère intime pourraient être lésées si des informations confidentielles étaient divulguées). C'est dire que le poids respectif de ces considérations opposées varie d'un cas à l'autre et doit être évalué avec le plus grand soin dans chaque espèce. A cela s'ajoutent deux critères secondaires dont il faut également tenir compte.

Le premier découle du devoir de secret auquel est assujettie la commission qui exerce la haute surveillance. Cette obligation trouve une base quelque peu ambiguë dans l'article 230F LRGC s'agissant des commissions d'enquête et manque en revanche de fondement explicite à l'article 201A LRGC en ce qui touche la commission du contrôle de gestion. Sur ces deux points, il serait certes utile de préciser les dispositions légales. Néanmoins, les faits confidentiels portés à la connaissance des commissions de haute surveillance doivent être regardés comme couverts par le secret de fonction et, s'il y avait le moindre doute, la commission pourrait - et même devrait - assujettir ses membres au respect du secret, dès lors qu'une base légale formelle n'est pas absolument nécessaire, comme l'a reconnu la jurisprudence³⁰.

Le second facteur subsidiaire qui entre en ligne de compte tient à la possibilité de rendre anonymes les renseignements contenus dans les pièces fournies à la commission par l'organisme requis. L'opération peut certes rencontrer des difficultés pratiques, mais celles-ci ne sont jamais que relatives, l'essentiel demeurant que la personne est suffisamment protégée, aussi longtemps qu'il est impossible de prouver qu'elle est mêlée à telle ou telle affaire. En d'autres termes, la communication des pièces et leur contrôle par la commission de surveillance compétente doivent autant que possible respecter les droits de la personnalité, en caviardant les passages litigieux ou en effaçant les noms propres. Des solutions de

³⁰ ATF 107 IV 185 ; voir aussi ATF 108 IV 185.

ce type ont été trouvées dans le Canton de Berne par la Commission spéciale d'enquête sur les dossiers fiscaux dans les années 1980 et dans le Canton de Vaud par l'organe délibérant lausannois au début des années 1990, s'agissant de l'accès aux dossiers de police judiciaire que la loi cantonale déclarait explicitement secrets. Ainsi, la protection de la sécurité publique, du secret bancaire ou fiscal, les droits fondamentaux de la personnalité ne font pas obstacle à des investigations conduites dans le cadre de la haute surveillance, mais la commission compétente pour l'exercer est tenue de procéder à une rigoureuse pesée des intérêts et à observer dans toute la mesure du possible les dispositions légales topiques, qu'elles résultent du droit fédéral ou cantonal.

D. 1. L'article 230G, alinéa 3, LRGC est-il suffisant pour permettre à la Commission d'enquête parlementaire d'exercer son mandat ou faut-il prévoir des dispositions supplémentaires ?

D'une manière générale, les articles 230 E à 230J LRGC ont pris pour modèle les règles correspondantes du droit fédéral et de la plupart des législations cantonales. Les dispositions genevoises sont particulièrement complètes pour ce qui est de la Commission d'enquête parlementaire, alors qu'elles souffrent d'importantes lacunes s'agissant de l'exercice de la haute surveillance en temps ordinaire et en dehors de circonstances exceptionnelles.

D. 2. Qu'en est-il du secret d'un magistrat de la même cour n'étant plus en fonction car ayant démissionné il y a plus d'une année ?

Suivant la pratique usuelle, les magistrats qui ne sont plus en fonction restent néanmoins tenus de coopérer avec une commission d'enquête parlementaire. Au besoin, ils peuvent être astreints à cette obligation en vertu de l'article 230G, alinéa 4, LRGC. Ils sont encore assujettis au secret de fonction, qui, pour remplir son but,

doit survivre à l'exercice de la fonction. En effet, le secret conserve la même nécessité et sert les mêmes intérêts au-delà de la fin des fonctions. Le secret qui y est attaché ne dépend pas de critères formels mais bien de facteurs matériels : ce qui est décisif, c'est qu'une personne a eu connaissance d'un fait confidentiel « à raison de sa charge ou de son emploi » (art. 320, ch. 1, du Code pénal). Suivant la jurisprudence, le devoir de garder le secret ne s'éteint qu'avec le décès de celui qui a appris le fait en qualité de membre d'une autorité ou de fonctionnaire³¹. En conséquence, la date de la fin des fonctions importe peu et les règles applicables sont identiques, qu'un magistrat soit encore en fonction ou non.

D. 3. Est-ce qu'un renvoi à la disposition propre pour la Commission d'enquête parlementaire permettrait à une commission d'enquête extraparlamentaire de remplir son mandat ?

Il ne semble pas que le droit genevois autorise la constitution d'une commission d'enquête extraparlamentaire pour exercer la haute surveillance ou pour procéder à une enquête parlementaire proprement dite. La haute surveillance prévue par la Constitution cantonale est confiée au Grand Conseil et, d'après les travaux préparatoires, ce dernier devrait même l'exercer « directement », ce qui n'est guère possible en pratique, mais implique néanmoins que les opérations de contrôle puissent être exécutées seulement par des députés, réunis en une commission permanente ou occasionnelle. Une éventuelle commission extraparlamentaire serait donc démunie de tout pouvoir et pourrait tout au plus procéder à un examen qui s'apparenterait à une expertise ou à un audit. Mais elle ne jouirait pas des moyens d'investigation contraignants que la LRGC donne à la Commission de contrôle de gestion ou à une commission d'enquête parlementaire ou encore à la Commission des finances.

³¹ ATF 123 IV c 2a.

III. COMPETENCE D'UNE COMMISSION D'ENQUÊTE PARLEMENTAIRE OU EXTRAPARLEMENTAIRE

A. Est-ce que les dispositions actuelles relatives au fonctionnement de la Commission d'enquête parlementaire permettent au Grand Conseil d'exercer seul sa mission de haute surveillance ? Des adaptations seraient-elles nécessaires ?

Cette question particulière se pose en raison de la position spécifique de la Cour des comptes au sein des autorités cantonales. La Cour est une de ces autorités, et, comme telle, elle est susceptible de faire l'objet d'une enquête parlementaire, au sens de l'article 230E, alinéa 1, LRGC. Cependant, la loi permet en principe au Conseil d'Etat d'intervenir dans la procédure, car c'est généralement lui, son administration ou des organismes dépendant de l'exécutif qui sont visés par l'enquête parlementaire. Ainsi, l'article 230G, alinéa 6, habilite le Conseil d'Etat à présenter en tout temps à la Commission d'enquête parlementaire « ses arguments et objections à propos des actes d'instruction » ; de plus, l'article 230L autorise le Conseil d'Etat à prendre position sur le projet de rapport avant que celui-ci ne soit diffusé.

Lorsque, situation qui n'est pas expressément envisagée par la loi, c'est la Cour des comptes qui est visée par une enquête parlementaire, elle peut être traitée comme le serait le Conseil d'Etat, sans que des difficultés insurmontables n'apparaissent. En particulier, suivant l'article 230G, alinéa 2, appliqué par analogie, la Commission doit commencer ses travaux par l'audition de la Cour des comptes. Puis celle-ci peut présenter des arguments ou objections à propos des actes d'instruction de la Commission. Ensuite, elle a le droit de prendre connaissance du projet de rapport et enfin de se déterminer oralement ou par écrit aux termes de l'article 230L LRGC.

Cette dernière disposition ne touche d'ailleurs pas que le Conseil d'Etat et prévoit la soumission du projet de rapport « aux autres autorités et aux personnes concernées ».

Il est permis de se demander si, la Cour des comptes étant assujettie à une enquête parlementaire, le Conseil d'Etat est néanmoins habilité à prendre position et à intervenir conformément aux articles 230G et 230L LRGC. La réponse à cette question semble devoir être négative, dès lors que la Cour des comptes a été conçue comme une autorité tout à fait indépendante et autonome et qu'elle n'est rattachée en rien à l'administration cantonale, ni d'un point de vue organique ni sous un angle fonctionnel. Toutefois, quand même elle n'y serait pas tenue, une commission d'enquête parlementaire pourrait sans doute autoriser le Conseil d'Etat à intervenir, en vertu de son pouvoir d'appréciation et de conduite de la procédure.

B. Est-ce qu'une commission d'enquête extraparlamentaire pourrait fonctionner avec un simple renvoi à une application par analogie des dispositions relatives à la Commission d'enquête parlementaire ?

Ce problème a déjà été examiné sous chiffre II D 3. Une solution négative s'impose, puisque les pouvoirs exorbitants d'une commission d'enquête parlementaire se justifient uniquement par la règle constitutionnelle qui soumet la Cour des comptes à la haute surveillance du Grand Conseil. Ce dernier ne saurait déléguer à des tiers, qui par hypothèse seraient des personnes privées, une attribution constitutionnelle qui lui est confiée en sa qualité d'autorité supérieure de l'Etat, directement élue par le peuple.

Préverenges, le 27 septembre 2012

Etienne Grisel

