

*Proposition présentée par les députés :
M^{mes} et MM. Pierre Vanek, Jocelyne Haller,
Salika Wenger, Michel Ducommun, Magali
Orsini, Christian Grobet, Olivier Baud,
Christian Zaugg*

Date de dépôt : 13 février 2014

Proposition de résolution concernant le recours de M. Daniel Devaud du 29 janvier 2014

Considérant la correspondance 3311 adressée au Grand Conseil, annexée à la présente résolution ;

le GRAND CONSEIL de la République et canton de Genève

fait droit à ces demandes.

Daniel Devaud



GRAND CONSEIL	
Expédié le: 31.01.2014	Séssion GC: 13-14.2.2014
Président	Députés (100)
Correspondance GC	Bureau
Secrétariat	Chefs de groupe
Commission: -	
Objet: -	
Copie à:	

Grand Conseil
Case postale 3970

1211 Genève 3

Genève, le 29 janvier 2014

Concerne : P/11427/2914 – violation du secret de fonction - recours

Monsieur le président,
Mesdames et Messieurs les députés,

La décision d'Olivier Jornot du 16 janvier 2014¹, que je soumetts à votre examen par le présent recours, s'inscrit directement dans le cadre du harcèlement dont je fais l'objet depuis que j'ai annoncé, en août 2012, ma décision de ne pas me représenter à l'élection à la Cour des comptes considérant, pour l'essentiel, que les candidats aux côtés desquels j'aurais dû me présenter ne présentaient pas les qualités requises par la fonction.

Comme vous le savez, durant l'automne 2012, alors que j'étais encore en fonction, votre conseil n'a pas su me protéger efficacement contre le « *mobbing* » de mes collègues dont j'étais la victime m'obligeant à mettre fin, avant terme, au mandat que m'avaient confié les électrices et électeurs de notre République.

Depuis lors, le harcèlement s'est déplacé sur le plan judiciaire, avec votre concours, dans le cadre d'une première procédure en violation du secret de fonction initiée d'office par Olivier Jornot sur la base d'articles de presse. Dans ce cadre, il m'est reproché de vous avoir transmis, en tant qu'autorité de surveillance de la Cour des comptes, deux versions du rapport sur la FPLC.

Comme vous le savez aussi, par la transmission de ces deux versions, j'entendais seulement vous montrer l'inanité des propos attentatoires à l'honneur que Florian Barro diffusait largement dans les médias.

Vous avez pu suivre une partie des développements de cette procédure par la lecture des différentes écritures dans le cadre de la procédure au Tribunal fédéral concernant la levée de mon immunité.

Plus récemment, je vous ai adressé copie d'un courrier du 14 décembre 2013 envoyé à Yves Bertossa, premier procureur, sur la manière avec laquelle sont instruites les procédures en

¹ Pièce n° 1.

violation du secret commise par un ou plusieurs membres du Grand Conseil concernant les incidents à la Cour des comptes de l'automne 2012. Vous avez décidé de porter ce courrier à votre Mémorial.

Par mandat de comparution du 12 décembre 2013, Olivier Jornot me convoquait le 25 février prochain « *pour être entendu personnellement en qualité de prévenu* » au sujet d'une dénonciation de la Cour des comptes du 22 juillet 2013 pour violation du secret de fonction (P/11427/2013).

Dès réception de ce mandat de comparution, j'ai prié Olivier Jornot de me confirmer qu'il avait déjà sollicité de votre conseil l'autorisation de poursuivre prévue par les art. 4A LICC et 10 LaCP. A défaut, je le priais d'entreprendre cette démarche le plus rapidement possible. Vous avez reçu copie de ce courrier.

En réponse, par courrier du 6 janvier 2014, Olivier Jornot me répondait ce qui suit : « *Les faits qui vous sont reprochés dans le cadre de la procédure mentionnée sous rubrique étant postérieurs à la fin de votre mandat de magistrat de la Cour des comptes, il n'y a pas lieu à procédure d'autorisation de poursuivre.* »

Par lettre du 7 janvier 2014, dont vous avez également reçu copie, j'invitais formellement Olivier Jornot à solliciter du Grand Conseil l'autorisation de poursuivre dans les termes ci-après :

Votre mandat de comparution pour le 25 février 2014 indique ce qui suit : « Daniel DEVAUD. Dénonciation de la Cour des Comptes pour violation du secret de fonction du 22 juillet 2013 ». C'est donc bien une infraction en relation avec ma fonction de magistrat de la Cour des comptes qui – semble-t-il – m'est reprochée par la Cour des comptes depuis juillet 2013.

Elle tombe ainsi sous la protection des art. 4A LICC et 10 LaCP. Vous voudrez donc bien solliciter sans délai l'autorisation de poursuivre du Grand Conseil. A défaut, vous voudrez bien rendre une décision motivée en fait et en droit avec indication des délais et voies de recours.

C'est dans ce contexte que, par acte du 16 janvier 2014, Olivier Jornot a rendu une décision dont la teneur est la suivante :

Vu la procédure P/11427/2013 ;

Attendu que le 22 juillet 2013, la Cour des comptes, sous la plume de son président François PAYCHERE, a adressé une dénonciation au Ministère public, laquelle portait sur la publication par Daniel DEVAUD, sur son site internet, du courrier qu'il avait adressé le 12 juin 2013 à la commission d'enquête parlementaire sur la Cour des comptes instituée par le Grand Conseil ;

Vu l'ouverture d'une instruction pénale pour violation du secret de fonction (art. 320 CP) intervenue le 29 octobre 2013 ;

Vu les courriers de Daniel DEVAUD des 16 décembre 2013 et 7 janvier 2014, par lesquels le prévenu invite le Ministère public à saisir le Grand Conseil d'une demande d'autorisation de poursuivre au sens des art. 4A LICC et 10 LaCP ;

Attendu que Daniel DEVAUD a mis fin, par démission, à ses fonctions de magistrat à la Cour des comptes au 31 octobre 2012 (<http://www.cdc.ge.ch/fr/qui-sommes-nous/organisation.html>) ;

Que la Cour des comptes a par ailleurs été entièrement renouvelée à la faveur d'élections en date du 4 novembre 2012 (<http://www.ge.ch/elections/00121104/>) ;

Qu'au moment où Daniel DEVAUD a adressé en date du 12 juin 2013 son courrier litigieux à la commission d'enquête parlementaire sur la Cour des comptes du Grand Conseil, il n'était plus en fonction ;

Que l'infraction présumée, soit la diffusion en ligne du courrier précité, est nécessairement intervenue après le 12 juin 2013, soit à une époque où Daniel DEVAUD n'était plus magistrat ;

Vu l'art. 4A LICC, lequel assimile, en matière de poursuite sur autorisation, les magistrats de la Cour des comptes aux magistrats du pouvoir judiciaire et décrète les art. 9 et 10 LaCP applicables par analogie ;

Vu l'art. 10 al. 1 LaCP, selon lequel "pour les crimes et les délits commis dans l'exercice de leurs fonctions, les conseillers d'Etat et les magistrats du pouvoir judiciaire ne peuvent être poursuivis pénalement qu'avec l'autorisation préalable du Grand Conseil" ;

Attendu que la notion d'exercice des fonctions s'interprète de façon stricte (commentaire romand du CPP, R. ROTH, ad art. 7, n° 30) ;

Qu'au moment où il a adressé à la commission d'enquête parlementaire son courrier du 12 juin 2013, et a fortiori lorsqu'il a mis ce dernier en ligne, Daniel DEVAUD n'exerçait plus sa fonction de magistrat de la Cour des comptes ;

Que les art. 4A LICC et 10 LaCP ne s'appliquent dès lors pas à la présente procédure, si bien que la poursuite de Daniel DEVAUD n'est pas soumise à l'autorisation du Grand Conseil ;

le Ministère public

- 1. Constate que la poursuite de Daniel DEVAUD dans le cadre de la procédure P/1142712013 n'est pas soumise à l'autorisation du Grand Conseil ;*
- 2. Rejette la requête de Daniel DEVAUD tendant à la saisine du Grand Conseil.*

Selon Olivier Jornot, sa décision peut être soumise à la Chambre pénale des recours dans les dix jours.

Pour des raisons sur lesquelles je reviens ci-après, je suis d'un avis différent.

Selon moi, il vous appartient de trancher la question préalable de la soumission ou non à la procédure d'autorisation de poursuivre un magistrat au bénéfice de l'immunité.

Si vous étiez d'un avis différent, il vous appartiendra de rendre une décision motivée de transmission du présent recours à la chambre pénale des recours pour décision.

A toutes fins utiles, pour éviter toute discussion sur l'éventuelle forclusion, je vous transmets ces lignes dans le délai de dix jours fixé par Olivier Jornot, étant rappelé pour le surplus qu'il appartient, en droit public, à une autorité saisie régulièrement qui se déclarerait incompétente pour trancher la question qui lui est soumise de transmettre d'office le recours à l'autorité compétente.

De quoi s'agit-il ?

EN FAIT

1. Par courrier du 15 août 2012 aux mouvements politiques qui l'avaient sollicité en 2011 pour se présenter à la CdC, le soussigné a informé qu'il ne briguerait pas, en automne 2012, un second mandat de six ans à la CdC.
2. Dès que ce courrier a été porté à la connaissance de ses collègues, les fortes entraves qui avaient, pour partie, motivé sa décision de ne pas se représenter se sont muées en un sabotage méthodique des dossiers dont le soussigné assumait la supervision et en une mise à l'écart pratiquement totale de tous les processus internes de décision, le tout accompagné de menaces, d'agressions verbales, puis même physiques.

A titre d'illustration de ce qui précède, le 12 septembre 2012, Stéphane Geiger jetait le contenu d'un seau rempli d'eau sur le soussigné dans son bureau.
3. Par communiqué de presse du 27 septembre 2012, le Bureau du Grand Conseil informait qu'il était arrivé à la conclusion que la création d'une commission d'enquête parlementaire pour établir les faits était nécessaire.
4. Entre fin août 2012, date de son audition par le Bureau du Grand Conseil, et le 10 octobre 2012, le soussigné a adressé plus d'une demi-douzaine de courriels/courriers au Grand Conseil en vue de le sensibiliser à l'impossibilité dans laquelle il se trouvait de remplir le mandat qui lui avait été confié par le Conseil général en raison du comportement de ses collègues.
5. Le 11 octobre 2012, la proposition du Bureau du Grand Conseil de constituer une commission d'enquête parlementaire a été rejetée par le Grand Conseil par 50 voix contre 40 et une abstention. Il y a tout lieu de penser que le Grand Conseil a pris sa décision sans avoir connaissance des éléments figurant dans les courriers/courriels précités.
6. Au vu de cette situation, et compte tenu :

- de l'incapacité du Grand Conseil de prendre des mesures propres à assurer sa sécurité et à lui permettre d'exécuter correctement le mandat que lui avait confié le Conseil général jusqu'à son terme ;
- de l'absence de toute réaction à ses différents courriers/courriels ;

le soussigné a adressé le 15 octobre 2012 sa démission de la Cour des comptes pour le 31 octobre 2012.

7. Dans les jours qui ont suivi, soit les 16, 17 et 18 octobre 2012, un des représentants de l'entité concernée par l'audit évoqué dans le courrier du soussigné du 10 octobre 2012, a violemment pris à partie ce dernier dans les médias, rompant ainsi le devoir de discrétion auquel il était astreint.

Dans le même temps, en s'en prenant au soussigné par voie de médias, ce représentant, Florian Barro, rendait publique l'identité de ladite entité que le recourant avait pris le plus grand soin de préserver dans tous ses courriers/courriels au Grand Conseil en tant qu'autorité de surveillance. Etaient également révélés – dans les grandes lignes – les dysfonctionnements de l'audit dans la gestion d'un dossier immobilier.

8. Le 22 octobre 2012, au vu des allégations de l'audit, allégations inexactes et attentatoires aussi bien à son honneur qu'à celui des collaboratrices et des collaborateurs de la Cour des comptes et en l'absence de toute réaction de la Cour des comptes condamnant fermement les propos du président de cet audit, le soussigné a considéré de son devoir d'apporter à l'autorité de surveillance de la Cour des comptes – le Grand Conseil - les éléments qui lui permettent de mesurer l'inanité et la malveillance des allégations dudit représentant en lui communiquant les deux versions du rapport concernant la FPLC dont la publication était en souffrance depuis le mois de juin 2012.

Pour le soussigné, cette communication à l'autorité de surveillance de la CdC s'imposait avant toute autre communication au Conseil général.

9. Le lendemain de cet envoi, le 23 octobre 2012, après plusieurs péripéties qu'il n'y a pas lieu de rappeler ici, Olivier Jornot, procureur général, s'est rendu dans les locaux de la CdC accompagné d'un premier procureur, Stéphane Grodecki, pour perquisitionner dans le bureau et l'ordinateur du soussigné.

Il a indiqué au soussigné qu'il avait décidé – après lecture de la presse matinale – d'ouvrir une information pénale pour violation du secret de fonction tout en précisant qu'il n'avait aucune connaissance de la teneur des courriers et annexes que le recourant avait envoyés le jour précédent au Grand Conseil en tant qu'autorité de surveillance de la CdC. Aucune plainte pour violation du secret de fonction n'avait – et n'a à ce jour - été déposée par la CdC ou par son organe de surveillance.

Le matin de sa visite à la CdC, plus précisément dans l'heure qui a suivi son départ de la CdC, Olivier Jornot informait largement par communiqué de presse qu'il avait ouvert une information pénale à l'encontre du soussigné pour violation du secret de fonction et qu'il avait perquisitionné le bureau de celui-ci à la CdC.

Cette information a été largement diffusée dans les médias du jour même et du lendemain avec des photographies et des vidéos des scellés apposés sur son bureau avec son nom visible sur la porte.

10. Par lettre du 26 octobre 2012 au Grand Conseil, Olivier Jornot a demandé la levée de l'immunité du soussigné pour les faits décrits dans son ordonnance de perquisition et de séquestre.
11. Le 16 novembre 2012, le Grand Conseil a décidé par 61 voix contre 27 et 2 abstentions la création d'une commission d'enquête parlementaire (ci-après CEP) pour examiner le fonctionnement de la CdC.

Cette décision est consécutive au courrier que le recourant lui a fait tenir le 22 octobre 2012 comme l'ont déclaré certains députés favorables à la création d'une commission d'enquête parlementaire alors qu'ils y étaient opposés le 11 octobre.

12. Le 13 décembre 2012, le Grand Conseil de la République et canton de Genève a décidé de lever l'immunité du recourant. Sa décision a été communiquée à la presse le soir même. Dans la « *Tribune de Genève* » du 15 décembre, un député a évoqué un règlement de compte politique.
13. La CEP a entendu le soussigné le 29 janvier 2013. Lors de cette audition, la CEP n'a pour l'essentiel questionné le soussigné que sur des questions très générales portant sur sa perception de l'indépendance de la CdC, sur sa perception de la collégialité, etc. Elle ne lui a posé qu'une seule question précise sur un courrier de la FPLC du 10 août 2012 qu'elle avait entre ses mains.

L'échange autour de ce courrier a révélé que la CEP n'avait pas obtenu de la CdC une documentation appropriée sur les difficultés rencontrées, celle-ci se retranchant derrière le secret de fonction.

14. A la demande de la CEP, et par courrier du 18 février 2013, le soussigné a suggéré à celle-ci de se faire remettre la documentation pertinente. Dans ce courrier, le soussigné a expliqué qu'il ne disposait plus de l'entier de ladite documentation du fait du séquestre pénal opéré par Olivier Jornot sur son bureau et sa documentation informatique.
15. La CEP a entendu le soussigné une seconde fois très brièvement le 12 avril 2013. Lors de cette seconde audition, il est apparu que la CEP n'avait toujours pas reçu de la CdC l'essentiel des documents pertinents à la compréhension de la situation ayant conduit à la création de la commission d'enquête. La CEP a demandé au soussigné s'il avait des copies de quelques documents cités nommément dans son courrier du 18 février et, cas échéant, de les lui remettre, ce que le soussigné a fait deux jours plus tard par courrier du 14 avril 2013.

La CEP n'a jamais entendu spécifiquement le soussigné sur les documents que ce dernier lui avait transmis par pli du 18 avril 2013 pas plus qu'elle ne l'a entendu sur la documentation – très partielle semble-t-il – remise, non sans grande difficulté, par la CdC.

16. Par lettre du 27 mai 2013, la CEP invitait le soussigné à venir prendre connaissance de son projet de rapport le 10 juin et fixait au soussigné un délai – qu'elle qualifiait de raisonnable – de 48 heures pour lui faire ses éventuelles observations.
17. Le soussigné a donc, dans le délai imparti, fait connaître ses observations à la CEP (lettre du 12 juin 2013 portée au Secrétariat général du Grand Conseil aux environs de 17h. Cette lettre comportait plus de trente pages).

Pratiquement, la CEP n'a tenu aucun compte de ces observations.

Dans le dernier paragraphe de ce courrier, le soussigné indiquait ce qui suit : *« Je souhaite – pour le cas où vous décidiez de ne tenir aucun compte de mes observations (ne serait-ce que pour des raisons de planning de vos travaux) – que ces lignes soient portées à la connaissance du Grand Conseil. »*

18. En date du 14 juin 2013 dans la matinée, la CEP présentait à la presse son rapport. Elle avait convoqué les médias le jour avant. Les observations du soussigné n'étaient pas annexées audit rapport.

En revanche, les représentants de la CEP ont invité les journalistes qui le souhaitaient à venir prendre connaissance desdites observations l'après-midi au Secrétariat général du Grand Conseil, les rendant par là même publiques².

A la connaissance du soussigné, les observations mises à disposition de la presse au Secrétariat général du Grand Conseil n'avaient pas été caviardées.

19. Le même jour, soit le 14 juin 2013, la CdC mettait en ligne sur son site internet ses propres observations à la CEP.

Dans ces observations, la CdC rendait public un courrier du 26 avril 2012 au soussigné sans faire aucune mention de sa réponse écrite du 29 avril 2012 à ce courrier.

Plus intéressant encore, la CdC révélait une démarche auprès du Bureau du Grand Conseil en mai 2012, démarche faite à l'insu du soussigné et - semble-t-il - d'un autre magistrat suppléant présenté par l'Alliance de gauche.

Le soussigné n'a appris l'existence de cette démarche que le 14 juin 2013, soit plus d'un an après celle-ci, par la lecture des observations de la CdC datées du 12 juin 2013 !

20. Le 20 juin 2013, soit la veille du débat au Grand Conseil sur le rapport de la CEP, le soussigné a également mis en ligne sur son site internet ses propres observations au projet de rapport de la CEP après avoir pris soin de caviarder les quelques informations qui pouvaient encore avoir un caractère confidentiel.

Il souhaitait notamment faciliter la tâche des députés éventuellement intéressés à connaître ses observations sur le rapport qu'ils étaient invités à approuver.

² Pièce n° 2 - Le Courrier du 15 juin 2013.

21. Le 22 juillet 2013, « la Cour des comptes, sous la plume de son président François PAYCHERE, a adressé une dénonciation au Ministère public, laquelle portait sur la publication par Daniel DEVAUD, sur son site internet, du courrier qu'il avait adressé le 12 juin 2013 à la commission d'enquête parlementaire sur la Cour des comptes instituée par le Grand Conseil ».
22. Le 29 octobre 2013, soit plus de trois mois plus tard, Olivier Jornot ouvrait une instruction pénale pour violation du secret de fonction. Puis, six semaines plus tard, soit le 12 décembre 2013, le même Olivier Jornot adressait au sous-signé un mandat de comparution pour le 25 février 2014.

CONSIDERATIONS JURIDIQUES

Autorisation de poursuivre et immunité

22. A teneur de l'art. 10 LaCP, auquel renvoie l'art. 4A LICC, les magistrats de la CdC ne peuvent être poursuivis pénalement pour les crimes et les délits commis dans l'exercice de leurs fonctions qu'avec l'autorisation préalable de poursuivre du Grand Conseil. Il appartient au Ministère public d'en faire la demande.
23. Selon Robert Roth, l'autorisation de poursuivre est une condition de la poursuite ; sa non-obtention constitue un obstacle à la poursuite. Toujours selon cet auteur, une procédure préliminaire ne saurait être engagée tant que l'autorisation n'a pas été sollicitée et obtenue.
24. Est soumise à autorisation du Grand Conseil toutes les poursuites envisagées contre un magistrat de la CdC pour un crime ou un délit commis dans le cadre de ses fonctions, quel que soit le moment où il est envisagé d'engager ladite poursuite. En d'autres termes, dès lors qu'il s'agit d'une suspicion de crime ou délit commis dans le cadre de la fonction, l'autorisation du Grand Conseil est requise.
25. L'immunité des magistrats a pour but d'assurer aux membres des autorités la possibilité de remplir leurs obligations; il y a donc nécessité de les protéger contre les empêchements illicites (plaintes pénales ou ouvertures d'informations pénales injustifiées, etc.). Elle a aussi pour but de protéger la dignité de la fonction de magistrat et de ne pas donner aux citoyennes/citoyens le sentiment que certains de leurs magistrats élus sont victimes de règlements de compte/vengeances/représailles parce qu'ils n'entendent pas participer à la dissimulation de dysfonctionnements de l'institution dans laquelle ils siègent ou siégeaient.

Corollairement, les magistrats ne doivent pas être dissuadés de respecter fidèlement leur serment de crainte de règlements de comptes politiques pendant ou après l'exercice de leur fonction.

Enfin, un magistrat – ou ancien magistrat - et son entourage – peut attendre que son travail et son honneur ne soient pas entraînés dans la boue ce qui peut notamment compromettre son avenir professionnel.

La protection supplémentaire de l'art. 26 al. 3 de la constitution genevoise

26. Depuis le 1er juin 2013, la nouvelle constitution de la République et canton de Genève protège, à son art. 26 al. 3, celui qui « *de bonne foi et pour la sauvegarde de l'intérêt général, révèle à l'organe compétent des comportements illégaux constatés de manière licite bénéficiant d'une protection adéquate* ».

Cette règle – qui a été saluée comme « la reconnaissance de l'utilité sociale des donneurs d'alerte » à Genève – concrétise partiellement une résolution de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 29 avril 2012 (résolution 1729) sur la protection des donneurs d'alerte qui invite notamment les Etats membres, dont la Suisse, à veiller à ce que leur législation pour la protection des donneurs d'alerte soit complète (6.1 de la résolution) et prévoit notamment en matière pénale et de procédure pénale une protection des donneurs d'alerte contre des poursuites pénales en violation de secret (6.1.3.2 de la résolution). Selon la résolution, la législation relative aux donneurs d'alerte devrait chercher avant toute chose à offrir une alternative sûre au silence (6.2 de la résolution).

Toujours selon cette résolution, cette législation devrait notamment prévoir des incitations appropriées pour les pouvoirs publics et les décideurs au sein des entreprises afin qu'ils mettent en place des procédures internes dans ce domaine pour que les dénonciations concernant des problèmes possibles fassent l'objet d'une véritable enquête. Cette législation devrait également protéger contre toute forme de représailles (licenciement abusif, harcèlement, sanction ou tout autre traitement discriminatoire) quiconque utilise, de bonne foi, les canaux internes existants pour donner l'alerte. Et, lorsqu'il n'existe pas de voies internes pour donner l'alerte ou qu'elles ne fonctionnent pas correctement – voire qu'il ne serait pas raisonnable de s'attendre à ce qu'elles fonctionnent correctement étant donné la nature du problème dénoncé par le donneur d'alerte – il conviendrait de la même manière de protéger celui qui utilise des voies externes, y compris les médias (6.2.2 et 6.2.3 de la résolution).

Pour l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, la législation pertinente devrait assurer aux donneurs d'alerte de bonne foi une protection fiable contre toute forme de représailles par le biais d'un mécanisme d'application qui permettrait de vérifier la réalité des agissements dénoncés par le donneur d'alerte et de demander à l'employeur de remédier à la situation, y compris temporairement, en attendant que toute la lumière soit faite, et par le biais d'un dédommagement financier approprié, si les conséquences des représailles ne peuvent pas être raisonnablement annulées. Selon cette assemblée, les améliorations législatives nécessaires doivent s'accompagner d'une évolution positive des comportements culturels à l'égard du donneur d'alerte, et qu'il ne faut plus associer ce dernier à des notions de déloyauté ou de trahison.

Le rapporteur de cette résolution à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, M. Omtzigt, a pour sa part rappelé dans son rapport (Doc. 12006 du 14 septembre 2009) que divers instruments internationaux, dont la CEDH, protégeait déjà les lanceurs d'alerte.

27. En effet, dans sa jurisprudence, la Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de se pencher sur la problématique du donneur de l'alerte et a déjà dégagé quelques règles. La Cour a expliqué que, dans une société démocratique, l'intérêt public

au dévoilement de carences de l'Etat prévalait sur des intérêts particuliers. Ainsi, la Cour a notamment indiqué ce qui suit :

As regards the application of Article 10 of the Convention to the workplace, the Court has held that the signalling by an employee in the public sector of illegal conduct or wrongdoing in the workplace should, in certain circumstances, enjoy protection. This may be called for in particular where the employee or civil servant concerned is the only person, or part of a small category of persons, aware of what is happening at work and is thus best placed to act in the public interest by alerting the employer or the public at large.

The Court is at the same time mindful that employees owe to their employer a duty of loyalty, reserve and discretion (see, for example, Marchenko, cited above, § 45). While such duty of loyalty may be more pronounced in the event of civil servants and employees in the public sector as compared to employees in private-law employment relationships, the Court finds that it doubtlessly also constitutes a feature of the latter category of employment. It therefore shares the Government's view that the principles and criteria established in the Court's case-law with a view to weighing an employee's right to freedom of expression by signalling illegal conduct or wrongdoing on the part of his or her employer against the latter's right to protection of its reputation and commercial interests also apply in the case at hand. The nature and extent of loyalty owed by an employee in a particular case has an impact on the weighing of the employee's rights and the conflicting interests of the employer.

Consequently, in the light of this duty of loyalty and discretion, disclosure should be made in the first place to the person's superior or other competent authority or body. It is only where this is clearly impracticable that the information can, as a last resort, be disclosed to the public. In assessing whether the restriction on freedom of expression was proportionate, the Court must therefore take into account whether the applicant had any other effective means of remedying the wrongdoing which he or she intended to uncover (see Guja, cited above, § 73).

The Court must also have regard to a number of other factors when assessing the proportionality of the interference in relation to the legitimate aim pursued. In the first place, particular attention shall be paid to the public interest involved in the disclosed information. The Court reiterates in this regard that there is little scope under Article 10 § 2 of the Convention for restrictions on debate on questions of public interest (see, among other authorities, Stoll v. Switzerland [GC], no. 69698/01, § 106, ECHR 2007-XIV) [souligné par le soussigné].

The second factor relevant to this balancing exercise is the authenticity of the information disclosed. It is open to the competent State authorities to adopt measures intended to respond appropriately and without excess to defamatory accusations devoid of foundation or formulated in bad faith (see Castells v. Spain, 23 April 1992, § 46, Series A no. 236). Moreover, freedom of expression carries with it duties and responsibilities and any person who chooses to disclose information must carefully verify, to the extent permitted by the circumstances, that it is accurate and reliable (see Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway [GC], no. 21980/93, § 65, ECHR 1999-III).

On the other hand, the Court must weigh the damage, if any, suffered by the employer as a result of the disclosure in question and assess whether such damage outweighed the interest of the public in having the information revealed (see Guja, cited above, § 76).

The motive behind the actions of the reporting employee is another determinant factor in deciding whether a particular disclosure should be protected or not. For instance, an act motivated by a personal grievance or personal antagonism or the expectation of personal advantage, including pecuniary gain, would not justify a particularly strong level of protection. It is important to establish that, in making the disclosure, the individual acted in good faith [souligné par le recourant] and in the belief that the information was true, that it was in the public interest to disclose it and that no other, more discreet means of remedying the wrongdoing was available to him or her (see Guja, cited above, § 77).

Lastly, in connection with the review of the proportionality of the interference in relation to the legitimate aim pursued, a careful analysis of the penalty imposed on the applicant and its consequences is required (see Fuentes Bobo, cited above, § 49).

Il découle de ce qui précède que l'Etat, ici le Grand Conseil, doit assurer une protection adéquate du soussigné contre le harcèlement totalement infondé d'Olivier Jornot et de la CdC.

En l'espèce

28. Toutes les interventions orales ou écrites du soussigné devant la CEP, soit :

- ses deux auditions des 29 janvier et 12 avril 2013 ;
- ses courriers des 18 février, 2 mars, 14 avril et 12 juin 2013 ;

se sont inscrites dans le cadre strict de l'exercice de sa fonction de magistrat au sein de la CdC.

En outre, le 20 juin 2013, au moment de la mise en ligne sur son site internet de la version caviardée de la lettre du 12 juin 2013, la CEP avait déjà rendu publique celle-ci dans une version non caviardée en invitant les médias à venir la consulter au Secrétariat général du Grand Conseil, étant encore rappelé à ce sujet que le soussigné avait invité ladite CEP à diffuser son courrier notamment aux députés, étant précisé que la CEP n'a pas répondu à cette demande ; elle ne s'y est pas opposée ni oralement ni par écrit.

La CdC elle-même a mis en ligne sa propre réponse à la CEP qui contenait des informations que le soussigné lui-même ignorait, connu de la CEP et qu'elle avait décidé de taire dans son rapport.

29. Dès lors que la lettre du 12 juin 2013, mise en ligne le 20 juin, s'inscrit strictement dans le cadre de l'exercice de la fonction de magistrat à la CdC, elle est couverte par les art. 4A LICC et 10 LaCP. Olivier Jornot ne peut donc entreprendre aucune démarche avant

d'avoir obtenu l'autorisation de poursuivre de votre Grand Conseil. Olivier Jornot ne pouvait en particulier pas émettre de mandat de comparution en vue de mettre le soussigné en prévention de violation du secret de fonction. Il ne pouvait pas davantage rendre de décision visant à soustraire à la cognition du Grand Conseil le présent recours.

Admettre une autre solution, soit autoriser à court-circuiter le Grand Conseil par des motifs fallacieux, reviendrait à vider de sa substance la protection accordée aux magistrats par la loi exigeant du Ministère public d'obtenir préalablement à tout acte de poursuite l'autorisation du Grand Conseil. Cette autorisation vise notamment à proscrire des poursuites pénales aux seules fins, comme en l'espèce, de harcèlement.

Il en découle que votre conseil doit inviter Olivier Jornot à présenter l'autorisation de poursuivre prévue à l'art. 10 al. 2 LaCP.

Si votre conseil est d'un avis différent, il rendra une décision motivée en fait et en droit de renvoi du présent recours à la Chambre pénale de recours.

30. Sur un autre plan, votre conseil peut se dispenser d'examiner la question juridique procédurale de savoir qui, du Grand Conseil ou de la Chambre pénale des recours, est compétent pour trancher la question de la validité de la décision d'Olivier Jornot de ne pas soumettre à votre conseil pour autorisation une demande de poursuite contre un magistrat auquel il est reproché une prétendue infraction commise dans le cadre de sa fonction.

En effet, la mise en ligne le 20 juin 2013 d'une version caviardée de la lettre à la CEP du 12 juin 2013 n'est manifestement pas constitutive d'une violation du secret de fonction.

On l'a vu, c'est la CEP elle-même qui a décidé de rendre publique la teneur de ce courrier non caviardé lors de sa conférence de presse du 14 juin 2013, soit six jours avant la mise en ligne précitée.

Ce qui est public n'est plus secret !

Ce qui n'est pas – ou plus secret - ne peut plus faire l'objet de poursuite pour violation du secret.

Sans doute, la volonté constante manifestée depuis plus d'un an par Olivier Jornot d'harcéler le soussigné par tous les pouvoirs que lui confère sa fonction – y compris par des abus manifestes d'autorité (art. 312 CP) - n'interdit pas au Grand Conseil de constater les faits qui précèdent, à savoir que la CEP a décidé de rendre publique le 14 juin 2013 la position écrite du soussigné datée du 12 juin 2013 et donc que la mise en ligne de la version caviardée **n'est pas constitutive de violation du secret de fonction.**

31. Mais il y a plus.

La dénonciatrice, la CdC sous la plume de François Psychère, a elle-même mis en ligne le 14 juin 2013, soit six jours avant le soussigné, sa propre détermination sur le projet de rapport de la CEP, détermination qui contenait des informations secrètes... tellement secrètes d'ailleurs que le soussigné, pourtant magistrat à la CdC, en ignorait l'existence.

Olivier Jornot a-t-il adressé à votre Grand Conseil une demande de levée de l'immunité de François Paychère, Isabelle Terrier et Stanislas Zuin ?

Sinon, pour quels motifs une telle différence traitement ?

Une explication serait que les trois personnes précitées aient immédiatement reconnu les faits et qu'elles aient été condamnées par voie d'ordonnance de condamnation.

Cette explication paraît pourtant peu vraisemblable dès lors que la prise de position précitée figure toujours sur le site internet de la CdC.

Au bénéfice des explications qui précèdent.

Vu en droit les art. 26 al. 3 CstGe, 4A LICC, 10 LaCP, 7 CPP et toutes autres dispositions légales applicables ;

Le soussigné conclut **principalement** à ce que le Grand Conseil :

- invite Olivier Jornot à présenter au Grand Conseil une demande de levée de son immunité en bonne et due forme;

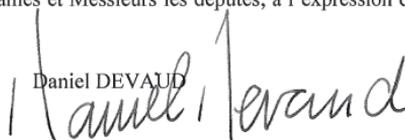
si mieux n'aime :

- adresse, par une décision dûment motivée en fait et droit avec indication des voies de droit, le présent recours à la Chambre pénale de recours.

Le soussigné conclut **subsidièrement** à ce que le Grand Conseil :

- constate que la mise en ligne le 20 juin 2013 de la version caviardée de la lettre du soussigné du 12 juin 2013 à la CEP ne constitue pas une violation du secret de fonction dès lors que la CEP avait rendu public le courrier concerné non caviardé le 14 juin 2013.

Veuillez croire, Monsieur le président, Mesdames et Messieurs les députés, à l'expression de mes sentiments respectueux.

Daniel DEVAUD


Annexes mentionnées :

- décision du 16 janvier 2014 (reçue le 20 janvier 2014) – pièce n° 1
- article paru dans « *Le Courrier* » du 15 juin 2013 – pièce n° 2