

# **GE\_GERICHTE P/14721/2012 vom 2. November 2016**

GE Cour de justice, 2016-11-02, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_P\\_14721\\_2012](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_P_14721_2012)

FR: GE\_GERICHTE P/14721/2012 du 2 novembre 2016

IT: GE\_GERICHTE P/14721/2012 del 2 novembre 2016

## **Regeste**

SECRET DE FONCTION ; EXCUSABILITÉ ; ERREUR DE DROIT(DROIT PÉNAL) ; NOUVEAU MOYEN DE PREUVE ; CONDITION DE RECEVABILITÉ | CPP 389.1 ; CP 320; CP 14; CP 21

## **Erwägungen**

### **E. 1**

L'appel est recevable pour avoir été interjeté et motivé selon la forme et dans les délais prescrits (art. 398 et 399 CPP). La partie qui attaque seulement certaines parties du jugement est tenue d'indiquer dans la déclaration d'appel, de manière définitive, sur quelles parties porte l'appel, à savoir (art. 399 al. 4 CPP) : la question de la culpabilité, le cas échéant en rapport avec chacun des actes (let. a) ; la quotité de la peine (let. b) ; les mesures qui ont été ordonnées (let. c) ; les prétentions civiles ou certaines d'entre elles (let. d) ; les conséquences accessoires du jugement (let. e) ; les frais, les indemnités et la réparation du tort moral (let. f) ; les décisions judiciaires ultérieures (let. g). La Chambre limite son examen aux violations décrites dans l'acte d'appel (art. 404 al. 1 CPP), sauf en cas de décisions illégales ou inéquitable (art. 404 al. 2 CPP).

### **E. 1.1**

Selon l'art. 389 al. 1 CPP, la procédure de recours se fonde sur les preuves administrées pendant les procédures préliminaire et de première instance. Le juge peut administrer, d'office ou à la demande d'une partie, les preuves complémentaires nécessaires au traitement du recours (art. 389 al. 3 CPP). Conformément à l'art. 139 al. 2 CPP, il n'y a pas lieu d'administrer des preuves sur des faits non pertinents, notoires, connus de l'autorité ou déjà suffisamment prouvés. Cette disposition codifie, pour la procédure pénale, la règle jurisprudentielle déduite de l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101) en matière d'appréciation anticipée des preuves (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_977/2014 du 17 août 2015 consid. 1.2 et les références citées). Le juge peut renoncer à l'administration de certaines preuves, notamment lorsque les faits dont les parties veulent rapporter l'authenticité ne sont pas importants pour la solution du litige (ATF 136 I 229 consid. 5.3 p. 236 ss ; ATF 131 I 153 consid. 3 p. 157 et les arrêts cités ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_157/2015 du 21 mars 2016 consid. 2.1.).

### **E. 2**

2.2.1. En application du principe de la non-rétroactivité de la loi pénale (art. 2 al. 1 CP), le droit qui doit être appliqué en l'espèce est celui en vigueur à la date des faits litigieux, dans la mesure où les changements législatifs survenus dans l'intervalle ne sont pas plus favorables à l'appelant (principe de la lex mitior art. 2 al. 2 CP). Aussi, la loi instituant une Cour des comptes du 10 juin 2005 (LICC dans son état le 12 novembre 2012 ; RS/GE D 1

12) – qui a été abrogée et remplacée par les articles 27 à 44 de la loi sur la surveillance de l'Etat du 13 mars 2014, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juin suivant (LSurv ; RS/GE D 1 09) –, et les autres lois pertinentes (Constitution de la République et canton de Genève [aCst-GE dans son état le 12 novembre 2012 ; RS/GE A 2 00] ; loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles du 5 octobre 2001 [LIPAD ; RS/GE A 2 08] ; règlement de fonctionnement de la Cour des comptes [ci-après : règlement]) seront appliquées dans leur teneur au moment de la survenance des faits.

2.2.2. En dépit d'un premier projet de loi prévoyant de rattacher la Cour des comptes au pouvoir judiciaire, le législateur a considéré que, pour garantir son indépendance, cette nouvelle juridiction devait bénéficier d'un statut détaché des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire (Secrétariat du Grand Conseil genevois, Rapport du 3 mai 2005 de la Commission des finances chargée d'étudier le projet de loi instituant une Cour des comptes, p. 3). Le législateur n'a toutefois pas entendu instaurer un "quatrième pouvoir", aucune compétence de décision ni de coercition n'étant attribuée à la Cour des comptes (ibidem p. 4). La Cour des comptes a pour but d'assurer un contrôle indépendant et autonome de l'administration cantonale, des institutions cantonales de droit public, des organismes subventionnés, ainsi que du secrétariat général de l'Assemblée constituante (art. 1 al. 1 LICC). A la lumière de l'art. 4 al. 1 LICC, chaque magistrat élu à la Cour des comptes doit, en sa qualité de membre d'une institution autonome et indépendante, prêter le serment d'observer une sage et prudente discrétion relativement aux délibérations et de garder le secret sur toutes les informations que la loi ne permet pas de divulguer. 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 (art. 8 al. 4 LICC). Par ailleurs, la Cour des comptes détermine en toute indépendance l'étendue des informations à publier dans les rapports qu'elle établit en tenant compte des intérêts publics et privés susceptibles de s'opposer à la divulgation de certaines informations (art. 9 al. 4 LICC). Les décisions sont prises à huis clos et les magistrats ayant participé à la délibération sont tenus au secret (art. 1 al. 1 du règlement). Le plénum est compétent pour se prononcer sur une demande de levée du secret de fonction d'un de ses titulaires, suppléants ou employés (art. 7 al. 8 du règlement). Le Président de la Cour des comptes est chargé de la représentation protocolaire et des contacts avec les médias (art. 6 al. 2 du règlement). Bien qu'il existe un droit d'accès aux documents en possession des institutions selon la LIPAD (art. 24), ce droit est restreint par les exceptions énumérées non exhaustivement à l'art. 26 al. 2 LIPAD. Aussi, sont soustraits du droit d'accès les délibérations et votes intervenus à huis clos (art. 26 al. 2 let. 1 LIPAD) et les notes échangées entre les membres d'une autorité collégiale ou entre ces derniers et leurs collaborateurs (art. 26 al. 3 LIPAD).

2.2.3.1. En instituant la Cour des comptes, le constituant genevois a prévu que le Grand Conseil exerce sur elle la haute surveillance (art. 141 al. 6 aCst-GE ; art. 5 al. 3 LICC). Il approuve notamment son budget de fonctionnement, ainsi que ses comptes et son rapport de gestion annuels (art. 141 al. 7 aCst-GE). Le fonctionnement du Grand Conseil genevois est régi par la loi portant règlement du Grand Conseil de la République et canton de Genève (LRGC ; RS/GE B 1 01). Il est composé de 100 députés (art. 1 LRG) qui ne sont pas autorisés à s'exprimer au nom du Grand Conseil ou d'une commission (art. 26A LRG). Le Bureau du Grand Conseil composé d'au moins un membre par groupe représenté au Grand Conseil (art. 29 LRG) est notamment chargé de la représentation (art. 32 al. 1 let. b LRG). Il examine aussi la correspondance adressée au Grand Conseil et en décide l'acheminement et la diffusion (art. 102 LRG).

2.2.3.2. La notion de haute surveillance implique un contrôle moins strict,

moins systématique et plus distancé qu'une surveillance dite ordinaire, selon la distinction opérée par le prof. Etienne GRISEL (ci-après : avis de droit). La doctrine s'accorde à dire que le contrôle exercé par une autorité de haute surveillance est de nature politique et ne repose pas sur un pouvoir qui irait jusqu'à donner des injonctions ou à casser une décision. Le contrôle dit parlementaire est un exemple de haute surveillance. Il doit être distingué du contrôle administratif interne, en ce sens que le parlement ne bénéficie pas d'une supériorité hiérarchique à proprement parler, n'a pas d'ordres à donner directement aux autres organes de l'Etat et effectue son contrôle a posteriori (P. MOOR / E. POLTIER, Droit administratif, les actes administratifs et leur contrôle , v. II, 2011, ch. 5.2.1, p. 611 ; avis de droit p. 21). La haute surveillance parlementaire vise, selon le Tribunal fédéral, à vérifier que le pouvoir exécutif et l'administration agissent conformément au droit, qu'ils se servent à cette fin de moyens rationnels, appropriés, efficaces, économiques, qu'ils fassent un bon usage de leur pouvoir d'appréciation et que ces tâches produisent des résultats satisfaisants du point de vue politique (ATF 141 I 172 consid. 4.3.4 p. 178 et 179). En partant d'actes ou d'omissions spécifiques de l'administration, l'organe de haute surveillance formule des critiques, recommandations ou projets budgétaires/de réforme législative ayant pour unique objet l'amélioration de la gestion à l'avenir. Le parlement ne peut ainsi se substituer aux organes surveillés, leur donner des directives concrètes, ni casser ou modifier leurs décisions. A contrario, le contrôle administratif interne est constant, recouvre l'entier des activités administratives et s'exerce en descendant les niveaux hiérarchiques selon la structure de subordination (P. MOOR / E. POLTIER, op. cit , ch. 5.2.2.1, p. 614). Traditionnellement, la haute surveillance de l'exécutif entre dans les tâches des commissions de gestion désignées au sein du parlement. La loi leur confère usuellement de larges pouvoirs, notamment l'inopposabilité du secret de fonction (P. MOOR / E. POLTIER, op. cit , ch. 5.2.1 p. 611), à l'image de ce qui prévu à Genève (art. 201A al. 7 LGRC). Dans le cas particulier de la haute surveillance de la Cour des comptes, la nouvelle Constitution a précisé son étendue, en ce qu'elle s'exerce uniquement sur son administration (art. 94 Cst.-GE ; art. 48 LSurv). Il s'agit toutefois d'une limitation sans portée pratique, dans la mesure où elle correspond à la définition de la haute surveillance. 2.2.3.3. Aucune disposition légale ou constitutionnelle n'attribuait la haute surveillance de la Cour des comptes à la Commission de gestion ou des finances du Grand Conseil ou à son Bureau (art. 32 a contrario , 41 a contrario, 201 a contrario et 201A al. 2 a contrario LRGC). Le Grand Conseil ne pouvait pas davantage exercer cette prérogative in corpore (avis de droit p. 14 et 20). Il avait néanmoins la possibilité de créer une commission d'enquête parlementaire pour des faits d'une gravité particulière (art. 230E LRGC). 2.2.3.4. Ce vide juridique concernait également la question du secret de fonction des membres de la Cour des comptes dans le cadre de l'exercice de la haute surveillance du Grand Conseil. L'inopposabilité dudit secret n'a pas été expressément prévue, le législateur n'ayant anticipé cette problématique qu'à l'égard de la Commission de gestion et des CEP, afin qu'elles puissent exercer leurs fonctions (art. 201A al. 7 et art. 230G al. 3 LRGC). Dans l'affaire évoquée précédemment (ATF 141 I 172 ), la commission parlementaire compétente avait sollicité la levée des secrets fiscal et de fonction des employés du service cantonal des contributions par le Conseil d'Etat aux fins de mener à bien sa tâche, sur la base d'une disposition légale expresse. Le Tribunal fédéral a précisé que dite demande devait être indispensable à la mission du haut surveillant, soit ne porter que sur les informations nécessaires à l'accomplissement de ses tâches, dans le cadre d'une analyse du fonctionnement de l'administration en général. A contrario, le volet de l'enquête parlementaire tendant à l'identification individuelle des agents de l'administration à l'origine

d'éventuels manquements serait susceptible de déborder le cadre classique de la haute surveillance (ATF 141 I 172 consid. a.c p. 173 et 5ss p. 181ss). 2.3.1. Le secret de fonction est protégé à l'art. 320 CP qui réprime d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire, le comportement de 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. L'infraction ne peut être commise que par un membre d'une autorité ou un fonctionnaire. Par membre d'une autorité, il faut entendre une personne physique qui exerce, individuellement ou au sein d'un collège, l'un des trois pouvoirs de l'Etat (B. CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, vol. II, 3<sup>ème</sup> éd., Berne 2010, n. 6 et ss ad art. 320). La notion de fonctionnaire est définie à l'art. 110 al. 3 CP (ATF 142 IV 65 consid. 5.1 p. 67 et 68). Le devoir de confidentialité résulte de la situation particulière du membre de l'autorité, respectivement du fonctionnaire (ATF 142 IV 65 consid. 5.2 p. 68 et 69 ; B. CORBOZ, *op. cit.*, n. 21ss ad art. 320). Une base légale spéciale, non pénale, n'est ainsi pas nécessaire dans la législation déterminant l'exercice de la fonction (ATF 142 IV 65 consid. 5.2 p. 68 et 69 ; B. CORBOZ, *op. cit.*, n. 23 ad art. 320). La volonté de tenir une information secrète peut résulter d'instructions générales ou spéciales données par une autorité supérieure ou de la nature de l'information, compte tenu des intérêts en jeu et de l'usage qui doit en être fait (ATF 116 IV 56 consid. II.1a p. 65 = JdT 1991 IV 5). La jurisprudence considère comme secret tout fait dont la connaissance est réservée à un cercle limité de personnes, dont le caractère confidentiel est voulu par l'intéressé et pour lequel il existe un intérêt légitime au maintien du secret (ATF 142 IV 65 consid. 5.1 p. 67 et 68 ; ATF 127 IV 122 consid. 1 p. 125 et les références citées = JdT 2002 IV 119). La définition de l'infraction repose sur une conception matérielle du secret. Il n'est dès lors pas nécessaire que le fait concerné ait été présenté par les autorités compétentes comme étant secret. Seul est déterminant qu'il s'agisse d'un fait qui n'est à l'évidence ni public ni généralement accessible et à l'égard duquel le détenteur du secret n'a pas seulement un intérêt légitime, mais aussi une volonté affichée, expresse ou tacite, au maintien du secret (ATF 142 IV 65 consid. 5.1 p. 67 et 68 ; B. CORBOZ, *op. cit.*, n. 13 ad art. 320). Ainsi, ce qui a fait l'objet d'une séance publique n'est plus secret, sous réserve d'un effet d'oubli (ATF 127 IV 122 consid. 3b/aa p. 129 = JdT 2002 IV 119). En revanche, le fait qu'un cercle limité de personnes soit au courant ne prive pas les faits en cause de leur caractère confidentiel (C. FAVRE / M. PELLET / P. STOUDMANN, *Code pénal annoté*, 2011, n. 1.2 ad art. 320). Il n'est pas nécessaire que le fait soit véridique : le secret peut s'attacher à des suppositions ou des informations qui se révèlent inexactes (ATF 116 IV 56 c. II/1a p. 65 et 66 = JdT 1991 IV 5 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_599/2015 du 25 février 2016 consid. 2.2.4). L'auteur doit s'être vu confié le secret en sa qualité de membre d'une autorité ou de fonctionnaire ou encore à raison de sa charge ou de son emploi (B. CORBOZ, *op. cit.*, n. 17 ad art. 320). Par exemple, celui qui reçoit un rapport par la voie de service et le lit, prend connaissance du secret à raison de sa charge (décision de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral BB.2016.61 du 29 juin 2016 consid. 3.1.1). Certains parlent de lien de causalité entre la charge officielle et la connaissance du secret (ATF 115 IV 233 consid. 2c/cc = JdT 1991 IV 91 ; ATF 114 IV 44 consid. 2 = JdT 1989 IV 51). L'acte délictueux consiste à révéler un secret. La question est plus délicate lorsque la révélation est survenue au sein de l'administration. En principe, la divulgation n'est pas permise, sauf si elle est prévue par une loi ou justifiée par la marche normale du service (ATF 114 IV 44 consid. 3b p. 48 et 49 = JdT 1989 IV 51). Cela touche notamment toutes les communications transmises en vertu de l'assistance administrative, l'entraide judiciaire, ou la transmission de dossier à l'autorité de

recours ou de surveillance (B. CORBOZ, op. cit., n. 33 ad art. 320 ; M. DUPUIS / B. GELLER / G. MONNIER / L. MOREILLON / C. PIGUET / C. BETTEX / D. STOLL (éds), Code pénal - Petit commentaire, Bâle 2012, n. 27 ad art 320). La transmission d'une information à un supérieur sans respecter la voie hiérarchique n'est pas une violation du secret de fonction, si l'information paraît déterminante pour la conduite des affaires étatiques (ATF 116 IV 56 c. II/1b p. 65 et 66 = JdT 1991 IV 5 ; P. MOOR Droit administratif III, L'organisation des activités administratives, Berne 1992, p. 236). Cela vaut en tout cas lorsque le supérieur avait accès à l'information de par ses fonctions qui incluent la surveillance des actes de ses inférieurs (B. CORBOZ, op. cit., n. 33 ad art. 320 ; P. MOOR, op. cit., p. 236). En revanche, rendre le secret accessible à une personne non autorisée constitue une révélation punissable, même si le destinataire était lui-même tenu au secret de fonction (ATF 114 IV 44 consid. 3b p. 48 et 49 = JdT 1989 IV 51 ; B. CORBOZ, op. cit., n. 33-34 ad art. 320). L'art. 320 CP protège principalement l'intérêt de la collectivité à la discrétion des fonctionnaires et membres des autorités nécessaire à l'accomplissement sans entrave des tâches de l'Etat. L'intérêt des particuliers au secret peut toutefois également être touché (ATF 142 IV 65 consid. 5.1 p. 67 et 68 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_599/2015 du 25 février 2016 consid. 2.2.1). L'intérêt des tiers à connaître l'information est sans pertinence (ATF 127 IV 130 c. 3b/cc p. 130 = JdT 2002 IV 118). Au plan subjectif, l'infraction réprimée par l'art. 320 CP est intentionnelle. Le dol éventuel suffit et doit porter sur tous les éléments objectifs (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_599/2015 du 25 février 2016 consid. 2.3). 2.3.2. Conformément à l'art. 320 ch. 2 CP (dont le pendant est l'art. 170 al. 2 CPP), l'autorité supérieure peut lever le devoir de garder le secret. L'autorité compétente et les critères applicables dépendent du droit qui régit la collectivité publique concernée. En principe c'est le détenteur du secret qui est seul habilité à demander sa levée (ATF 123 IV 75 consid. 1c et 1b p. 76 = JdT 1998 IV 176) mais il n'est pas exclu que la requête puisse être présentée par un service ou office agissant dans l'intérêt public (B. CORBOZ, op. cit., n. 28 ad art. 320). 2.4.1. Le devoir de fonction peut constituer un fait justificatif (art. 14 CP ; ATF 114 IV 44 consid. 3b p. 48 et 49 = JdT 1989 IV 51). L'exercice d'une profession déterminée ne suffit cependant pas pour supprimer le caractère illicite d'un acte car celui qui l'exerce ne jouit pas pour autant de droits plus étendus que les autres citoyens. Encore faut-il pour rendre l'acte licite que le devoir de profession invoqué découle d'une norme juridique, écrite ou non (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_255/2007 du 11 octobre 2007 consid. 4.2). Celui qui croit qu'il peut révéler un secret en raison de sa mission croit à l'existence d'un fait justificatif prévu par l'art. 14 CP et invoque en définitive une erreur sur l'illicéité (art. 21 CP). Pour que ce type d'erreur soit admis, il faut que l'auteur ne sache ni ne puisse savoir que son comportement est illicite (ATF 138 IV 13 consid. 8.2 p. 27 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_526/2014 du 2 février 2015 consid. 2). L'auteur doit agir alors qu'il se croyait en droit de le faire (cf. ATF 129 IV 238 consid. 3.1 p. 241). Il pense, à tort, que l'acte concret qu'il commet est conforme au droit (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_526/2014 précité). Les conséquences pénales d'une erreur sur l'illicéité dépendent de son caractère évitable ou inévitable. L'auteur qui commet une erreur inévitable est non coupable et doit être acquitté (art. 21 1<sup>ère</sup> phrase CP). Tel est le cas s'il a des raisons suffisantes de se croire en droit d'agir (ATF 128 IV 201 consid. 2 p. 210). Une raison de se croire en droit d'agir est « suffisante » lorsqu'aucun reproche ne peut lui être adressé parce que son erreur provient de circonstances qui auraient pu induire en erreur tout homme consciencieux (ATF 98 IV 293 consid. 4a p. 303). En revanche, celui dont l'erreur sur l'illicéité est évitable commet une faute, mais sa culpabilité est diminuée. La peine est alors obligatoirement atténuée (art.

21 2 ème phrase CP). L'erreur sera notamment considérée comme évitable lorsque l'auteur avait ou aurait dû avoir des doutes quant à l'illicéité de son comportement (ATF 121 IV 109 consid. 5 p. 126) ou s'il a négligé de s'informer suffisamment alors qu'il savait qu'une réglementation juridique existait (ATF 120 IV 208 consid. 5b p. 215). La réglementation relative à l'erreur sur l'illicéité repose sur l'idée que le justiciable doit faire tout son possible pour connaître la loi et que son ignorance ne le protège que dans des cas exceptionnels (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_526/2014 précité).

2.4.2. Le fait justificatif extralégal (art. 14 CP) que constitue la défense d'un intérêt légitime est admis de manière restrictive dans la jurisprudence. Il ne peut entrer en considération que si l'auteur a épuisé en vain et préalablement les voies légales pour éviter une telle extrémité, en particulier celles prévues par l'art. 320 ch. 2 CP (ATF 94 IV 68 consid. 2 = JdT 1968 IV 106 ; B. CORBOZ, op. cit. , n. 46 ad art. 320).

2.5.1. L'appelant ne conteste pas avoir été soumis, en tant que magistrat d'une autorité étatique, au secret de fonction, mais estime que celui-ci ne couvrait pas les éléments transmis. Dite appréciation est difficilement soutenable eu égard aux bases légales claires soumettant les magistrats de la Cour des comptes au secret de fonction (art. 4 al. 1 et 8 al. 4 LICC) et prévoyant le secret des délibérations et notes internes (art. 26 al. 2 lit. 1 et al. 3 LIPAD ; art. 4 al. 1 LICC ; art. 1 al. 1 du règlement). L'art. 8 al. 4 LICC confirme que toutes les informations traitées dans le cadre d'un audit sont soumises au secret, à tout le moins jusqu'à la publication du rapport. Cela signifie que dans l'intervalle, elles ne doivent être accessibles qu'à un cercle restreint de personnes, soit les magistrats et collaborateurs de la Cour des comptes travaillant sur le projet. Le courrier litigieux livrait plusieurs données relatives à l'audit de la B \_\_\_\_\_, soit le nom de celle-ci, la date de délibération de l'audit ainsi que celle de la réunion avec l'audité, le fait qu'il était " en souffrance depuis plusieurs mois " car il " dépla[çait] aux représentants de la B \_\_\_\_\_ " et la prétendue conclusion de la Cour des comptes, à teneur de laquelle celle-ci aurait constaté une mauvaise gestion des deniers publics. Il est indiscutable qu'en ce qu'elles concernaient directement l'audit et les délibérations y relatives, ces informations étaient couvertes par le secret de fonction, indépendamment de leur exactitude à l'aune de la jurisprudence. Il en va de même des annexes dans la mesure où la mention " confidentiel " ne saurait légaliser leur transmission. La révélation préalable de certaines informations par l'un des représentants de l'auditée ne saurait avoir plus d'influence, dès lors que l'intérêt au maintien du secret était a fortiori public selon les principes susrappelés. Il n'est pas contestable qu'il pût y avoir un intérêt légitime à ce que ces données ne soient pas diffusées avant la publication officielle, intervenue deux mois plus tard, ou à ce qu'elles ne soient jamais diffusées, en va-t-il ainsi du déroulement de l'audit (délibérations) et ses aléas, ainsi que de la prétendue conclusion qui aurait pu être différente dans le rapport final. Par ailleurs, vu l'atmosphère hautement conflictuelle régnant au sein de la Cour des comptes, une telle révélation était susceptible d'entraver l'accomplissement de sa mission.

2.5.2. A suivre son argumentation, l'appelant était en droit de transmettre ces informations vu la qualité de ses destinataires qui étaient autorisés à en prendre connaissance. Il n'est pas l'objet de la présente procédure de déterminer qui, du Bureau ou de la Commission de gestion par exemple, était à même d'exercer la haute surveillance sur la Cour des comptes. Dans la mesure où la loi octroyait cette compétence au Grand Conseil et qu'aucune norme ne prévoyait de délégation interne, on partira de la prémisse qu'il lui appartenait de l'exercer in corpore, sans préjudice des réserves pratiques émises par le prof. Etienne GRISEL. Le cadre et l'étendue de la haute surveillance du Grand Conseil sur la Cour des comptes étaient imprécis au moment des faits. Sur la base des lois, jurisprudences et doctrines susmentionnées, la notion de haute

surveillance est néanmoins claire, en ce qu'elle revêt un aspect éminemment politique et que son contrôle est limité. Cela signifie que les compétences du Grand Conseil n'étaient pas comparables à celles d'une autorité de surveillance. Son examen était limité à la gestion proprement dite et au fonctionnement de la Cour des comptes, ce qui signifie, a contrario, qu'il ne portait pas sur le contenu de ses résolutions, propositions ou rapports. L'appelant tombe ainsi à faux lorsqu'il allègue l'application de la jurisprudence prévoyant l'inopposabilité du secret de fonction au surveillant. Par ailleurs, en l'absence de disposition contraire, le secret de fonction était opposable au Grand Conseil. Une telle norme aurait-elle existé qu'elle n'aurait de toute manière pas légitimé l'appelant à fournir des informations aussi sensibles qui dépassaient le cadre de la haute surveillance, qui plus est de manière spontanée, en dehors d'un contrôle précis du Grand Conseil. Au surplus, l'appelant ne saurait se prévaloir d'avoir été délié de son secret de fonction, dans la mesure où la levée décidée par la Cour des comptes à l'égard du Bureau uniquement n'avait plus cours, ce qu'il n'ignorait pas. Force est de constater que l'appelant a violé son secret de fonction en s'adressant ainsi au Grand Conseil. Il était encore moins légitimé à expédier son courrier aux membres du Bureau et aux chefs de groupes parlementaires dans la mesure où leur saisine individuelle ne valait ni saisine du Bureau en tant que représentant parlementaire, ni celle du Grand Conseil, seule autorité légalement habilitée à exercer la haute surveillance de la Cour des comptes. Le secret de fonction auquel étaient soumis lesdits députés ne saurait, par ailleurs, avoir d'influence sur le précédent constat, au regard de la jurisprudence. La communication du courrier litigieux, certes sans ses annexes, à D\_\_\_\_\_ est également illicite. Cette entité politique indépendante de l'Etat ne peut qu'être considérée comme un tiers auquel des informations confidentielles ont été révélées. Reste litigieuse la question de l'intention. Il est un élément qui ne saurait être discuté : l'appelant, magistrat de carrière et fin juriste, était conscient de l'existence de son secret de fonction et avait démontré, par le passé, sa volonté de le respecter. Nanti des observations du prof. Etienne GRISEL et du rapport clair du Grand Conseil, il ne pouvait pas ignorer que l'examen matériel critique des audits de la Cour des comptes outrepassait l'étendue du contrôle parlementaire, ni l'absence de norme instituant l'inopposabilité du secret de fonction dans ce cadre, ainsi qu'en attestent ses lignes du 10 octobre 2012. En tout état de cause, à considérer qu'il eût éprouvé des doutes à ce propos, son serment de magistrat à la Cour des comptes, dont la teneur lui avait été rappelée par ses collègues quatre jours plus tôt, exigeait de lui une prudence certaine. A ce stade, un point est à clarifier. Nonobstant ses déclarations contraires et confuses, la missive litigieuse n'avait pas pour but de signaler les dysfonctionnements de la Cour des comptes, tels que visés dans ses précédents écrits, ni à pallier au blocage du rapport d'audit par ses collègues. Elle tendait uniquement à rétablir la vérité et réparer les atteintes à l'honneur dont il s'estimait victime aux côtés de l'équipe d'audit, ainsi qu'il l'a reconnu devant le Tribunal de police. Son texte n'était, en effet, qu'une démonstration de la régularité et de la qualité de leur travail, documents à l'appui, et un démenti des critiques de l'audit. Sa transmission à D\_\_\_\_\_ ne s'explique d'ailleurs pas autrement. Or, il n'est pas soutenable qu'il ignorât son incompetence à "répondre" aux accusations publiques de l'audit et dévoiler un rapport d'audit encore à l'examen, ce dont il avait d'ailleurs conscience en déplorant l'absence de réaction de la Cour des comptes. S'agirait-il d'une *ultima ratio* qu'elle n'aurait pas justifié la violation du secret de fonction de l'appelant, et qu'en tout état, point n'était besoin de divulguer des informations couvertes par le secret. Aussi, en transmettant des données fondamentales dont il avait eu connaissance dans le cadre de sa charge de magistrat titulaire à la Cour des comptes à différents destinataires non

habilités à les recevoir, l'appelant savait qu'il violait son secret de fonction. 2.5.3. L'appelant estime avoir été fondé à penser que son secret ne s'opposait pas à celui qui informait l'autorité de haute surveillance. Vu ses compétences juridiques et son expérience de magistrat du Pouvoir judiciaire, l'appelant n'a pas pu interpréter l'avis de droit du prof. Etienne GRISEL et le rapport subséquent du Grand Conseil aussi erronément qu'allégué. Il savait que la question du secret de fonction dans le cadre de la haute surveillance était délicate, a fortiori vu le récent rappel de ses collègues, et que, en l'absence de norme, une attitude précautionneuse était de rigueur. Il ne saurait, dès lors, être mis en bénéfice de l'erreur sur l'illicéité. Le but de sa missive aurait-il été double – démentir les accusations de l'audit et dénoncer ce qu'il considérait être une mauvaise gestion des deniers de l'Etat –, que ni son devoir de magistrat ni la sauvegarde de l'intérêt public n'exigeaient de lui qu'il révélât des informations protégées par son secret de fonction, ce d'autant que la publication des deux rapports n'était pas nécessaire à cette fin. Fût-elle compétente pour l'examiner, la CPAR relèvera que le risque anticipé par l'appelant était manifestement infondé, dans la mesure où le rapport d'audit a finalement été publié en décembre 2012 dans son état quasi originel et l'indépendance de la Cour de comptes attestée par la CEP. On exclura, au surplus, l'erreur sur les faits étant donné que l'appelant n'a jamais allégué qu'il pensait que toutes les informations, en sus de l'identité de l'auditée, avaient préalablement été révélées. Quoique juridiquement injustifiable, les faits doivent néanmoins être replacés dans leur contexte. L'atmosphère délétère qui régnait à la Cour des comptes, son inaction ajoutée à celle du Grand Conseil, le sentiment d'injustice et les convictions politiques solidement ancrées de l'appelant sont autant d'éléments qui l'ont conduit à occulter la loi qu'il s'était obstiné à respecter tantôt. Son acte n'en demeure pas moins illicite, de sorte que le jugement de première instance sera confirmé et l'appel rejeté.

### **E. 3.1**

Selon l'art. 47 CP, le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur. Il prend en considération les antécédents et la situation personnelle de ce dernier ainsi que l'effet de la peine sur son avenir (al. 1). La culpabilité est déterminée par la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien juridique concerné, par le caractère répréhensible de l'acte, par les motivations et les buts de l'auteur et par la mesure dans laquelle celui-ci aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures (al. 2). La culpabilité de l'auteur doit être évaluée en fonction de tous les éléments objectifs pertinents, qui ont trait à l'acte lui-même, à savoir notamment la gravité de la lésion, le caractère répréhensible de l'acte et son mode d'exécution ( objektive Tatkomponente ). Du point de vue subjectif, sont pris en compte l'intensité de la volonté délictuelle ainsi que les motivations et les buts de l'auteur ( subjektive Tatkomponente ). A ces composantes de la culpabilité, il faut ajouter les facteurs liés à l'auteur lui-même ( Täterkomponente ), à savoir les antécédents (judiciaires et non judiciaires), la réputation, la situation personnelle (état de santé, âge, obligations familiales, situation professionnelle, risque de récidive, etc.), la vulnérabilité face à la peine, de même que le comportement après l'acte et au cours de la procédure pénale (ATF 141 IV 61 consid. 6.1.1 p. 66 s. ; ATF 136 IV 55 consid. 5 p. 57 ss ; ATF 134 IV 17 consid. 2.1 p. 19 ss ; ATF 129 IV 6 consid. 6.1 p. 20). L'art. 47 CP confère un large pouvoir d'appréciation au juge. Celui-ci ne viole le droit fédéral en fixant la peine que s'il sort du cadre légal, s'il se fonde sur des critères étrangers à l'art. 47 CP, s'il omet de prendre en considération des éléments d'appréciation prévus par cette disposition ou, enfin, si la peine qu'il prononce est exagérément sévère ou clémente au point de constituer un abus du pouvoir d'appréciation (ATF 136 IV 55 consid.

5.6 p. 61 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_1249/2014 du 7 septembre 2015 consid. 1.2).

### **E. 3.2**

Conformément à l'art. 34 CP, la peine pécuniaire est fixée en jours-amende dont le tribunal fixe le nombre en fonction de la culpabilité de l'auteur (al. 1), en application de la règle générale de l'art. 47 CP. Le nombre des jours-amende exprime la mesure de la peine. Un jour-amende est de 3'000 francs au plus. Le juge en arrête le montant selon la situation personnelle et économique de l'auteur au moment du jugement, notamment en tenant compte de son revenu et de sa fortune, de son mode de vie, de ses obligations d'assistance, en particulier familiales, et du minimum vital (al. 2). Il n'y a pas lieu de prendre en considération les circonstances personnelles et une éventuelle sensibilité accrue à la sanction au sens de l'art. 47 al. 1 CP qu'autant que ces éléments ne se rapportent pas à la situation financière actuelle de l'auteur. Une double prise en considération de la capacité financière, respectivement de la sensibilité à la peine, lors de la fixation du nombre des jours-amende et dans le calcul de leur montant est exclue (A. DOLGE, Basler Kommentar, Strafrecht I, 2 e éd., 2007, n. 40 ad art. 34 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_541/2007 du 13 mai 2008 consid. 6.3). La détermination de la quotité du jour-amende se fait selon le principe du revenu net, soit celui que l'auteur réalise en moyenne quotidiennement, quelle qu'en soit la source, ce qui inclut notamment les prestations d'aide sociale. Le principe du revenu net exige que seul le disponible excédant les frais d'acquisition du revenu soit pris en considération, dans les limites de l'abus de droit. Ce qui est dû en vertu de la loi ou ce dont l'auteur ne jouit pas économiquement doit en être soustrait. Il en va ainsi des obligations d'assistance pour autant que le condamné s'en acquitte effectivement (ATF 134 IV 60 consid. 6.1 p. 68 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_200/2009 du 27 août 2009 consid. 7.1.).

### **E. 3.3**

Bien qu'il attaque le jugement dans son ensemble, l'appelant n'émet pas de critique spécifique sur la peine qui lui a été infligée. En le condamnant à une peine pécuniaire de 70 jours-amende, le Tribunal de police a correctement tenu compte de sa faute, non négligeable, et des circonstances personnelles l'ayant entourée. Le montant du jour-amende, arrêté à CHF 280.-, est adéquat au regard de sa situation économique aisée. L'octroi du sursis et la durée du délai d'épreuve de deux ans, non contestés en appel, sont acquis à l'appelant (art. 391 al. 2 CPP). Pour le surplus, un travail d'intérêt général, d'ailleurs non revendiqué, paraît inapproprié eu égard à ses précédentes fonctions.

### **E. 4**

Vu l'issue de la procédure, l'appelant sera débouté de ses conclusions en indemnisation (art. 429 al. 1 let. a CPP).

### **E. 5**

L'appel étant rejeté, l'appelant supportera les frais de ladite procédure (art. 428 al. 1 CPP et 14 al. 1 let. e du Règlement fixant le tarif des frais en matière pénale ; E 4 10.03), comprenant un émolument de CHF 3'000.-. \* \* \* \* \*