



Monsieur A _____
Dom. élu : Me Q _____

Conseil Supérieur de la magistrature
Rue du Bourg-de-Four 1
1204 Genève

Appelant

Arrêt du 7 avril 2011

M. Pierre-Yves Demeule, Président

M. Matteo Pedrazzini, Juge

Mme Ursula Cassani, Juge

Mme Alexandra Favre, Greffière

EN FAIT

- A.** Dans une procédure pénale n° P/_____1 qui lui avait été attribuée, le juge d'instruction B_____ (ci-après: le juge B_____) a recueilli à l'occasion d'une perquisition effectuée dans les bureaux de C_____ le 19 novembre 2008, des pièces décrivant la répartition apparemment frauduleuse de fonds provenant des ressources pétrolières de l'X_____. Il a notamment découvert des tableaux Excel qui exposaient le cheminement de versements contrôlés par un avocat genevois, Me D_____, et qui étaient destinés, à raison de 1,7 US Dollars par baril, à certains dignitaires X_____is.

Les transferts de fonds en provenance de l'X_____ avaient déjà justifié une précédente procédure pénale, instruite par un autre juge, dont le Procureur général avait connaissance.

Le 20 novembre 2008, soit le lendemain de la découverte des pièces susvisées, alors que le Procureur général siégeait en Cour correctionnelle et que son remplaçant désigné, le Procureur E_____, semblait présent, le juge B_____ a sollicité du Procureur F_____ (ci-après : Procureur F_____) l'ouverture d'une information pénale du chef de blanchiment (n° P/_____2) en application de l'article 120 aCPP.

- B.** Lors de son audition devant la Cour de céans le 9 décembre 2010, le Procureur général a expliqué que c'était à l'occasion d'une séance de la CODAM qu'il avait appris qu'une perquisition avait eu lieu dans une étude d'avocat, ce qui l'avait étonné, car il n'était pas au courant, et, dans un cas de ce genre, la procédure consiste à ce que ce soit le Procureur général qui s'en occupe, plus précisément que ce soit lui qui ordonne l'ouverture de l'information. Il a ajouté que, sauf erreur, c'était le juge G_____ ou le bâtonnier de l'ordre des avocats qui lui avait appris ce qu'il en était. Cela se situait le 25 novembre 2008, et le Procureur général a demandé l'apport du dossier le 27 novembre suivant.

Le juge d'instruction estime avoir agi dans le respect de la transparence (PV du 30 novembre 2009, p. 1).

Le Procureur général, quant à lui, a fourni les explications suivantes : il a été surpris de ce qui s'était passé dans le cadre du Parquet, car, selon la directive n° 55 du Ministère public, il s'agissait d'un dossier du ressort exclusif du Procureur général (ch. 2.1. de la directive), et le Procureur F_____ aurait dû lui en parler, ou à son suppléant, le Procureur E_____. Il a alors interpellé le Procureur F_____ qui lui a fourni des explications peu claires. Comme ce n'était pas la première fois qu'il agissait de cette façon - il y avait deux cas précédents - le Procureur général lui a écrit un courrier en lui demandant de respecter la directive (PV du 9 décembre 2010, p. 2). Selon ce courrier, daté du 16 décembre 2008, le Procureur général prend acte des explications du Procureur F_____ concernant les circonstances dans lesquelles la procédure P/_____2 a été ouverte et du fait que le susnommé a admis les faits et réitéré ses excuses. A la fin du courrier du 16 décembre 2008, le Procureur général relève que ces actes ainsi que ceux concernant deux autres procédures pénales, représentent des manquements répétés et sérieux aux directives du Ministère public, mais qu'il estime que le dossier peut se clore par un avertissement formel.

- C.** Après s'être fait apporter les procédures n° P/_____1 et P/_____2, le Procureur général les a retournées au juge B_____ sans lui faire de commentaires, même s'il s'était posé la question de l'éventuelle compétence du Ministère public de la Confédération, mais avait accordé plus d'importance à la manière dont l'ouverture de

l'information avait été sollicitée (PV du 26 octobre 2009, p. 2), le juge B_____ confirmant qu'il n'avait pas parlé avec le Procureur général, ni lorsque celui-ci avait sollicité l'apport de la procédure, ni lorsqu'il l'avait restituée (PV du 30 novembre 2009, p. 2).

A la requête du Procureur général, le juge B_____ lui a réadressé la procédure P/_____1 le 5 décembre 2008, en lui demandant d'examiner la question de l'inculpation de deux avocats genevois du chef de défaut de vigilance en matière d'opérations financières, voire de blanchiment et de faux dans les titres.

- D. Le 10 décembre 2008, le juge B_____ a convoqué le Procureur général et lui a indiqué qu'il allait rendre une ordonnance de condamnation dans le cadre de la procédure P/_____2 contre C_____, qui en acceptait le principe et n'entendait donc pas s'y opposer.

Les participants à cette réunion la décrivent ainsi :

Selon le juge B_____ : *« Lorsque j'ai été prêt à rendre une ordonnance de condamnation contre C_____, j'ai préféré demander au Procureur général de venir dans mon bureau afin de la notifier, au vu des reproches qu'il avait émis contre le Procureur F_____ lorsque celui-ci avait ouvert l'information. En fait, je voulais obtenir l'accord du Procureur général.*

(...) Pour être précis, nous avons d'abord eu une discussion d'une dizaine de minutes en tête à tête, le Procureur général et moi-même au sujet de la manière dont l'information avait été ouverte et le Procureur général, considérait que c'était un coup monté, ce que je conteste formellement.

Sur le fond du problème de la condamnation de Monsieur C_____, j'ai exposé au Procureur général l'ensemble des éléments sur la base desquels je m'apprêtais à rendre une ordonnance de condamnation.

Le Procureur général n'était pas très content de ce que je voulais faire. Il m'a d'abord demandé de procéder à d'autres actes d'instruction, soit d'entendre par voie de commissions rogatoires, le Président H_____ et le Ministre I_____ notamment. Je lui ai répondu que cela me paraissait, par appréciation anticipée des preuves, voué à l'échec. La seconde préoccupation du Procureur général était d'être sûr qu'il n'y aurait pas d'opposition contre l'ordonnance de condamnation, car m'a-t-il dit, s'il y avait opposition, il y aurait des avocats qui avanceraient des arguments et il devrait répondre. Il a quand même admis que les faits étaient clairs et établis et il a félicité l'analyste financier pour son travail. Il a toutefois demandé que cette ordonnance ne figure pas sur les disques informatiques sur lesquels les ordonnances de condamnation des juges apparaissent habituellement. J'ai compris que le Procureur général, au vu des personnalités dont les noms figuraient dans l'ordonnance, ne voulait pas qu'elle soit accessible à tout le monde au Palais » (PV d'audition du 30 novembre 2009, p. 2).

Selon le juge J_____ : *« Il y a eu une discussion dans le bureau du juge B_____ avant Noël 2008 avec le Procureur général, le juge susnommé, moi-même et Monsieur K_____, analyste financier principalement chargé de ce dossier. Cette réunion a dû se dérouler la veille de la notification de l'ordonnance de condamnation visant Monsieur C_____ (...), le Procureur général a demandé que cette ordonnance ne soit pas notifiée. Il craignait une opposition. Nous lui avons dit que Monsieur B_____ en*

avait parlé avec Monsieur C _____ qui ne s'opposait pas à son principe dans la mesure où il reconnaissait les faits.

Lors de cette discussion, le Procureur général n'a jamais évoqué la question de la compétence des autorités fédérales. En dehors de cette réunion, je n'ai jamais parlé directement de ce dossier avec le Procureur général. A ma connaissance, le Procureur général n'a jamais évoqué avec mon collègue B _____ la question de la compétence des autorités fédérales de manière directe par la suite. Il me revient qu'un des problèmes soulevés par le Procureur général avant Noël était que l'ordonnance de condamnation C _____ ne soit pas archivée » (PV d'audition du 9 novembre 2009, p. 2).

L'analyste financier K _____ a déclaré: « Après ma présentation, le Procureur général a dit une phrase qui correspondait à ceci « joli travail ceci est assez convaincant ». Il a été question de l'ordonnance de condamnation que le juge B _____ avait décidé de rendre contre C _____, ce qui a soulevé beaucoup de réticence du Procureur général. Je ne me souviens pas qu'un projet de cette ordonnance ait été soumis au Procureur général en ma présence.

Les réticences étaient exprimées par rapport au fait que le Procureur général devrait peut-être soutenir l'accusation et qu'il voulait des preuves solides. Je me souviens que le Procureur général voulait que les dignitaires X _____ is soient entendus. Il suggéra en tout cas que toutes les personnes soient entendues. Le Procureur général envisageait une opposition à l'ordonnance de C _____, alors que le juge d'instruction se prévalait des aveux de ce dernier.

Il est exact que le Procureur général a demandé que cette ordonnance ne soit pas notifiée et que si elle l'était, elle ne serait pas inscrite sur le disque dur de l'instruction. Ma compréhension était qu'il ne voulait pas qu'elle apparaisse dans la base de données à laquelle tout le Palais a accès.

A aucun moment durant les quelque deux heures trente qu'a duré cette réunion, il n'a été question d'une éventuelle compétence des autorités fédérales ». (PV d'audition K _____ du 15 février 2010, p. 1 & 2).

Lors de son audition devant la Cour de céans le 9 décembre 2010, le Procureur général a déclaré ce qui suit :

« En ce qui concerne l'ordonnance de condamnation rendue par le juge d'instruction à l'encontre de C _____, je donne les explications suivantes :

Il y a deux bases de données :

- une DM: où sont obligatoirement répertoriées toutes les actions d'un magistrat ; s'agissant d'une condamnation, y figure le dispositif.
- Il y a la base PJPortail sur laquelle paraît le texte de l'ordonnance.

Il faut dire qu'à ce moment là j'avais été saisi - dans le cadre de l'inculpation de Me D _____ - d'une plainte pour violation du secret de fonction et il m'est apparu prudent de faire en sorte, dans ce contexte, que le texte de l'ordonnance C _____ n'apparaisse pas sur le « PJPortail », ne serait-ce que dans un but de protéger les fonctionnaires eux-mêmes dans le cadre du secret de fonction. Par ailleurs, si tous les

renseignements concernant cette affaire étaient susceptibles de parvenir à la connaissance de la presse, cela entraverait bien évidemment le bon fonctionnement de la justice ».

- E. A fin novembre - début décembre 2008, le Procureur général s'est posé la question de l'extranéité de la procédure P/____2. Il en a notamment parlé, les 3 et 17 décembre 2008, avec l'avocat de l'X____, Me L____, auquel il a laissé entendre que le problème de la compétence fédérale lui paraissait tardive (cf observations du Procureur général du 7 avril 2009 à l'intention du Conseil supérieur de la magistrature, PV d'audition du 9 décembre 2010, p. 2). Le Procureur général a précisé qu'il fallait comprendre cette discussion dans le sens d'un entretien informel avec un avocat qui n'était pas constitué dans la procédure, et vis-à-vis duquel il ne voulait pas trop s'avancer, car il « *avançait sur des œufs* » lors de cette discussion et était très prudent (PV d'audition du 9 décembre 2010, p. 2) ; il a également déclaré que ce cas un peu particulier était sorti de manière exceptionnelle et qu'il s'était trouvé un peu désemparé (PV d'audition du 26 octobre 2009, p. 2).

Lors de son audition devant la Cour de céans le 9 décembre 2010, le Procureur général a encore précisé ce qui suit :

« Ce problème de la compétence des autorités fédérales est revenu sur le tapis les 22 et 23 janvier lorsque Monsieur M____ du Ministère public de la Confédération a relevé qu'ils étaient saisis d'un dossier X____ dans une affaire tessinoise sauf erreur, et que la nouvelle affaire pouvait s'inscrire dans le même contexte.

Il est exact qu'entre fin janvier et avril 2009, cette question de la compétence est restée en suspens, mais il faut dire que la procédure P/____2 faisait l'objet d'un recours (note: contre des décisions du juge d'instruction des 5 et 8 janvier 2009), le dossier étant à la Chambre d'accusation jusqu'à sa décision rendue le 25 mars 2009. Je dois pourtant dire que j'ai dû avoir une discussion avec Monsieur N____ (note : du Ministère public de la Confédération) durant cette période. Puis, le 26 mars 2009, j'ai fait l'objet d'une dénonciation du juge B____ suite à une pièce saisie dans le cadre de la procédure P/____2. Je n'ai alors pas voulu toucher ce dossier et prendre une décision, dans la mesure où je pouvais éventuellement y être impliqué. Je signale que la décision du Conseil supérieur de la magistrature classant la procédure date du 26 mai 2009.

Compte tenu de la relance de Monsieur N____ du 11 mai 2009 et du fait que la procédure me concernant auprès du Conseil supérieur de la magistrature était close, le problème de la compétence fédérale se posait à nouveau. Je n'ai pas pu m'en occuper tout de suite ayant été occupé par l'affaire O____ où l'on a siégé du 10 au 19 juin 2009. Pendant ce délai, mon juriste a été chargé, en plus de deux recours à la Chambre d'accusation, d'examiner le problème de compétence ».

Le 6 juillet 2009, le Procureur général, sans en référer au juge d'instruction en charge du dossier, a interpellé le Ministère public de la Confédération au sujet de sa compétence dans la procédure P/____2, sans mentionner l'état d'avancement de ladite cause. Lors de son audition le 26 octobre 2009, le Procureur général a déclaré qu'il estimait que ce type d'interpellation était de sa compétence exclusive, raison pour laquelle il n'en avait pas parlé au juge d'instruction chargé du dossier ; pour lui, il était manifeste que le dossier n'était pas clos. Il a ajouté que la grande différence entre le début de l'instruction de cette affaire à fin 2008 et sa requête de saisine du Ministère public de la Confédération le 6 juillet 2009 était qu'au départ il était désemparé et

qu'entre temps il avait eu l'occasion de s'entretenir avec les Procureurs fédéraux qui n'étaient pas hostiles à la transmission de ce dossier. Le 1^{er} juillet 2009, le juge B_____ a imparti un délai aux parties au 15 août pour lui communiquer les actes d'instruction dont elles sollicitaient l'accomplissement, considérant alors que l'instruction touchait à sa fin, ce qui était contesté par les avocats des inculpés. Ce procès-verbal n'a pas été communiqué au Procureur général, ce qui est d'usage lorsqu'il ne participe pas directement aux actes d'instruction.

Le 17 juillet 2009, le Ministère public de la Confédération a accepté sa compétence.

Dans des observations du 17 novembre 2009 adressées à la Chambre d'accusation, le juge J_____, remplaçant son collègue B_____, relevait qu'en application de l'article 337 CP, la cause P/____2 devait rester à Genève au regard notamment des principes d'efficacité et de célérité.

A la suite de la décision de transfert de compétence, contestée par eux, certains juges d'instruction ont transmis au Parquet plusieurs dossiers qu'ils considéraient comme complexes et pouvant être transmis au Ministère public de la Confédération. La phrase type utilisée par les juges d'instruction pour accompagner ces dossiers au Parquet était ainsi libellée: « *Pour examen de la compétence fédérale selon les critères récemment développés par Monsieur le Procureur général A_____, en référence à l'article 337, alinéa 1 CP pour les besoins de la procédure P/____2* ».

Le Procureur général a retourné les dossiers en question, estimant qu'aucun d'eux ne remplissaient les critères restrictifs de l'article 337, alinéa 1 CP.

Par décision du 4 novembre 2009, la Chambre d'accusation a rejeté un recours formé par Me D_____. Dans ses considérants, elle a exposé que le juge d'instruction, une fois saisi d'un dossier, était seul compétent pour dire si les conditions étaient remplies pour justifier la continuation de l'action publique.

Dans une requête du 13 novembre 2009, le Ministère public de la Confédération a demandé au Procureur genevois de lui adresser la procédure P/____2. Le 24 novembre suivant, le Procureur général a fait suivre cette requête au juge d'instruction, qui a rendu une ordonnance de refus en date du 24 novembre 2009.

Par acte du 7 décembre 2009, le Ministère public de la Confédération a saisi le Tribunal pénal fédéral d'une demande de fixation de la compétence matérielle, concluant à ce que « *les autorités judiciaires pénales genevoises transmettent les procédures pénales instruites, à Genève, à l'encontre de B. et C. pour blanchiment d'argent, comme objet de sa compétence au sens de l'article 337, alinéa 1, let. A CP* ».

Statuant par arrêt du 10 février 2010, la première Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral a rejeté cette requête.

- F. Postérieurement au classement de la procédure ouverte contre le Procureur général suite à la communication du juge d'instruction B_____ du 26 mars 2009 dont il a été question sous lettre E ci-avant, le Conseil supérieur de la magistrature a rouvert l'instruction de la cause et a entendu, en plus du Procureur général, un certain nombre de témoins, notamment les juges d'instruction B_____ et J_____ et l'analyste financier K_____, dont les déclarations ont été évoquées sous lettre D ci-avant.

- G.** Dans une décision du 25 juin 2010, le Conseil supérieur de la magistrature a prononcé un avertissement à l'encontre de A_____, précisant que son droit de siéger au Conseil supérieur de la magistrature n'était pas suspendu et que la partie « *en droit* » de la décision serait publiée dès qu'elle serait devenue définitive.

Après avoir rappelé les principes contenus dans le serment que prête le Procureur général et plus particulièrement les qualités d'impartialité, de rigueur, d'intégrité, de loyauté et de dignité liées à la fonction, le Conseil supérieur de la magistrature a retenu que le Procureur général, par ses carences répétées, son manque d'esprit de décision, un défaut de rigueur et une mauvaise appréciation de ses responsabilités dans deux circonstances dont il sera question ci-après, a porté atteinte au crédit de la justice et a manqué aux devoirs de sa charge.

Pour ce faire, le Conseil supérieur de la magistrature a retenu:

1. Que, dans une procédure pénale financière d'envergure, le Procureur général avait manqué de rigueur, de conscience professionnelle et de dignité en privilégiant les aspects qui semblaient mettre en question son autorité, et qu'il avait manqué de conscience professionnelle et de diligence en tergiversant avant de se dessaisir d'une procédure sans motivation convaincante.
2. Qu'il avait violé les principes d'impartialité et d'égalité en ne faisant pas figurer dans les décisions enregistrées l'ordonnance de condamnation prononcée en décembre 2008 à l'encontre de C_____, alors qu'il est de règle qu'une telle décision le soit.

- H.** En date du 30 juillet 2010, A_____ a formé recours contre cette décision.

Il conteste tout manquement disciplinaire et plus particulièrement:

1. D'avoir saisi tardivement le Ministère public de la Confédération d'une requête en fixation de compétence, requête qui serait motivée par des considérations purement personnelles exorbitantes au cadre légal.
2. D'avoir demandé que l'ordonnance rendue à l'encontre de C_____ ne soit pas enregistrée du tout dans la base de données du Palais de justice.

S'agissant du premier grief, A_____ relève que, compte tenu de la charge de travail à laquelle il doit faire face, un délai de sept mois dans lequel il a saisi le Ministère public de la Confédération ne saurait être qualifié d'exagérément long ni d'insolite ; par ailleurs, le Conseil supérieur de la magistrature avait ignoré que les actes punissables avaient été mis en place à l'étranger et que les actes commis en Suisse ne représentaient qu'une simple étape dans la trame faisant l'objet d'une enquête par la justice genevoise ; en outre A_____ avait estimé qu'il serait opportun de coordonner la procédure P/____2 avec d'autres procédures ayant un lien avec l'Etat X_____is. De plus, le Conseil supérieur de la magistrature n'avait pas tenu compte du fait que le Ministère public de la Confédération s'était déclaré compétent pour reprendre la procédure pénale, et qu'en fin de compte c'est cette décision, et non celle du Procureur général, que le Tribunal pénal fédéral avait annulée le 10 février 2010 ; enfin le Conseil supérieur de la magistrature n'avait pas retenu que le dépôt d'une requête de reprise de procédure auprès du Ministère public de la Confédération n'avait eu aucune influence sur l'instruction de la procédure pénale P/____2 menée à Genève, qui avait poursuivi son cours.

S'agissant du deuxième grief, A_____ relève qu'il n'a jamais été question que l'ordonnance de condamnation C_____ ne soit pas enregistrée du tout dans la base de données du Palais de justice mais que, afin d'éviter des indiscretions aux médias préjudiciables au bon déroulement de l'instruction, il avait demandé que cette ordonnance de condamnation ne soit enregistrée que dans la base de données qui donne accès aux seuls dispositifs des décisions.

A_____ conclut à l'annulation de la décision rendue le 25 juin 2010 par le Conseil supérieur de la magistrature dans la mesure où il prononce un avertissement à son encontre et ordonne la publication de la partie « *en droit* » de sa décision dès qu'elle sera devenue définitive. Il conclut en conséquence à ce qu'aucune sanction disciplinaire ne soit prononcée à son encontre et qu'il soit dit et constaté que la décision rendue dans la procédure CSM/_____ ne sera pas publiée, avec suite de dépens.

- I. Après avoir entendu A_____, la Cour d'appel du pouvoir judiciaire (ci-après : CAPJ) a gardé l'affaire à juger.
- J. Postérieurement à l'audition du Procureur général, il est parvenu à la connaissance de la CAPJ que l'instruction de la procédure P/_____2 a notablement progressé, en ce sens que deux ordonnances, une de confiscation, l'autre de classement, ont été rendues à l'encontre de deux inculpés au début 2011, seul restant ouvert l'examen de faits éventuellement imputables à un dernier protagoniste.

EN DROIT

1. Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi par la personne faisant l'objet de la décision du Conseil supérieur de la magistrature, le recours est recevable (art. 8, al. 2 LCSM, 62, al. 1, 64, al. 1 et 65, al. 1 LPA).
2. Le serment prêté par les membres du Ministère public contient notamment la phrase suivante :

« *Je jure ou je promets solennellement (...) de remplir mon office avec dignité, rigueur, assiduité, diligence et humanité* » (art. 73, al. 3 aLOJ, texte repris tel quel dans la nLOJ).

C'est sur la base des principes décrits dans cette phrase que le Conseil supérieur de la magistrature a infligé un avertissement à A_____ en retenant deux griefs rappelés dans la partie « *En fait* » sous lettre G.

Il convient alors d'examiner si ces reproches sont fondés, étant précisé qu'ils sont à mettre en relation avec l'activité professionnelle de A_____ et non pas avec un comportement en dehors de cette activité.

3. Avant de se pencher sur l'examen de ces deux griefs, la CAPJ examinera l'étendue de son pouvoir d'appréciation.
La CAPJ est une autorité de recours de dernière instance cantonale, qui statue conformément à la LPA suite à une décision de première instance cantonale de nature administrative (art. 11 B aLCSM, 139 nLOJ). Certes, l'autorité de première instance jouit d'un large pouvoir d'appréciation en matière de sanction administrative, et le recours contre une telle décision peut être formé « *pour violation du droit y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation* » (art. 61, al. 1, litt. a LPA) et « *pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents* » (article 61, al. 1, litt. b LPA),

mais cela ne signifie pas encore que la marge d'appréciation de la CAPJ se limite à l'arbitraire. En effet, cette instance a été voulue par le législateur afin de garantir un contrôle judiciaire de dernière instance cantonale aux plaideurs directement touchés par une décision du Conseil supérieur de la magistrature, et qui ont un intérêt personnel digne de protection à ce contrôle (PL 10253 - Exposé des motifs du Conseil d'Etat à l'appui du projet de loi modifiant la LOJ (E 2 05, p. 70/80)).

Il en résulte que, pour pouvoir exercer son contrôle judiciaire en sa qualité de Tribunal supérieur, la CAPJ examine librement les faits et applique d'office le droit (cf. art. 110 LTF, Yves Donzallaz, Loi sur le Tribunal fédéral, Berne 2008, p. 1593), sans être limitée au contrôle de l'arbitraire.

4.

4.1 S'agissant de l'enregistrement de l'ordonnance de condamnation prononcée en décembre 2008 à l'encontre de C_____, la décision du Conseil supérieur de la magistrature est des plus succinctes et quelque peu sibylline: elle se contente de « *s'étonner de la volonté exprimée par le premier magistrat de l'ordre judiciaire de ne pas voir figurer dans les décisions enregistrées l'ordonnance de condamnation prononcée en décembre 2008, alors qu'il est de règle que de telles décisions le soient. Un tel procédé comporte en soi le gène d'une appréciation différente de choses semblables, soit une violation des principes d'impartialité et d'égalité, qui n'est pas compatible avec la fonction de celui qui l'a sollicité* ».

Il importe alors de souligner que le dispositif de toute décision d'un magistrat judiciaire comportant une condamnation est obligatoirement répertorié sur la DM, de telle sorte qu'il n'est pas possible d'occulter cette décision. A cela s'ajoute la parution du texte de la décision sur la base « *PJ Portail* ». Or, la décision du Conseil supérieur de la magistrature rappelée ci-dessus ne reproche pas expressément à A_____ d'avoir voulu empêcher l'enregistrement de l'ordonnance *in extenso*, même si l'on peut comprendre qu'il lui est en réalité reproché de n'avoir pas fait publier le texte de l'ordonnance. A ce sujet, A_____ a expliqué que s'il avait agi ainsi, c'était parce que la base « *PJ Portail* » était d'un accès facile, et qu'il avait estimé prudent de ne pas faire apparaître le texte de l'ordonnance susmentionnée sur « *PJ Portail* », dans la mesure où cela risquait de rendre publics des renseignements confidentiels couverts par le secret de fonction (cf. déclaration B_____ du 30 novembre 2009, p. 2).

Lorsque l'on connaît la surprenante facilité avec laquelle certains renseignements confidentiels ou couverts par le secret de fonction en provenance du Palais de justice parviennent à la connaissance des médias, il apparaît que la prudence affichée par le Procureur général à cette occasion se justifiait, et l'on ne saurait y voir une violation des devoirs de sa charge.

En retenant une telle violation, le Conseil supérieur de la magistrature a effectué une appréciation inexacte et incomplète des faits pertinents.

Cela dit, il serait souhaitable que des directives précisent les critères selon lesquels, notamment pour des questions touchant à l'ordre public, le texte d'une décision de justice n'apparaît pas sur la base de données du Palais de justice.

4.2 Les principaux reproches adressés au Procureur général sont à mettre en relation avec la gestion de la procédure pénale P/_____. Ils seront repris successivement ci-après.

4.2.1 Il est reproché au Procureur général d'avoir été hésitant et d'avoir tardé à prendre, au sujet de la compétence des autorités genevoises relativement à une procédure pénale, une décision dont la justification n'était pas claire, voire même insolite et contraire à la pratique genevoise. Cela constituerait un manque de diligence, voire de rigueur dans l'exercice de ses fonctions.

A cet égard, il importe de relever que le Conseil supérieur de la magistrature, en estimant que le Procureur général avait tardé à agir, n'a pas porté suffisamment d'attention à la chronologie des faits :

- Le 25 novembre 2008, le Procureur général a connaissance de l'ouverture d'information de la procédure P/ _____2.
- Le 27 novembre 2008, il se fait apporter le dossier
- Du 27 novembre au 16 décembre 2008, il y a, entre le Procureur général et le Procureur F_____, un échange de courriers et un entretien au sujet des circonstances, inhabituelles et contraires aux directives du Parquet, dans lesquelles cette procédure a été ouverte. Cet épisode se termine par un courrier du Procureur général du 16 décembre 2008, qui se limite à un avertissement formel de ce dernier.
- Pendant ce laps de temps, le Procureur général évoque, de manière informelle avec un avocat, le problème de la compétence, et s'entretient longuement avec le juge d'instruction de la suite à donner à l'affaire C_____, ce qui se termine par une ordonnance du juge d'instruction du 10 décembre 2008.
- Après l'interruption due aux Fêtes de fin d'année, le dossier, suite à un recours, est transmis à la Chambre d'accusation le 8 janvier 2009 et il y reste jusqu'au 25 mars 2009.
- Les 22/23 janvier 2009, alors que le dossier est à la Chambre d'accusation, le Procureur général évoque avec le Procureur fédéral M_____, le problème de la compétence.
- Le 26 mars 2009, le Procureur général fait l'objet d'une dénonciation par le juge d'instruction B_____, suite à la saisie d'une note non signée mettant en cause l'activité du Procureur général dans le cadre de la procédure P/ _____2.
- Le 26 mai 2009, le Conseil supérieur de la magistrature classe la procédure ouverte par la dénonciation du juge B_____
- Entre le 26 mars et le 26 mai 2009, le Procureur général, vu la dénonciation susmentionnée, laisse l'étude de la procédure P/ _____2 en suspens. Entre temps, le Procureur fédéral N_____, le 11 mai 2009, relance le Ministère public genevois au sujet du problème de la compétence.
- Entre le 10 et le 19 juin 2009, le Procureur général est occupé en Cour d'assises par le procès O_____. Il confie à son secrétaire juriste, P_____, le soin d'examiner le problème de la compétence dans le cadre de la procédure P/ _____2.

- Le 26 juin 2009, P _____ établit un projet, qu'il soumet et discute avec le Procureur général.
- Le 6 juillet 2009, le Procureur général interpelle par un courrier le Ministère public de la Confédération au sujet de la compétence, sans en avoir parlé au juge d'instruction chargé du dossier.

On se rend compte ainsi que les circonstances ont fait qu'en réalité le Procureur général n'a pas véritablement et sérieusement pu s'occuper du problème de la compétence, dans le cadre de la procédure P/ _____ 2, avant le mois de juin 2009 et que c'est par une appréciation inexacte des faits pertinents que le Conseil supérieur de la magistrature a estimé qu'il avait tardé à agir.

Il sera encore relevé que le problème de la compétence était loin d'être évident, que la compétence du Ministère public genevois a été, après examen du dossier, proposé par le juriste P _____ (PV du 15 février 2010, p. 2), qu'elle a été soutenue par le Ministère public de la Confédération, et que c'est en fin de compte le Tribunal pénal fédéral qui a tranché. Même si un tel transfert de compétence est rare et son opportunité peut-être discutable dans le cas d'espèce, cela ne fait pas d'une appréciation juridique qui se révèle erronée une faute de nature disciplinaire dans l'exercice des fonctions d'un magistrat judiciaire, ce qu'a admis le Conseil supérieur de la magistrature. Par contre, c'est à tort qu'il a retenu à l'encontre du Procureur général un manque de diligence dans la gestion de la procédure P/ _____ 2.

- 4.2.2 Il est reproché ensuite au Procureur général d'avoir donné un caractère personnel à cette affaire et d'avoir privilégié les aspects qui semblaient mettre en question son autorité naturelle. Cela constituerait un manque de rigueur, voire de dignité dans l'exercice de ses fonctions.

De fait, le Procureur général s'est déclaré désemparé au début de la procédure P/ _____ 2 au vu du comportement du Procureur F _____. Cela peut se comprendre, mais cet incident a été réglé avant la fin de l'année 2008 et l'on ne saurait y voir une influence sur le comportement ultérieur du Procureur général. Il est exact également que les déclarations des juges d'instruction B _____, J _____ et G _____ devant le Conseil supérieur de la magistrature laissent percer un malaise dans cette procédure tout au long de l'année 2009, même si les déclarations des deux juges concernés (J.-B. J _____ et Y. B _____) ne sont pas identiques sur l'attitude du Procureur général qu'ils considèrent dilatoire, le premier nommé étant plus affirmatif que le second, qui se fonde essentiellement sur la note manuscrite qui a conduit à la dénonciation du Procureur général au Conseil supérieur de la magistrature.

Il n'en reste pas moins que la décision du Conseil supérieur de la magistrature se fonde sur des impressions, dans le cadre d'une ambiance malsaine, telles qu'elles résultent des déclarations inévitablement quelque peu partisans des différents protagonistes. Sous réserve des reproches relatifs aux hésitations et à la tardiveté des réactions du Procureur général, qui ont été examinés et répétés sous chiffre 4.2.1 ci-avant, et du reproche traité sous chiffre 4.2.3 ci-après, la décision du Conseil supérieur de la magistrature ne met pas en avant des motifs objectifs qui permettraient d'asseoir sa décision. Certes, on peut avoir quelques doutes sur les réelles intentions des uns et des autres, mais des doutes ne fondent pas une conviction, et dans cette mesure le Conseil supérieur de la magistrature a violé le droit en outrepassant son pouvoir d'appréciation.

- 4.2.3 Même si la décision du Conseil supérieur de la magistrature n'aborde pas expressément cette question, on peut reprocher au Procureur général d'avoir entrepris des démarches en vue de la transmission du dossier au Ministère public de la Confédération, sans en avoir parlé au juge d'instruction chargé du dossier, ce qui constituerait un manque de rigueur et de diligence de la part de A_____.

Ce fait est objectivement établi, et le Procureur général donne comme explication qu'il se considérait comme seul compétent, même si la procédure est en mains d'un juge d'instruction, ce qui est inexact, comme l'a relevé la Chambre d'accusation dans son ordonnance du 4 avril 2009 citée sous lettre E ci-avant. Ce fait, qui peut être reproché au Procureur général mais n'a eu aucune influence sur le déroulement de la procédure, ne permet pas à lui seul de retenir à l'encontre de A_____ un manque de rigueur dans la gestion des dossiers qui lui sont confiés ni une attitude revancharde dénuée de dignité à l'encontre des juges d'instruction.

5. Pour l'ensemble des raisons développées sous chiffre 4, la décision du Conseil supérieur de la magistrature sera annulée.
6. En ce qui concerne la publication de la présente décision, il convient de remarquer qu'elle est de toute façon accessible au public en vertu de l'article 20, al. 3 LIPAD. Cela dit, il paraît certain que cette décision est de nature à attirer l'attention des médias, compte tenu du fait qu'elle concerne le Procureur général lui-même et que les indiscretions intervenues dans ce dossier ont favorisé des spéculations médiatiques qui ont d'ores et déjà reçu une publicité importante.

Dans ces conditions, il paraît conforme aux intérêts de tous, y compris du recourant, que la décision soit publiée *in extenso* dès que la présente décision sera définitive. L'identité des personnes impliquées dans les procédures P/_____1 et P/_____2 sera caviardée.

7. A_____, qui obtient gain de cause, se verra allouer des dépens, qui seront mis à la charge de l'Etat de Genève.

PAR CES MOTIFS,

La Cour d'appel du pouvoir judiciaire

A la forme :

Reçoit le recours formé par A_____ contre la décision du Conseil supérieur de la magistrature du 25 juin 2010.

Au fond :

Annule la décision susmentionnée.

Condamne l'Etat de Genève aux dépens de A_____ qui comprendront une indemnité de CHF 3'000.-, à titre de participation aux honoraires de son avocat.

Ordonne la publication du présent arrêt, dès qu'il sera définitif, dans la Feuille d'avis officielle.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Informe les parties qu'elles peuvent recourir auprès du Tribunal fédéral conformément aux articles 82 et ss, LTF.

Communique le présent arrêt à A_____, recourant, et au Conseil supérieur de la magistrature.

Alexandra FAVRE
Greffière

Pierre-Yves DEMEULE
Président