

GE_GERICHTE ACOM/110/2008 vom 28. November 2008

GE Cour de justice, 2008-11-28, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ACOM_110_2008

FR: GE_GERICHTE ACOM/110/2008 du 28 novembre 2008

IT: GE_GERICHTE ACOM/110/2008 del 28 novembre 2008

Erwägungen

E. 1

Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 40 al. 2 LPol ; art. 63 al. 1 litt a LPA). A. Droit applicable

E. 2

La LPol a été modifiée ces dernières années : le 1er janvier 2005, de nouvelles dispositions de cette loi sont entrées en vigueur ; plus récemment, et pour adapter la LPol à la nouvelle loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 (LPAC - B 5 05), des modifications supplémentaires ont été intégrées par loi du 23 mars 2007, entrée en vigueur le 31 mai 2007.

E. 3

D'une manière générale, s'appliquent aux faits dont les conséquences juridiques sont en cause les normes en vigueur au moment où ces faits se produisent (P. MOOR, Droit administratif, 2ème éd. Berne 1994, vol. 1, ch. 2.5.2.3 p. 170).

E. 4

En l'espèce, le président du DI a ordonné l'ouverture d'une enquête administrative le 15 mai 2006 au sujet du comportement adopté par le recourant le 14 avril 2006.

- 11/17 - A/2766/2008

E. 5

En application du principe énoncé ci-dessus, c'est donc la LPol, dans sa teneur en vigueur du 1er janvier 2005 au 30 mai 2007 qui est applicable.

E. 6

Cependant, les sanctions disciplinaires étant de nature pénale, le principe de la *lex mitior*, résultant de l'article 2 alinéa 2 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0), prévaut lorsque le nouveau droit est plus favorable au recourant (P. MOOR, op. cit., p. 171 ; ACOM/119/2006 du 7 décembre 2006 ; ATA/546/2006 du 10 octobre 2006).

L'autorité intimée devait examiner d'office cette question, par ailleurs soulevée par le recourant, au lieu de prétendre, comme sa représentante l'a répété lors de l'audience de comparution personnelle, que la dégradation prononcée étant prévue dans l'ancienne et la nouvelle loi, "la détermination de la *lex mitior* n'est (n'était) pas relevante".

E. 7

Or, la dégradation est certes prévue dans les deux lois, à l'article 36 alinéa 1, respectivement lettre e et lettre d. Les deux arrêtés du Conseil d'Etat des 25 juin et 5 novembre 2008 prononçant la dégradation font référence à l'article 36 alinéa 1 lettre d, soit à la loi en

vigueur depuis le 31 mai 2007, mais sans aucune motivation.

De plus, cette dernière loi comporte d'autres innovations, telle que notamment :

- la suppression de l'avertissement, la première sanction possible étant dorénavant le blâme, comme dans la LPAC révisée (art. 36 al. 1 lettre a LPol) ;

- la réduction de traitement pour une durée déterminée - et non plus la suspension pour une durée déterminée sans traitement (art. 36 al. 1 lettre c) ; la suspension pour une durée maximale d'une semaine, étant de la compétence du président du DI et celle d'une durée supérieure, de la compétence du Conseil d'Etat - de même que - dans les deux lois - la dégradation et la révocation (art. 36 al. 1 lettre e et f et 36 al. 3) ;

- un nouvel article 40A relatif à la proposition de réintégration que peut faire l'autorité de recours ;

- enfin et surtout, un nouvel alinéa 6 de l'article 37 instituant pour la responsabilité disciplinaire une prescription d'un an après la découverte de la violation des devoirs de service et de cinq en tout cas après la dernière violation, la prescription étant suspendue, le cas échéant, pendant la durée de l'enquête administrative.

E. 8

Les deux arrêtés du Conseil d'Etat mentionnent bien l'article 37 LPol mais alinéas 2 à 5 et non pas 6. Or, le recourant allègue que cette prescription d'un an est applicable en l'espèce, empêchant la prise en compte de tout antécédent

- 12/17 - A/2766/2008 disciplinaire, alors que le Conseil d'Etat n'a pas jugé utile de se déterminer sur cette question depuis lors.

La loi applicable au moment des faits litigieux du 14 avril 2006 ne comportait aucune prescription. Par analogie avec d'autres dispositions du droit disciplinaire, la prescription était ainsi de cinq ans et, par la prescription absolue, de sept ans et demi (ACOM/101/2007 du 20 décembre 2007), comme cela résultait d'ailleurs de l'avis de droit du professeur Tanquerel produit à cette occasion par le DI, et comme cela prévalait dans d'autres lois relatives aux professions libérales (ATA/192/1997 du 18 mars 1997).

En instituant une prescription ordinaire d'un an, la nouvelle loi - en vigueur dès le 31 mai 2007 - est donc plus favorable au recourant.

E. 9

L'instruction conduite par la commission a fait apparaître que la seule sanction en force, prononcée à l'encontre du recourant, est constituée par l'avertissement du 19 avril 2005 relatif à des faits survenus en avril 2004, comme le commandant de la gendarmerie l'a confirmé le 14 novembre 2008 à la requête de la commission, le libellé de l'avertissement ne permettant pas de savoir si tous les faits ayant motivé l'ouverture de la procédure disciplinaire avaient été tenus pour avérés.

A juste titre, cet avertissement avait d'ailleurs été prononcé en application de l'article 36 alinéa 1 lettre a LPol, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004.

E. 10

Il résulte de ce qui précède que les faits du 14 avril 2006 devraient être sanctionnés en application de la LPol en vigueur à cette date, alors que la prise en compte de

l'avertissement devrait l'être au regard du nouvel article 37 alinéa 6 LPol dans sa teneur dès le 31 mai 2007.

Or, comme l'a relevé avec pertinence le recourant, l'application de l'ancien et du nouveau droit n'est pas admissible (ATF 114 IV 81 consid. 3c). Plus récemment, le Tribunal fédéral en a jugé de même s'agissant d'une amende fiscale (arrêt du Tribunal fédéral du 11 mai 2005 2A.719/2004, consid. 2), en précisant ce qui suit : "si le droit en vigueur au moment de la décision réprimant l'infraction est plus favorable au contribuable que celui de la période fiscale, c'est-à-dire de la période au cours de laquelle l'infraction a été commise, le nouveau droit est applicable. La question de savoir quel est le droit le plus favorable ne peut être résolue de manière abstraite ; il faut plutôt déterminer lequel des deux droits conduit dans le cas d'espèce au résultat le plus avantageux pour l'intéressé, la combinaison des deux droits et l'application en partie de l'ancien et en partie du nouveau droit étant cependant exclue (RF 55/2000 p. 122)".

- 13/17 - A/2766/2008

E. 11

En conséquence, le nouveau droit - en vigueur depuis le 31 mai 2007 - étant globalement plus favorable au recourant, seule la LPol dans sa dernière version est applicable.

Si le Conseil d'Etat a bien appliqué cette dernière loi en prononçant le 25 juin - et a fortiori le 5 novembre 2008 - la dégradation du recourant conformément à l'article 36 alinéa 1 lettre d LPol, il aurait également dû faire application de l'article 37 alinéa 6 LPol et constater que l'avertissement prononcé le 19 avril 2005 pour des faits remontant à avril 2004 était largement prescrit de sorte qu'il ne pouvait plus en faire état ni en tenir compte. En effet, le Conseil d'Etat n'a nullement allégué ni démontré que la prescription aurait été interrompue, raison pour laquelle le délai de prescription ordinaire d'un an est seul applicable.

La suspension de la prescription pendant l'enquête administrative ne peut en effet concerner que l'enquête ouverte à raison des nouveaux faits. B. Droit d'être entendu

E. 12

De plus, le recourant allègue une violation de son droit d'être entendu.

a. Tel qu'il est garanti par l'article 29 alinéa 2 de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse du 18 avril 1999 (Cst. RS 101), le droit d'être entendu comprend le droit pour les parties de faire valoir leur point de vue avant qu'une décision ne soit prise, de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur les décisions, d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (Arrêt du Tribunal fédéral 2B.77/2003 du 9 juillet 2003 consid. 2.1 et les arrêts cités ; ATA/544/2007 du 30 octobre 2007).

b. Le droit d'être entendu est une garantie à caractère formel dont la violation doit en principe entraîner l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances du recourant sur le fond (ATF 119 Ia 136 consid. 2.b). Cette violation peut être réparée devant l'instance de recours si celle-ci jouit du même pouvoir d'examen des questions litigieuses que l'autorité intimée et si l'examen de ces questions ne relève pas de l'opportunité (art. 61 al. 2 LPA), car l'autorité de recours peut alors substituer son pouvoir d'examen à celui de l'autorité de première instance (Arrêts du Tribunal fédéral 1C.399/2007 du 27 mars 2008 ; 2P.30/2003 du 2 juin 2003 consid. 2.4 et les arrêts cités ; ATA/416/2008 du 26 août 2008 ;

ATA/269/2008 du 27 mai 2008 ; ATA/544/2007 du 30 octobre 2007).

E. 13

A teneur de l'article 37 alinéa 2 LPol, la dégradation ne peut être prononcée sans qu'une enquête administrative ait été ordonnée.

Tel a bien été le cas en l'espèce. Cependant, celle-ci ne l'a été que pour les faits survenus le 14 avril 2006, comme cela résulte de l'arrêté pris par le président

- 14/17 - A/2766/2008 du département le 15 mai 2006 et de celui du 27 août 2007 prononçant la reprise de cette enquête - suspendue pendant la procédure pénale - à la suite de "l'ordonnance de classement de la procédure du 25 juin 2007 rendue par Madame la Présidente du Tribunal de Police suite au retrait de la plainte de M. P _____" (sic).

L'enquêteur administratif n'a d'ailleurs entendu le recourant qu'une seule fois, le 3 octobre 2007, puis il a déposé son rapport le 9 octobre 2007.

Or, l'arrêté du 25 juin 2008 mentionne - et sanctionne - les faits postérieurs au 3 octobre 2007, alors que ceux-ci n'ont pas fait l'objet d'une extension de l'enquête administrative et que l'enquêteur administratif n'a pu entendre l'intéressé à leur sujet.

Le fait que le recourant ait été auditionné sur ce point par ses supérieurs hiérarchiques le 12 octobre 2007, puis par le président du DI le 20 mai 2008 n'y change rien, contrairement à ce qu'a soutenu le Conseil d'Etat dans son écriture responsive du 30 septembre 2008 et encore lors de l'audience de comparution personnelle le 7 novembre 2008.

Pour qu'un acte puisse être déclaré nul pour violation du droit d'être entendu, le Tribunal fédéral requiert un vice grave et évident ainsi que l'absence d'atteinte à la sécurité juridique en cas de constatation de cette nullité (ATF 104 Ia 172). Une telle atteinte ne peut être exclue en l'espèce de sorte que l'une des deux conditions n'est pas remplie en l'espèce, raison pour laquelle l'annulation - et non la nullité - s'impose.

Enfin, à raison de ces derniers faits, l'arme de M. X _____ lui a été retirée, sans que l'autorité de recours ne puisse déterminer sur quelle disposition - légale ou réglementaire - ni sur quel OS cette décision serait fondée.

E. 14

L'arrêté initial du 25 juin 2008 mentionne encore des éléments ressortant du dossier du recourant, notamment des reproches qui lui ont été adressés pour des faits survenus entre mars 2001 et mai 2005, sans qu'il soit possible de savoir à quel titre ceux-ci ont été retenus par le Conseil d'Etat.

a. A cet égard, il sera relevé que les faits de mars 2001 et mai 2005 n'ont fait l'objet d'aucune sanction ;

b. Il sera donné acte au Conseil d'Etat que l'avertissement prononcé le 27 octobre 2003 pour des faits survenus en mars 2003 aurait, sur recours de M. X _____, fait l'objet d'un classement par le chef de la police, ce qui ne résulte pas des pièces produites, même si une proposition en ce sens avait été faite à celui-ci par la gendarmerie "étant donné les autres procédures en cours sur le sujet", comme l'atteste une note manuscrite figurant sur une pièce non numérotée du dossier produit par l'intimé ;

- 15/17 - A/2766/2008

c. De plus, le département n'a jamais pris de nouvelle décision à l'encontre du recourant pour les faits connus sous le nom "d'affaire Chico" remontant à août 2004 - et mentionnés dans la proposition de sanction de Mme la Cheffe de la Police - malgré la décision de la commission de céans qui avait annulé l'avertissement infligé par le président du DI à l'intéressé pour des questions de procédure mais renvoyé la cause à celui-ci pour instruction et nouvelle décision (ACOM/119/2006 du 7 décembre 2006). Il est dès lors patent que le département a renoncé à sanctionner les agissements du recourant à cette occasion ;

d. Pour les raisons sus-exposées, ces faits sont en tout état prescrits sur le plan disciplinaire et ne peuvent plus être mentionnés à titre d'antécédents.

E. 15

Ces faits peuvent toutefois être pris en considération par l'autorité dans le cadre de l'appréciation de la situation personnelle de l'auteur, au regard de l'article 47 CPS, soit de l'article 63 aCPS, applicable par analogie.

Il en va de même des félicitations : sur ce point, la pratique - relativement récente - de la gendarmerie est incompréhensible car il semble qu'il existe deux dossiers personnels pour chaque gendarme, soit l'un pour les évaluations périodiques et l'autre produit à l'occasion de procédures disciplinaires, ce qui est inadmissible.

En l'espèce, le recourant a pu savoir - à l'occasion de la procédure disciplinaire ouverte contre lui pour l'affaire Chico en 2004 - qu'il avait alors fait l'objet de huit félicitations, comme l'atteste la pièce datant du 4 novembre 2004 qu'il a produite lors de l'audience de comparution personnelle du 7 novembre 2008. Or, selon l'arrêté querellé, seules trois félicitations lui auraient été adressées pour diverses arrestations. La prise en compte de ces félicitations doit pouvoir se faire de manière complète dans le cadre de l'application de l'article 47 CPS précité, ce qui n'est pas possible en l'état du dossier.

E. 16

En dernier lieu, M. X_____ a déclaré avoir consulté Mme Lefrère, Mme Clerici, M. Jaffé et se trouver dans l'attente du rapport du Dr Gravier.

Cependant, il n'a produit aucune pièce de nature à établir les constatations et les recommandations qu'auraient faites ces spécialistes au sujet de son comportement.

E. 17

Les considérations émises ci-dessus au sujet de l'arrêté du 25 juin 2008, le seul à comporter une motivation, fût-elle incomplète, valent pour la reconsidération faite par le Conseil d'Etat par arrêté du 5 novembre 2008 et dont les raisons sont inexplicables, la commission de céans étant cependant liée par le principe de l'interdiction de la *reformatio in peius*.

E. 18

En conséquence, le recours sera admis et les deux arrêtés des 25 juin et 5 novembre 2008 annulés. La cause sera renvoyée au Conseil d'Etat pour nouvelle

- 16/17 - A/2766/2008 décision au sens des considérants, étant précisé que le recourant ne subit aucun préjudice puisqu'il n'a fait l'objet d'aucune suspension provisoire de fonction et/ou de traitement et que les arrêtés précités n'ont pas été déclarés exécutoires nonobstant recours.

Il appartiendra au Conseil d'Etat de déterminer, dans le cadre du large pouvoir d'appréciation qui est le sien, s'il entend prononcer lui-même une sanction de sa compétence ou renvoyer la cause au président du DI ou encore à une autre autorité, comme le requiert le recourant.

* * * * *

PAR CES MOTIFS, LA COMMISSION DE RECOURS DES FONCTIONNAIRES DE POLICE ET DE LA PRISON à la forme : déclare recevable le recours interjeté le 28 juillet 2008 par M. X_____ contre l'arrêté du Conseil d'Etat du 25 juin 2008 et contre celui du 5 novembre 2008 ; au fond : l'admet ; annule les deux arrêtés pris par le Conseil d'Etat les 25 juin et 5 novembre 2008 ; renvoie la cause à l'intimé pour nouvelle décision au sens des considérants ; met à la charge du Conseil d'Etat un émolument de CHF 2'000.- ; alloue au recourant, à charge de l'Etat de Genève, une indemnité de procédure de CHF 3'000.- ; dit que, conformément aux articles 82 et suivants de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'article 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en

- 17/17 - A/2766/2008 possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ; communique la présente décision à Me Robert Assaël, avocat du recourant ainsi qu'au Conseil d'Etat. Siégeants : Mme Hurni, présidente, MM. Perren et Widmer, membres. Au nom de la commission de recours des fonctionnaires de police et de la prison : la greffière :

C. Barnaoui-Blatter

la présidente :

E. Hurni

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.