

GE_GERICHTE A/2766/2008 vom 28. November 2008

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

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_2766_2008

FR: GE_GERICHTE A/2766/2008 du 28 novembre 2008

IT: GE_GERICHTE A/2766/2008 del 28 novembre 2008

Volltext

Genève Cour de justice (Cour de droit public) Chambre administrative 28.11.2008
A/2766/2008

A/2766/2008 ACOM/110/2008 du 28.11.2008 (CRPP) , ADMIS En fait En droit Par ces motifs RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE A/2766/2008-CRPP ACOM/110/2008 DÉCISION DE LA COMMISSION DE RECOURS DES FONCTIONNAIRES DE POLICE ET DE LA PRISON du 28 novembre 2008 dans la cause M. X_____ représenté par Me Robert Assaël, avocat contre CONSEIL D'ÉTAT EN FAIT 1. M. X_____ est né le _____ 1974. Il est domicilié à Genève et marié. Il est entré à la gendarmerie le 1 er janvier 2000 et a été nommé appointé de gendarmerie le 1 er janvier 2005. 2. Le 14 avril 2006, alors qu'il était en congé, il a fait l'objet d'une plainte d'un automobiliste, M. P_____, du chef de lésions corporelles. a. Il résulte de cette déclaration-plainte que durant la matinée du 14 avril 2006, M. P_____ circulait au volant de sa voiture. Venant du carrefour de l'Etoile, il avait emprunté la route du Grand-Lancy. Peu avant la rampe du Pont-Rouge, il se trouvait dans la voie de présélection de droite. Un motocycliste avait surgi brusquement sur sa droite, l'empêchant d'effectuer la manœuvre. Le motocycliste roulait à vive allure. Surpris, M. P_____ avait klaxonné et fait des appels de phares. Le motocycliste avait fait un geste de la main "comme pour me montrer qu'il m'avait vu" ; il avait ensuite disparu du champ de vision de l'automobiliste tellement il roulait vite. Ledit automobiliste avait poursuivi sa route en empruntant la rampe du Pont-Rouge puis le chemin des Vieux-Chênes. Au bout de ce chemin, le motocycliste était à l'arrêt au feu rouge. L'automobiliste s'était arrêté à côté de lui et il était descendu de son véhicule pour lui dire que ce qu'il avait fait était dangereux. Le motocycliste lui avait répondu agressivement : "qu'est ce que ça peut te foutre, c'est pas ton problème". M. P_____ lui avait dit calmement que s'il l'avait renversé, ce serait devenu le sien. Au moment de regagner sa voiture, il avait donné un petit coup de pied sur le bas de la roue de la moto. Le motocycliste, M. X_____, était alors descendu de sa moto, portant toujours son casque, et lui avait demandé agressivement s'il voulait "faire le justicier". Dans le même élan, il lui avait asséné avec une violence inouïe une dizaine de coups de poing au visage, puis une multitude d'autres coups de poing sur le corps. Apeuré, M. P_____ l'avait alors saisi par les jambes. M. X_____ avait perdu l'équilibre et tous deux étaient tombés au sol. Alors que M. P_____ était bloqué sous le poids de M. X_____, celui-ci s'était relevé puis lui avait asséné une vingtaine de coups de pied au visage et dans les côtes. Selon le plaignant, M. X_____ répétait sans cesse "alors, tu veux jouer au justicier, n'est-ce pas ?" tout en continuant à lui donner des coups de pied. A ce moment-là, le motocycliste avait enlevé son casque puis l'avait jeté au sol. Alors qu'il continuait à frapper M. P_____, un automobiliste, témoin de la scène, était descendu de son véhicule en priant le motocycliste de stopper. Ce dernier lui avait répondu que ce n'était pas son problème. Il avait continué à s'acharner sur M. P_____ en lui donnant encore une vingtaine de coups de pied partout sur le corps et au visage. Finalement, une automobiliste

était arrivée. Elle avait immédiatement dit à M. X_____ qu'il était fou. M. P_____ a indiqué qu'il était alors couvert de sang. M. X_____ avait encore cherché à le frapper alors que lui-même se trouvait au sol. En présence de cette femme, M. X_____ s'était calmé. Selon M. P_____, son passage à tabac avait duré approximativement sept à dix minutes. Son jeans s'était déchiré. Il s'était ensuite rendu au Groupe Médical d'Onex où il avait reçu des soins. Selon le certificat médical établi à cette occasion, M. P_____ présentait une fracture de l'os du nez, une contusion et une plaie superficielle du genou droit, une contusion et des douleurs à la hanche droite, une contusion des deux épaules, zone antérieure, un œdème et une contusion de l'hémiface gauche et du pavillon de l'oreille gauche. b. Les deux témoins, Mme J_____ et M. R_____, ont fait chacun une déposition confirmant la violence des coups. c. Quant à M. X_____, il a déclaré que M. P_____ l'avait invectivé en lui disant qu'il roulait dangereusement. Il ne voyait toujours pas quelle faute de circulation il aurait pu commettre. Avant de regagner son véhicule, l'automobiliste lui avait donné un coup de poing sur l'épaule gauche et donné un coup de pied sur le carénage de sa moto. M. X_____ avait été déséquilibré. Il ne savait plus dans quelles circonstances tous deux s'étaient retrouvés au sol. Lors de cette chute, il s'était tapé le genou et la visière de son casque s'était décrochée. Il s'était relevé, il avait tenté de maîtriser M. P_____. Comme il n'y parvenait pas, il lui avait donné plusieurs "coups de défense" (coups de poing et de pied) pour l'éloigner. Il avait frappé de face et pensait lui avoir asséné un coup à la tête. Il avait lui-même été blessé au genou et au tibia droits, ses habits et son casque avaient été légèrement endommagés et souillés, raisons pour lesquelles il déposait plainte contre cette personne. 3. Le 15 avril 2006, M. X_____, détenu, a été inculqué par le juge d'instruction de lésions corporelles simples intentionnelles. Il a reconnu avoir donné trois ou quatre coups de poing et trois ou quatre coups de pied dans les côtes du plaignant. Il était possible que certains coups "soient partis du côté du visage", mais il niait en avoir donné à M. P_____ alors que celui-ci était à terre. 4. Il a été placé sous mandat d'arrêt. 5. Par arrêté du 15 mai 2006, le Président du département des institutions (ci-après : le département) a ordonné de l'ouverture d'une enquête administrative à l'encontre de M. X_____ concernant le comportement de celui-ci le 14 avril 2006, les fonctionnaires de police se devant d'avoir en tout temps et en tout lieu, y compris dans leur vie privée, un comportement exemplaire et digne, respectueux de la personne humaine (code de déontologie de la police genevoise et ordre de service 1A1c intitulé "comportement des policiers"). Cependant, cette enquête a été suspendue dans l'attente de l'issue de la procédure pénale. Aucune suspension provisoire - de fonction ou de traitement - n'a été prononcée. 6. M. X_____ a été confronté au plaignant, M. P_____, le 6 juin 2006 ; il a maintenu sa déposition. Au terme de celle-ci, l'intéressé a reconnu avoir perdu son sang-froid. Il a regretté ce qu'il avait fait et présenté ses excuses au plaignant pour les lésions qu'il lui avait occasionnées. 7. Par ordonnance du 30 octobre 2006, le Procureur général a condamné M. X_____ pour lésions corporelles simples, à la peine de deux mois d'emprisonnement sous déduction d'un jour de détention préventive. Il l'a mis au bénéfice du sursis pendant trois ans et a réservé les droits de la partie civile. 8. Saisi d'une opposition, le Tribunal de police a constaté, par jugement du 22 juin 2007, que M. P_____ ayant retiré sa plainte et sa constitution de partie civile, les conditions de l'action publique n'étaient pas données, de sorte que la cause a été rayée du rôle. 9. Par arrêté du 27 août 2007, la reprise de l'enquête administrative a été ordonnée et l'enquêteur désigné en la personne de M. M_____, commissaire de police. 10. Après avoir procédé à l'audition de M. X_____ le 3 octobre 2007, l'enquêteur a rendu son rapport le 9 octobre 2007 auquel

était jointe une série de pièces, dont la copie de la procédure pénale P/6012/2006, ainsi qu'un rapport établi le 18 avril 2006 par le commandant de la gendarmerie déplorant "une étrange similitude avec d'autres affaires dans lesquelles ce collaborateur a été impliqué" à la suite : - d'une plainte de M. F_____ au sujet du comportement de M. X_____ le 2 mars 2001 ; - d'une plainte de M. S_____ au chef de la police pour la conduite et le comportement de M. X_____ en date du 30 mars 2003 ; - d'une plainte le 5 février 2004 de M. B_____ à l'encontre d'un gendarme en civil, M. X_____, suite à une affaire de circulation à l'avenue d'Aïre ; - d'un rapport établi le 29 avril 2004 par le maréchal du poste de Plainpalais à l'intention du commandant de la gendarmerie dénonçant le comportement inqualifiable du gendarme X_____ en raison de son attitude tant envers le public qu'avec ses collègues, un autre maréchal de gendarmerie ayant dénoncé également l'appointé X_____ pour son comportement lors d'une manifestation sportive à la même date ; - le 1^{er} mars 2005, M. X_____ avait été sanctionné par le prononcé d'un blâme par le chef de la police pour avoir violé l'ordre de service 1A1c précité le 13 août 2004, dans le cadre de l'affaire dite "Chico" mais ce blâme avait été annulé sur recours de l'intéressé et le président du département avait prononcé un avertissement le 30 juin 2006. Par décision du 7 décembre 2006 de la commission de recours des fonctionnaires de police et de la prison (ci-après : CRPP) toutefois, la cause avait été cependant renvoyée au département pour complément d'instruction et nouvelle décision. A ce jour, le département n'avait pris aucune nouvelle décision à raison de ces faits ; - Enfin, un avertissement avait été infligé à l'intéressé le 19 avril 2005 par le commandant de la gendarmerie. Il est difficile à sa lecture de savoir quel comportement il sanctionne puisque l'ouverture d'une procédure disciplinaire ordonnée par le commandant de la gendarmerie le 10 novembre 2004 fait à la fois état du comportement de M. X_____ à l'occasion du Tour de Romandie le 27 avril 2004, où deux de ses supérieurs hiérarchiques ont pu constater qu'il refusait de faire la circulation comme il en était pourtant requis, et de deux dénonciations, l'une le 30 avril 2004 pour étayer une accusation selon laquelle il se serait mal conduit lors d'une intervention datant du 14 décembre 2003 dont aucune pièce du dossier ne fait mention et encore le rapport établi par le maréchal du poste de Plainpalais concernant une arrestation d'un ressortissant africain "hors secteur" le 22 octobre 2003. Du rapport du commandant de la gendarmerie du 18 avril 2006, il résultait encore que le 13 mai 2005, Mme O_____ avait déposé plainte suite à sa convocation par l'appointé X_____ et son passage au poste de la Servette, l'intéressée se plaignant d'avoir été insultée par cet agent. De ce rapport toujours, il résultait que M. X_____ avait été gratifié de trois félicitations pour diverses arrestations et sanctionné par le prononcé d'un avertissement. Au rapport d'enquête administrative daté du 9 octobre 2007 était jointe une "note EM3" du 12 octobre 2007 signée de Messieurs Y_____ et U_____ concernant des doléances de Mesdames V_____ et Z_____, suite à un incident survenu avec leur collègue M. X_____ dans la nuit du 8 au 9 octobre 2007. Le comportement méprisant, voire agressif et menaçant de l'intéressé, était dénoncé. Au sujet de cet incident, le chef de section C_____ avait également établi une note le 15 octobre 2007 constatant que M. X_____ minimisait les faits et les contestait de sorte que son comportement devait être sanctionné. 11. A la requête du service des ressources humaines du département en novembre 2007 - requête qui n'est pas produite -, la cheffe de la police avait proposé, le 17 janvier 2008, la dégradation de M. X_____ en raison des faits survenus le 14 avril 2006. A cette occasion, elle a réitéré le fait que l'intéressé avait fait l'objet de différentes plaintes et doléances en raison de son attitude et de son comportement. 12. Par une note interne du 30 janvier 2008, qui n'est pas produite non plus, le service des

ressources humaines du département a prié le commandant de la gendarmerie de faire part de ses conclusions quant à l'appointé X_____. Se référant à son rapport du 18 avril 2006, aux termes duquel il avait demandé la suspension provisoire de l'intéressé et l'ouverture d'une enquête administrative, le commandant a conclu, le 1^{er} février 2008, à la révocation de M. X_____, cet agent n'étant plus à même d'assurer sa fonction de gendarme car il ne se contrôlait pas au regard de diverses situations. Les rapports de confiance étaient rompus. Il n'était pas possible de prendre la responsabilité qu'un agent, doté de pouvoirs d'autorité, présente un tel risque de dysfonctionnement. 13. Le 9 mai 2008, M. X_____ a déposé ses observations suite au rapport d'enquête administrative en constatant que les seuls faits sur lesquels devait porter l'enquête administrative étaient ceux survenus en avril 2006. Il n'avait pas été entendu par l'enquêteur administratif sur les autres éléments. Quant à l'affaire dite "Chico", elle était prescrite. Depuis, M. X_____ s'était rendu à plusieurs reprises chez Mme Françoise Lefrère, psychologue de l'Etat, et il avait suivi une dizaine de séances de gestion des conflits chez Mme Danièle Clerici du service social de la police. Il se disait prêt entreprendre une thérapie. Concernant le fond, l'autorité devait appliquer le principe de la lex mitior. Or, selon l'article 37 alinéa 6 de la loi sur la police du 27 octobre 1957 (LPol - F 1 05) en vigueur depuis le 31 mai 2007, la responsabilité disciplinaire se prescrivait par un an après la découverte de la violation du devoir de service et en tous cas par cinq ans après la dernière violation ; quant à la prescription, elle était suspendue pendant la durée de l'enquête administrative. Une sanction de la compétence du Conseil d'Etat, voire du département, était disproportionnée. Le dossier devait être renvoyé à la cheffe de la police afin qu'elle prononce, cas échéant, une sanction relevant de sa compétence. 14. Le 20 mai 2008, M. X_____ a été entendu par le président du département. Il a indiqué qu'il avait rencontré quelquefois Monsieur Philip Jaffé mais ne suivait actuellement aucun traitement. Sa hiérarchie souhaitait qu'il procède à une évaluation à Lausanne ; il y avait trois mois qu'il était sans nouvelle du spécialiste. Il avait le sentiment que cela allait mieux et se disait prêt à suivre les processus qui pourraient lui être recommandés. Il regrettait son comportement du 14 avril 2006 ainsi que celui qu'il avait pu avoir en d'autres circonstances. Concernant sa situation personnelle, il était marié. Il souhaitait avoir des enfants mais attendait que sa situation professionnelle se stabilise. Il faisait beaucoup de sport, du fitness, du sport américain et de la plongée. Il venait d'obtenir le Dive Master, soit le premier niveau professionnel. A cette date, il était affecté au CID et son arme lui avait été retirée. 15. Le 25 juin 2008, le Conseil d'Etat a pris en application de l'article 37 LPol un arrêté prononçant la dégradation de M. X_____ et le retour au rang de gendarme en classe 12 annuité 2, en raison des faits survenus le 14 avril 2006, ainsi que des difficultés de l'intéressé à maintenir son calme dans des situations conflictuelles, tels que les événements résultant de son dossier personnel survenus en mars 2001, mars 2003 (ayant donné lieu à un avertissement mais l'affaire avait, sur recours, été classée par le chef de la police), février 2004, avril 2004, (pour lesquels l'avertissement du 19 avril 2005 avait été pris), mai 2005 et octobre 2007. Il découlait également de cette décision que l'intéressé avait fait l'objet de trois félicitations pour des arrestations. 16. Par acte déposé le 28 juillet 2008 auprès de la CRPP, M. X_____ a recouru contre cette décision en concluant à son annulation. La cause devait, pour les motifs déjà exposés, être renvoyée à la cheffe de la police pour nouvelle décision, celle prise étant disproportionnée car elle lui faisait perdre plus de CHF 1'000.- par mois, alors que le prononcé d'un blâme ou de services hors tour serait plus apte à sanctionner son comportement. La prise en compte d'autres éléments que ceux du 14 avril 2006 violait son droit d'être entendu puisque l'enquête administrative n'avait porté que sur

cet événement. Par ailleurs, le recourant avait été gratifié d'une quinzaine de félicitations et non pas de trois seulement. L'arrêté devrait être déclaré nul pour violation du droit d'être entendu, ou tout au moins annulé. En tout état, il devait être fait application sur le fond de l'ancien droit, plus favorable, et pour la prescription, du nouveau droit, plus favorable également, ce que l'autorité n'avait pas pris en considération. 17. Le département, agissant comme département rapporteur pour le Conseil d'Etat, a répondu le 30 septembre 2008 en concluant au rejet du recours. Concernant l'application de l'ancien droit, le département a relevé "cela ne change rien pour le recourant que la sanction prononcée se fonde sur l'article 36 alinéa 1 lettre d ou sur l'article 36 alinéa 1 lettre e LPol, de sorte que la détermination de la lex mitior n'est pas relevante". La prétendue violation du droit d'être entendu n'était pas réalisée. M. X_____ avait été entendu au sujet de tous les faits relatés dans le rapport d'enquête administrative au moment où ceux-ci s'étaient produits. En particulier, il l'avait été le 12 octobre 2007 dans le cadre de la dispute qu'il avait eue avec Mme Z_____ dans la nuit du 8 au 9 octobre 2007 et cela même si le rapport de l'enquêteur administratif avait été déposé avant cette dernière date. L'intéressé avait fait l'objet de trois félicitations. Celles mentionnées par le recourant "n'étaient pas utilisées dans le cadre de procédures disciplinaires mais servaient aux qualifications des collaborateurs". Il avait été mis en cause dans six affaires. Tous ces éléments avaient été pris en considération dans le cadre de l'évaluation de la situation. Les événements survenus le 14 avril 2006 constituaient une faute même si l'intéressé se trouvait alors en congé. Quant à la dernière affaire avec Mme Z_____, elle avait conduit à la saisie de l'arme de service du recourant. En prononçant la dégradation, le Conseil d'Etat n'avait pas abusé de son pouvoir d'appréciation. 18. Le 9 octobre 2008, le conseil du recourant a fait parvenir à la CRPP le courrier du 29 août 2008 qui lui avait été adressé par la direction des ressources humaines du département, l'informant que "les modalités d'application de la dégradation avaient été reconsidérées de sorte qu'au lieu d'un retour en classe 12 annuité 2, le département appliquerait un retour en classe 14 annuité 1, ce qui correspondait également à un retour au rang de gendarme et cela pour une période d'un an avant de retrouver le rang d'appointé". Ce courrier ne comportait aucune motivation ni voie de recours. Il était signé de la responsable du service des ressources humaines. 19. Par pli recommandé du 10 octobre 2008, la présidente de la CRPP a écrit à ladite responsable en lui rappelant que seul le Conseil d'Etat pouvait modifier l'arrêté qu'il avait pris le 25 juin 2008 et que l'effet dévolutif du recours faisait obligation à l'autorité intimée d'informer aussitôt la juridiction saisie d'une éventuelle modification de la décision attaquée. 20. La CRPP a convoqué les parties en audience de comparution personnelle le 7 novembre 2008. a. A cette occasion, la représentante du Conseil d'Etat, fonctionnaire au service des ressources humaines du département, a produit l'arrêté pris le 5 novembre 2008 par le Conseil d'Etat, suite à la proposition du chef du département de reconsidérer les modalités de la décision de dégradation et par lequel M. X_____ retournait au rang de gendarme en classe 14 annuité 1. Aucune date de prise d'effet n'était spécifiée. Cet arrêté a été communiqué au recourant à l'audience. Lors de l'audience de comparution personnelle des parties, la représentante du Conseil d'Etat a alors proposé de fixer la date d'entrée en vigueur de l'arrêté du 5 novembre 2008 à cette date-ci. Interrogée sur les raisons pour lesquelles cette reconsidération avait été proposée par le président du département, la représentante du Conseil d'Etat a indiqué que le but visé était d'éviter que M. X_____ "ne subisse pas trop durement les effets de cette décision". b. M. X_____ a déclaré qu'il recevait son traitement sans diminution aucune, le recours contre l'arrêté du 25 juin 2008 ayant effet suspensif et aucune suspension provisoire

de traitement n'ayant été prononcée. Le recourant a ajouté qu'il avait également vu le Professeur Bruno Gravier à Lausanne mais qu'il n'avait pas encore reçu le rapport de celui-ci. Il avait eu un entretien avec M. Jaffé, psychologue qui avait considéré qu'il n'était pas nécessaire de le soumettre à un suivi. c. Au cours de l'audience, il est apparu que le seul avertissement en force était celui prononcé par le commandant de la gendarmerie le 19 avril 2005, la représentante du Conseil d'Etat ayant déclaré qu'elle pensait qu'il s'agissait de celui-ci consécutif aux faits d'avril 2004. Le département n'avait pris aucune nouvelle décision suite à la décision de la CRPP dans l'affaire dite "Chico". Elle s'est engagée à produire les demandes du service des ressources humaines du département à la police. Enfin, aucune violation du droit d'être entendu n'avait commise pour les raisons déjà exposées. S'agissant de la différence entre le nombre de félicitations mentionnées par l'intimé, la représentante du Conseil d'Etat a déclaré que, dans le rapport du commandant de la gendarmerie du 18 avril 2006, il était mentionné que le recourant avait fait l'objet de trois félicitations pour des arrestations. Elle ne pouvait pas répondre à la question de savoir pourquoi, selon un rapport du 4 novembre 2004 établi dans le cadre de l'affaire "Chico" et produit à l'audience par le recourant, celui-ci avait à cette date été félicité à huit reprises. Elle pensait qu'il s'agissait d'une pratique de la police, comme indiqué dans l'écriture responsive du CE du 30 septembre 2008. Manifestement, aucune félicitation n'avait été adressée à M. X_____ entre le 18 avril 2006 et le dépôt du rapport d'enquête administrative. La représentante du Conseil d'Etat a ajouté que, lors de son audition par le président du département le 20 mai 2008, M. X_____ avait déclaré regretter son comportement du 14 avril 2006, de même que celui qu'il avait pu avoir dans d'autres circonstances, ce qui démontrait qu'il avait donc bien été entendu au sujet de celles-ci. 21. Le 11 novembre 2008, la présidente de la CRPP a prié le commandant de la gendarmerie de lui indiquer quels faits avaient été sanctionnés par le prononcé de l'avertissement du 19 avril 2005. 22. Par fax du 13 novembre 2008, la présidente de la CRPP a prié la représentante du Conseil d'Etat de bien vouloir d'ici le 17 novembre 2008 lui transmettre les deux pièces qu'il lui avait été demandé de déposer lors de l'audience de comparution personnelle. La représentante du Conseil d'Etat a ainsi envoyé un courrier daté du 14 novembre 2008 auquel étaient jointes les requêtes adressées par le service des ressources humaines du DI le 1^{er} novembre 2007 à Madame la Cheffe de la police lui demandant sa proposition de sanction à l'encontre du recourant, celle-ci différant de celle faite par le commandant de la gendarmerie. Ce dernier a ensuite été invité, par courrier du service des ressources humaines du département le 30 janvier 2008, à communiquer ses arguments et conclusions à ce sujet. Il a été précisé à cette occasion que l'avertissement infligé au recourant le 19 avril 2005 concernait le comportement de celui-ci le 27 avril 2004 pendant le Tour de Romandie. 23. Le même jour, le commandant de la gendarmerie a répondu au courrier précité du 11 novembre 2008. Il a joint le rapport d'enquête administrative du 10 novembre 2004 qui figurait déjà dans les pièces produites par le Conseil d'Etat. 24. Ces documents, réceptionnés le 20 novembre 2008 ont été transmis le jour même au recourant pour information. EN DROIT 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 2. La LPol a été modifiée ces dernières années : le 1^{er} 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. 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, 2^{ème} éd. Berne 1994, vol. 1, ch. 2.5.2.3 p. 170). 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. 5. En application du principe énoncé ci-dessus, c'est donc la LPol, dans sa teneur en vigueur du 1^{er} janvier 2005 au 30 mai 2007 qui est applicable. 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". 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. 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 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. 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 aLPol, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004. 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)". 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 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). 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 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.

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 ; 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.

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. 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. 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. 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 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 émoulement 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 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 :