RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2337/2004-CRPP **ACOM/57/2005**

DÉCISION

DE

LA COMMISSION DE RECOURS DES FONCTIONNAIRES DE POLICE ET DE LA PRISON

du 11 août 2005

dans la cause

Monsieur M_____
représenté par Me Alec Reymond, avocat

contre

CONSEIL D'ETAT

EN FAIT

1. Monsieur M_____, né le _____ 1953, domicilié à Genève, est entré dans le corps de police le 1er septembre 1979. Il a été nommé sous-brigadier le 1er février 1995. Depuis le 1er mars 2001, il est affecté au poste de la Servette.

2. Le 19 octobre 2004, Madame Francotte Conus, juge d'instruction, a délivré un mandat d'amener à l'encontre de M. M_____ pour entrave à l'action pénale et violation du secret de fonction, infractions réprimées par les articles 305 et 320 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.O). M. M_____ était prévenu d'avoir contrôlé et informé de façon directe ou indirecte deux personnes faisant l'objet de communiqués de recherches de police et ainsi permis aux deux personnes recherchées de se soustraire temporairement à la poursuite pénale.

3. Dans la journée du 20 octobre 2004, M. M_____ a été entendu à deux reprises par la police judiciaire. Il a accepté une visite domiciliaire à son domicile, ainsi que dans son armoire et son tiroir personnel au poste de la Servette.

   Il a admis avoir confirmé à un certain L_____, environ une semaine auparavant et alors qu'il était en service, qu'une voiture de service banalisée se trouvait devant le domicile de celui-ci à la rue du Jura. Il ne savait pas que ce personnage était recherché par la police et il ne pensait pas qu'il aurait pu profiter de son appel téléphonique. Il reconnaissait avoir commis une grave faute professionnelle et il le regrettait.

   Il a également reconnu que l'une de ses connaissances, Monsieur C_____, lui avait demandé des informations sur un certain D_____ et sur le nommé L_____, de sa vraie identité B_____. Il avait informé M. C_____ qu'il y avait une plainte contre M. B_____. Il était conscient qu'en donnant ce renseignement il violait le secret de fonction. Il n'avait pas pu procéder lui-même à ces contrôles, car il avait perdu son mot de passe et il en avait chargé de jeunes collègues. Il n'avait touché aucune contrepartie financière pour cette opération. Il regrettait ses actes. Il avait agi simplement par amitié, sans se rendre compte des conséquences.

4. A raison des faits précités, le commandant de la gendarmerie a présenté, le 22 octobre 2004, à Monsieur le chef de la police une demande de suspension immédiate, sans traitement, et une demande d'ouverture d'une enquête administrative à l'encontre de M. M_____.

5. Le 2 novembre 2004, le département de justice, police et sécurité (ci-après : le département) a prononcé l'ouverture d'une enquête administrative à l'encontre

de M. M_____ et la suspension de la procédure dans l'attente de l'issue de la procédure pénale en cours.

6. Par arrêté du 3 novembre 2004, le Conseil d'Etat, en application de l'article 39 de la loi sur la police du 27 octobre 1957 (LPol - F 1 05), a suspendu provisoirement M. M_____ de ses fonctions avec effet immédiat, cette mesure entraînant la suppression du traitement et de toutes autres prestations à charge de l'Etat.

La voie et le délai de recours à la commission de recours des fonctionnaires de police et de la prison (ci-après : la commission) étaient indiqués.

7. M. M_____ a saisi la commission d'un recours contre l'arrêté du Conseil d'Etat du 3 novembre 2004 par acte du 15 novembre 2004.

Il a demandé un délai pour compléter son recours dès qu'il aurait accès à la procédure pénale, dont le juge d'instruction avait prononcé la suspension complète. Il a sollicité la restitution de l'effet suspensif. Sur le fond, la décision querellée violait la présomption d'innocence, ainsi que le principe de proportionnalité et devait être annulée.

8. Le Conseil d'Etat s'est déterminé sous la plume du département le 29 novembre 2004. M. M_____ avait reconnu les faits. Il avait commis une faute particulièrement grave et ne pouvait être mis au bénéfice d'aucun mobile honorable. Il conclut au rejet du recours ainsi que de la demande de restitution de l'effet suspensif.

9. Par décision du 7 décembre 2004, la présidente de la commission a admis la requête d'effet suspensif concernant la suspension de traitement et l'a rejetée pour le surplus.

Cette décision est devenue exécutoire.

10. Le 13 décembre 2004, le Conseil d'Etat a persisté dans ses précédentes explications et conclusions.

11. La commission a ordonné l'apport de la procédure pénale qu'elle a reçue le 17 mars 2005. Il en résulte les éléments suivants :

- Une procédure pénale est dirigée contre MM. G_____ et B_____ (P/16383/2004).

Dans le cadre de l'enquête préliminaire, la police judiciaire a appris que les principaux suspects bénéficiaient d'informations confidentielles sur la base de données de police. Ils obtenaient ces informations par un prénommé « M_____», identifié comme étant M. C_____, lequel bénéficiait

d'une complicité interne au corps de police, dont il avait pu être établi qu'il s'agissait de M. M_____.

- Une procédure pénale dirigée contre MM. M_____ et C_____ (P/16605/2004).

Par ordonnance du 21 octobre 2004, le juge d'instruction a prononcé la super-suspension de l'instruction contradictoire, mesure levée le 18 novembre 2004. Le 21 octobre 2004, M. M_____ a été inculpé d'entrave à l'action pénale et de violation du secret de fonction. Le même jour, un mandat d'arrêt a été décerné à son encontre et il a été incarcéré à la prison de Bois-Mermet à Lausanne. Le 29 octobre 2004, la chambre d'accusation a refusé la prolongation de la détention de M. M_____ et prononcé la libération provisoire de celui-ci.

Par ordonnance de condamnation du juge d'instruction du 9 mai 2005, M. M_____ a été reconnu coupable d'infraction à l'article 320 CPS et condamné à la peine de trois mois d'emprisonnement, sursis avec délai d'épreuve de deux ans. Ladite ordonnance est devenue définitive.

12. Les parties ont été invitées à la consulter et à faire valoir leurs observations.

13. Dans ses observations du 23 mars 2005, le Conseil d'Etat a relevé que les griefs retenus à l'encontre de M. M_____ étaient avérés et il a conclu au rejet du recours.

14. M. M_____ s'est déterminé le 29 mars 2005. Il ressortait du dossier pénal qu'il n'avait en aucun cas joué un rôle dans les infractions reprochées aux personnes impliquées. Les infractions qui lui étaient reprochées n'étaient que d'une relative gravité et punissables de l'emprisonnement ou de l'amende. Ne sachant pas quelle serait l'issue de la procédure pénale, la décision de le suspendre était totalement disproportionnée. M. M_____ a relevé qu'il avait toujours été honnête et intègre durant ses 24 ans de service.

15. Les parties ont été entendues en audience de comparution personnelle le 11 août 2005.

Le Conseil d'Etat a informé la commission que, suite à l'ordonnance de condamnation du 9 mai 2005, l'enquête administrative avait été reprise, M. M_____ avait été entendu par le commissaire Hammer, lequel avait rendu son rapport récemment. M. M_____ allait être invité à présenter ses observations. Cela étant, le Conseil d'Etat a déclaré maintenir son arrêté du 3 novembre 2004.

M. M_____ a confirmé les conclusions de son recours. Il a relevé qu'il avait agi par pure amitié et que jusque-là, il avait toujours accompli ses

devoirs avec conscience. Cette affaire l'avait gravement perturbé. Il était en arrêt maladie suite à une dépression nerveuse pour laquelle il était suivi médicalement. Il prenait des antidépresseurs.

16. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Sous-brigadier du corps de police, M. M_____ est soumis à la LPol.

2. Dans l'attente du résultat de l'enquête préalable ou d'information pénale, le Conseil d'Etat peut, de son propre chef ou à la demande de l'intéressé, suspendre provisoirement le fonctionnaire de police auquel il est reproché un manquement incompatible avec les devoirs d'un agent assermenté, ou susceptible de nuire à son autorité (art. 39 al. 1 LPol). Cette mesure entraîne, en règle générale, la suppression de tout ou partie des prestations à la charge de l'Etat (art. 39 al. 3 LPol).

3. a. La suspension provisoire n'est pas une peine disciplinaire prévue par l'article 36 alinéa 1 lettres a) à f) LPol et susceptible de recours par devant la commission de recours des fonctionnaires de police et de la prison (art. 40 LPol).

Celle-ci a cependant déjà jugé que la suspension provisoire constituait une décision incidente, susceptible de recours devant elle, dans les 10 jours (ACOM/47/1999 du 7 mai 1999 et les références citées). Il doit en être de même des accessoires de la suspension provisoire que constitue la suppression de traitement et de toutes prestations à la charge de l'Etat.

b. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le présent recours sera déclaré recevable.

4. La commission a eu l'occasion d'indiquer qu'une suspension provisoire pouvait être justifiée, soit par les besoins mêmes de l'enquête administrative, soit en tant qu'exécution anticipée à titre provisionnel, de la fin des rapports de service en raison d'une faute alléguée, de nature à rompre la confiance qu'implique l'exercice de la fonction de l'intéressé. Dans ce dernier cas, la mesure n'est justifiée que si trois conditions sont remplies :

a. La faute reprochée à l'intéressé doit être de nature, a priori, à justifier une cessation immédiate de l'exercice de sa fonction. Il serait en effet manifestement contraire au principe de proportionnalité de prononcer une mesure de suspension, alors qu'il apparaîtrait d'emblée que la faute ne justifie pas un licenciement avec effet immédiat. Dans l'examen des conséquences de la faute, l'autorité peut effectuer, au stade la mesure provisionnelle, une appréciation prima facie et

dispose d'un important pouvoir d'appréciation (H. SCHROF/D. GERBER Die Beendigung der Dienstverhältnisse in Bund und Kantonen, 1985, pp. 188-189).

b. La prévention de faute à l'encontre de l'intéressé doit être suffisante, même si, s'agissant d'une mesure provisionnelle prise précisément pendant la durée d'une enquête administrative ou pénale, une preuve absolue ne peut évidemment pas être exigée. Les charges devront être plus strictement établies lorsque l'autorité assortit la suspension de la suppression de toutes prestations à la charge de l'Etat (ACOM/17/1998 du 30 janvier 1998).

c. La suspension devra apparaître comme globalement proportionnelle, compte tenu de la situation de l'intéressé et des conséquences de sa suspension, de la gravité de la faute qui lui est reprochée, de la plus ou moins grande certitude quant à sa culpabilité, ainsi que de l'intérêt de l'Etat à faire cesser immédiatement tant les rapports de service que ses propres prestations. Sur ce dernier point, le Conseil d'Etat doit certes prendre en considération le fait que la loi fait de la suppression des prestations de l'Etat la règle, mais sans pour autant perdre de vue qu'une latitude d'appréciation lui est laissée, laquelle doit être exercée dans le respect du principe de proportionnalité.

Il se peut donc fort bien que malgré une suspension, la décision finale, prise après instruction complète et approfondie de la cause, ne comporte pas de licenciement avec effet immédiat. Dans l'autre sens, le fait qu'une suspension immédiate ne soit pas justifiée ne signifie nullement qu'un licenciement ne pourra pas être prononcé en fin de compte (ATA B. du 2 novembre 1993).

5. La commission se ralliera à la jurisprudence du Tribunal administratif rappelée ci-dessus, aucune particularité de la LPol ne justifiant de s'en écarter.

6. a. En l'espèce, la procédure pénale est terminée. Le recourant a été reconnu coupable de violation du secret de fonction (art. 320 CP) et condamné de ce chef à la peine de trois mois d'emprisonnement, sursis deux ans. En revanche, l'infraction d'entrave à l'action pénale n'a pas été retenue.

Il s'ensuit que la suspension provisoire n'est plus justifiée par la procédure pénale.

b. Selon les déclarations du Conseil d'Etat faites lors de l'audience du 11 août 2005, l'enquête administrative est terminée. La suspension provisoire ne s'impose pas davantage.

7. La mesure de suspension provisoire doit donc s'apprécier au regard de la nature de la faute commise.

Prima facie, la violation du secret de fonction n'est pas de nature à justifier une cessation immédiate des rapports de service.

A cet égard, rien ne s'oppose à la levée de la mesure de suspension provisoire.

8. Le principe de la proportionnalité, qui doit gouverner toute action étatique, se compose des règles d'aptitude – qui exige que le moyen choisi soit propre à atteindre le but fixé -, de nécessité – qui impose qu'entre plusieurs moyens adaptés, on choisisse celui qui porte l'atteinte la moins grave aux intérêts privés - et de proportionnalité au sens étroit - qui met en balance les effets de la mesure choisie sur la situation de l'administré et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public (arrêt du Tribunal fédéral 1P.269/2001, consid. 2c ; ATF 125 I 474 consid. 3 p. 482 ; ATA/444/2005 du 21 juin 2005).

Comme vu précédemment, la mesure de suspension provisoire n'est plus nécessaire, que ce soit sous l'angle de la procédure pénale, que sous celui de l'enquête administrative.

L'intérêt privé du recourant à la levée de la mesure querellée doit être comparé à l'intérêt public d'avoir à faire à un fonctionnaire intègre et digne de la confiance placée en lui par l'autorité qu'il est censé représenter. Dans la pesée des intérêts à laquelle elle doit procéder, la commission doit retenir que le recourant n'a aucun antécédent professionnel. Les faits litigieux constituent des actes isolés dans une carrière longue de vingt-cinq ans, exempte de reproches. Le recourant a pris conscience de ses défaillances professionnelles. Le maintien de la suspension provisoire n'est pas le moyen de rétablir une situation conforme au droit. Ce qui sera le cas, cas échéant, lors de la prise de la décision sur le fond.

Enfin, la décision sur effet suspensif s'agissant de la suspension de traitement est définitive. Sur ce point, l'intérêt public commande que le recourant reprenne ses fonctions.

9. Au vu de ce qui précède, le recours sera admis et l'arrêté du Conseil d'Etat du 3 novembre 2004 annulé.

Vu l'issue du litige, aucun émolument ne sera mis à la charge du recourant, auquel une indemnité de procédure de CHF 1'000.- sera allouée, à charge de l'Etat de Genève.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
LA COMMISSION DE RECOURS DES FONCTIONNAIRES DE POLICE ET DE LA PRISON

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 15 novembre 2004 par Monsieur M_____ contre l'arrêté du Conseil d'Etat du 3 novembre 2004 ;

au fond :

l'admet ;

annule l'arrêté du Conseil d'Etat du 3 novembre 2004 ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ;

alloue une indemnité de procédure de CHF 1'000.- à Monsieur M_____, à la charge de l'Etat de Genève ;

communique la présente décision à Me Alec Reymond, avocat du recourant ainsi qu'au Conseil d'Etat.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, MM. Golay et Perren, membres.

Au nom de la commission de recours des fonctionnaires de police et de la prison :

la greffière :	la présidente suppléante :
R. Falquet	L. Bovy

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.
Genève, le la greffière :