

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2580/2020-FPUBL

ATA/1235/2020

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 8 décembre 2020

dans la cause

Monsieur A_____

représenté par Me Romain Jordan, avocat

contre

DÉPARTEMENT DE LA SÉCURITÉ, DE L'EMPLOI ET DE LA SANTÉ

EN FAIT

- 1) a. Dans un arrêt ATA/628/2020 du 30 juin 2020, la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) a partiellement admis le recours déposé le 11 décembre 2019 par Monsieur A_____ contre un arrêté du conseiller d'État en charge du département de la sécurité, de l'emploi et de la santé (ci-après : le département) du 31 octobre 2019 prononçant à son encontre une dégradation pour une durée de deux ans en tant que sergent-chef, fonction située en classe 17, annuité 10 (avec traitement annuel de CHF 115'307.-), alors qu'il percevait un traitement correspondant à une classe 18, annuité 10 (pour un montant de CHF 117'920.-), cette décision prenant effet dès le 1^{er} septembre 2019. Le conseiller d'État ne pouvait prononcer une telle sanction sans faire procéder, au préalable, à une enquête administrative. Or, une telle enquête n'avait pas été menée.

b. Il ressortait notamment de cet arrêt que M. A_____, né en 1969, a été nommé gendarme en 1993, puis confirmé dans cette fonction l'année suivante. Le 26 juin 2018, un de ses amis a été entendu par la brigade financière. Après avoir été informé qu'il était entendu par celle-ci en qualité de personne appelée à donner des renseignements dans la procédure pénale ouverte contre son épouse pour gestion déloyale, cet ami a expliqué qu'il se doutait qu'il s'agissait de cela car il en avait été informé par M. A_____. Le 21 septembre 2018, M. A_____ a été auditionné par l'inspection générale des services (ci-après : IGS).

c. Par ordonnance pénale non contestée du 18 décembre 2018, le Ministère public l'a ensuite reconnu coupable de violation du secret de fonction et condamné à une peine de soixante jours-amende avec sursis et une amende de CHF 1'680.-. Il ressortait de l'instruction menée par l'IGS qu'il avait consulté le système informatique de la police dans lequel il avait pu prendre connaissance d'informations relatives à une procédure pénale en cours, informations qu'il avait ensuite transmises. Cette faute n'était pas de peu gravité, les policiers étant avertis de leur devoir de garder le secret de fonction lorsqu'ils prêtaient serment.
- 2) Par arrêté du 29 juillet 2020, le conseiller d'État en charge du département a décidé de l'ouverture d'une enquête administrative à l'encontre de M. A_____ et confié l'enquête à un ancien magistrat. Celle-ci visait les faits mentionnés dans cet arrêté, ainsi que tout autre fait répréhensible susceptible d'apparaître au cours de l'enquête.

Il ressortait de l'ordonnance pénale du 18 décembre 2018 qu'il était établi que M. A_____ avait, à tout le moins, transmis des informations concernant une procédure pénale ainsi que les chefs d'accusation visant l'épouse d'une de ses connaissances. Ces faits, parvenus à la connaissance du département le 7 décembre 2018, de même qu'un incident plus ancien qui n'avait pas abouti au

prononcé d'une sanction, pouvaient justifier une révocation, voire toute autre sanction disciplinaire.

- 3) Le 13 août 2020, M. A_____ a invité le conseiller d'État à révoquer l'arrêté et à ordonner le classement de la procédure, sa responsabilité disciplinaire étant prescrite.
- 4) Le 18 août 2020, le conseiller d'État a informé M. A_____ qu'il ne considérait pas l'action disciplinaire comme prescrite. S'il ne souscrivait pas à cette conclusion, il lui appartenait de former recours.
- 5) Le 25 août 2020, M. A_____ a recouru auprès de la chambre administrative contre l'arrêté du 29 juillet 2020. Il a conclu à son annulation, au constat de l'effet suspensif et au constat que sa responsabilité disciplinaire était prescrite.
 - a. La décision litigieuse était une décision incidente. L'admission de son recours pouvait conduire immédiatement à une décision finale, qui permettait d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse. Une enquête administrative entraînerait l'audition de nombreux témoins et de lui-même, étant précisé qu'il avait déjà souffert du fait de la violation de ses droits de partie par l'autorité intimée dans la procédure pénale puis dans la procédure administrative. Alternativement, la décision litigieuse lui causait un préjudice irréparable, du fait qu'elle le maintenait dans l'incertitude, outre le caractère objectivement stigmatisant d'un tel processus.
 - b. La prescription disciplinaire était acquise depuis le 19 décembre 2019 à 24h00. Les faits à l'origine de la décision d'ouverture de l'enquête querellée s'étaient déroulés au mois de juin 2018. Ils avaient été portés à la connaissance de l'autorité intimée le 7 décembre 2018 et la procédure pénale s'était achevée le 18 décembre 2018, de sorte que le délai de prescription avait couru à compter de cette date. Depuis lors, ce délai n'avait connu ni suspension – dès lors qu'aucune enquête administrative n'avait été ouverte – ni interruption, le délai de prescription disciplinaire n'y étant pas soumis, sauf éventuelle exception expressément prévue par la loi. Ce raisonnement était par ailleurs conforme à la logique de la responsabilité disciplinaire qui reposait sur le principe de célérité. L'autorité avait renoncé à ouvrir une enquête administrative parallèlement à la procédure de recours, de sorte qu'elle ne pouvait pas contourner les prescriptions procédurales en ouvrant, dix-neuf mois après avoir pris connaissance des faits, une enquête à son encontre. Il avait au demeurant exercé son activité à l'entière satisfaction de son employeur depuis lors. Une telle manière de procéder consacrait un abus de droit manifeste.
- 6) Le département a conclu au rejet du recours.

a. Il s'en remettait à justice sur la recevabilité du recours. De jurisprudence constante, une décision d'enquête administrative n'était pas susceptible de recours. Une question de prescription étant soulevée, elle pourrait toutefois, par économie de procédure, être tranchée à ce stade de la procédure.

b. Les principes régissant la prescription s'appliquaient au cas d'espèce. Le délai relatif de prescription avait été interrompu, au plus tard, par l'arrêté de dégradation du 31 octobre 2019, s'agissant d'une décision de première instance, voir plus tôt encore, lorsque le département avait indiqué à M. A_____ son intention de sanctionner son comportement. Le fait que cet arrêté avait été annulé par la chambre administrative ne portait pas à conséquence, le Tribunal fédéral ayant eu l'occasion de préciser que si un jugement de condamnation devait être annulé sur recours, la prescription ne recommençait pas à courir.

M. A_____ n'avait pu ignorer, au plus tard le 31 octobre 2019, l'intention du département de sanctionner son comportement, étant précisé qu'il en avait été averti le 4 septembre 2019 déjà. Le but de la prescription relative, soit de ne pas laisser le fonctionnaire dans l'incertitude quant à la volonté de l'administration de le sanctionner, avait été respecté. Le recourant ne pouvait donc que plaider la prescription absolue de cinq ans, qui n'était toutefois pas acquise, les faits remontant à 2018.

7) Dans sa réplique, M. A_____ a relevé que l'autorité intimée considérait à tort que la prescription disciplinaire était interrompue par l'arrêté de dégradation du 31 octobre 2019. Même à considérer que cette décision était de nature à interrompre le délai de prescription de la responsabilité disciplinaire, force était de constater qu'elle ne l'avait pas interrompu dès lors qu'elle était gravement viciée à la forme. Il ne s'agissait pas pour l'autorité de rendre simplement une nouvelle décision de sanction, mais de reprendre la procédure ab initio. Le département demandait à être autorisé à ouvrir une enquête administrative deux ans après avoir pris connaissance des faits litigieux et alors même qu'il avait violé la procédure applicable, tant en omettant de lui notifier l'ordonnance pénale qu'en prononçant une décision de dégradation sans avoir, au préalable, ouvert une enquête administrative.

8) Sur ce, la cause a été gardée à juger, ce dont les parties ont été informées.

EN DROIT

- 1) Le recours a été interjeté devant la juridiction compétente (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05).
- 2) a. Sont considérées comme des décisions, les mesures individuelles et concrètes prises par l'autorité dans les cas d'espèce fondées sur le droit public

fédéral, cantonal ou communal (art 4 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). Sont également considérées comme décisions les décisions incidentes (art. 4 al. 2 LPA).

b. En l'espèce, la décision contestée a été prise pendant le cours de la procédure et ne représente qu'une étape vers la décision finale. Il s'agit donc d'une décision incidente (ATA/1124/2020 du 10 novembre 2020 consid. 2b et l'arrêt cité).

3) a. L'art. 57 let. c LPA prévoit que les décisions incidentes sont susceptibles d'un recours si elles peuvent causer un préjudice irréparable ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse.

b. En l'espèce, l'enquête administrative ordonnée par l'intimé implique une instruction menée par un enquêteur externe qui devra entendre, outre le recourant, d'éventuels témoins puis rédiger un rapport. La procédure qui suivra cette enquête nécessitera ensuite plusieurs actes d'instruction, d'abord devant l'autorité intimée puis, en cas de recours, devant la chambre de céans. L'audition de témoins et la production de plusieurs écritures par les parties en cause sont notamment à prévoir. Si la chambre de céans devait, dans le présent arrêt, admettre le présent recours, cela mettrait un terme à la procédure disciplinaire.

Afin d'éviter une procédure dispendieuse et possiblement longue, le recours, interjeté au demeurant en temps utile du fait de la suspension des délais du 15 juillet au 15 août inclusivement (art. 62 al. 1 let. b et 63 al. 1 let. b LPA), doit donc être déclaré recevable.

4) Le recourant soutient que l'action disciplinaire est prescrite.

5) Il n'est pas contesté que le recourant est, depuis le 1^{er} mai 2016, soumis à la loi sur la police du 9 septembre 2014 (LPol - F 1 05), l'examen du droit applicable ayant pour le reste été fait dans l'ATA/628/2020 précité (consid. 5).

a. Aux termes de l'art. 36 al. 1 LPol, selon la gravité de la faute, diverses sanctions peuvent être infligées au personnel de la police dont la dégradation pour une durée déterminée (let. d). La dégradation entraîne une diminution de traitement (art. 36 al. 2 1^{ère} phrase), les dispositions en matière de prévoyance demeurant réservées. La responsabilité disciplinaire se prescrit par un an après la connaissance de la violation des devoirs de service et en tout cas par cinq ans après la dernière violation. La prescription est suspendue pendant la durée de l'enquête administrative ou de l'éventuelle procédure pénale portant sur les mêmes faits (art. 36 al. 3 LPol).

Selon l'art. 18 al. 1 LPol, le personnel de la police est soumis à la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 (LPAC - B 5 05).

L'art. 27 al. 7 LPAC prévoit que la responsabilité disciplinaire des membres du personnel se prescrit par un an après la découverte de la violation des devoirs de service et en tout cas par cinq ans après la dernière violation. La prescription est suspendue, le cas échéant, pendant la durée de l'enquête administrative.

b. Si la loi ne prévoit ni délai de prescription ou de péremption, ni mode de calcul de ce délai, ces délais et modes doivent être déterminés par analogie avec les règles législatives régissant des cas analogues. On s'inspirera d'abord de cas analogues de droit public. Si ces cas analogues sont trop rares ou trop incertains, il appartient au juge administratif de les fixer, en définissant une règle générale (Blaise KNAPP, Précis de droit administratif, 4^{ème} éd., 1991).

Après l'échéance du délai de prescription, la sanction d'une faute professionnelle n'est plus possible, même lorsqu'elle serait utile à la sauvegarde de l'intérêt général (Gabriel BOINAY, Le droit disciplinaire de la fonction publique et dans les professions libérales, particulièrement en Suisse, RJJ 1998, p. 26).

6) a. En l'espèce, les faits qui ont motivé l'intimé à vouloir sanctionner le recourant ont été portés à sa connaissance le 7 décembre 2018. Dès lors que la procédure pénale portant sur les faits en cause s'est achevée le 18 décembre 2018, c'est à cette date qu'a commencé à courir le délai de prescription de l'action disciplinaire. Selon le recourant, ce délai n'a pas été interrompu et la prescription disciplinaire est acquise depuis le 19 décembre 2019. Pour l'intimé, le délai relatif de prescription a été interrompu, au plus tard, par l'arrêté de dégradation du 31 octobre 2019, s'agissant d'une décision de première instance, voire plus tôt encore, lorsque le département a indiqué à M. A_____ son intention de sanctionner son comportement.

b. L'ancienne loi sur la police du 26 octobre 1957 (aLPol - F 1 05), remplacée dès le 1^{er} mai 2016 par l'actuelle LPol, ne prévoyait pas de délai de prescription de l'action disciplinaire. La commission de recours des fonctionnaires de police et de la prison avait retenu, dans l'ACOM/101/2007 du 20 décembre 2007, s'agissant d'un policier qui encourrait une lourde sanction disciplinaire, que « lorsqu'il a dû trancher des questions de prescription concernant des infractions commises par des membres de professions libérales – dont les lois topiques régissant leurs professions respectives ne prévoyaient pas de tel délai – le Tribunal administratif a toujours fait application d'une prescription relative de cinq ans et absolue de sept ans et demi, par analogie avec les délais des prescriptions prévus pour les infractions pénales passibles d'une peine inférieure à un emprisonnement de trois ans par les articles 70 et 72 chiffre 2 alinéa 2 du code pénal alors en

vigueur. (...). Le recourant conteste que ces prescriptions soient applicables à un fonctionnaire, en soutenant que la prescription était alors de trois ans, comme le Tribunal administratif l'avait admis (ATA/161/2000 du 21 mars 2000) : or, cette cause concernait une amende infligée par le département des constructions et des technologies de l'information pour l'inobservation d'un ordre de cesser des travaux et l'amende, prononcée le 13 janvier 1995, était en effet prescrite par application de l'article 137 alinéa 6 de la loi sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1988 (LCI - 1 5 05). (...). L'on voit mal en quoi ce type de sanction serait analogue au droit disciplinaire des fonctionnaires et il apparaît au contraire que la nature des sanctions prévues à l'encontre des membres des professions libérales s'apparente davantage à celles énoncées par la LPol. (...). La jurisprudence du Tribunal administratif sur la prescription, développée sous l'ancien droit, et consacrant une prescription relative de cinq ans et absolue de sept ans et demi conserve ainsi toute pertinence. (...). En conséquence, selon le droit en vigueur au moment des comportements incriminés en 2004, les délais de prescription applicables en l'espèce pour les sanctions disciplinaires fondées sur l'aLPol étaient de cinq ans et de sept ans et demi ».

c. Le 31 mai 2007, l'aLPol a été modifiée en ce sens qu'un nouvel art. 37 al. 6 y a été introduit. Cette disposition prévoyait que la responsabilité disciplinaire se prescrivait par un an après la découverte de la violation des devoirs de service et en tout cas par cinq ans après la dernière violation. La prescription était suspendue pendant la durée de l'enquête administrative. L'art. 27 al. 7 LPAC, au contenu similaire, a été introduit à la même date.

Dans l'ATA/215/2017 du 21 février 2017 (consid. 15f), qui portait sur la prescription de l'action disciplinaire intentée contre une fonctionnaire de l'administration cantonale, la chambre de céans a retenu que le délai de prescription de l'art. 27 al. 7 LPAC ne pouvait être suspendu que pendant la durée de l'enquête administrative. Elle a souligné que toute autre suspension pour un autre motif que celui expressément énoncé par la loi était exclue.

La chambre administrative a rappelé ce principe dans l'ATA/105/2018 du 6 février 2018 (consid. 7d) qui concernait un policier sanctionné et dont la cause relevait de l'aLPol dans sa version au 31 mai 2007. Elle a rappelé que le délai de prescription de l'art. 27 al. 7 LPAC et, partant, de l'art. 37 al. 6 aLPol ne pouvait être suspendu que pendant la durée de l'enquête administrative, toute autre suspension pour un autre motif que celui expressément énoncé par la loi, par exemple une procédure pénale, étant exclue.

d. Au fil du temps, la LPol a ainsi été modifiée en ce sens que, d'une part, le principe et les délais de la prescription de l'action disciplinaire y ont été introduits, mais également les motifs pour lesquels ces délais peuvent être suspendus. Si, sous l'empire de l'ancien droit en vigueur jusqu'au 31 mai 2007, il se justifiait que le juge administratif fixe les règles applicables, tel n'est plus cas

depuis que le législateur a ancré dans l'art. 37 al. 6 aLPol puis dans l'actuel art. 36 al. 3 LPol les règles applicables. Depuis le 1^{er} mai 2016, la nouvelle loi sur la police, à son art. 36 al. 3, prévoit expressément que la prescription de la responsabilité disciplinaire est suspendue non seulement pendant la durée de l'enquête administrative mais encore de l'éventuelle procédure pénale portant sur les mêmes faits. Elle ne prévoit toutefois pas d'autres motifs de suspension que ceux-ci.

Il découle de ce qui précède que, dans le cas d'espèce, la prescription n'a pas été suspendue par l'arrêté de dégradation du 31 octobre 2019, ni plus tôt lorsque le département avait indiqué son intention de sanctionner.

e. Par surabondance, il faut souligner que le recourant se réfère à juste titre à l'art. 100 de l'ordonnance sur le personnel de la Confédération du 3 juillet 2001 (OPers - RS 172.220.111.3), disposition très semblable à l'art. 36 al. 3 LPol puisqu'elle prévoit que la responsabilité disciplinaire de l'employé se prescrit par un an après la découverte du manquement aux obligations professionnelles et en tout cas trois ans après le dernier manquement auxdites obligations (al. 1) et que la prescription est suspendue pendant la durée de la procédure pénale engagée en raison du même fait ou jusqu'à droit connu sur les recours exercés dans la procédure d'enquête disciplinaire (al. 2). Il se réfère également à un arrêt du Tribunal administratif fédéral (ci-après : TAF) du 18 juin 2013 (ATAF 2013/52) dans lequel il est question de la prescription d'une action disciplinaire intentée contre un membre du personnel de l'administration fédérale en application de ce même art. 100 OPers. Dans cet arrêt (consid. 5.3), le TAF a également retenu, comme cela vient d'être fait au considérant précédent, que la suspension du délai de prescription n'était possible que dans les deux cas expressément prévus par cette disposition.

7) a. Reste à examiner si, comme le prétend l'intimé, le délai de prescription de l'action disciplinaire peut être interrompu, ce que ni la LPol ni la LPAC ne prévoient.

b. Le TAF, à l'occasion de l'ATAF 2013/52 précité, a précisé, dans le cadre du litige qu'il avait à résoudre en application de l'art. 100 OPers, que le délai de prescription ne pouvait pas être interrompu mais uniquement suspendu. Pour ce faire, il s'est référé à l'ATF 105 Ib 69 consid. 2a, arrêt qui traitait d'un litige en référence à d'anciennes lois applicables au personnel de la Confédération, mais dont le contenu avait été repris par l'art. 100 OPers. Cet ATF 105 Ib 69 souligne que la loi applicable exige que les procédures disciplinaires soient ouvertes immédiatement après la découverte de la faute et qu'elles soient conclues rapidement, au plus tard dans un délai d'un an, avant de retenir qu'elle n'interrompt pas la prescription, mais permet seulement à l'autorité disciplinaire d'attendre l'issue des procédures pénales.

c. Dans le cas d'espèce, la même exigence de célérité figure à l'art. 27 al. 6 LPAC, applicable par renvoi de l'art. 18 al. 1 LPol, qui invite l'autorité disciplinaire à statuer à bref délai. Dans l'ATA/215/2017(consid. 15d) précité, la chambre de céans a en outre rappelé que le législateur avait souhaité contraindre l'employeur à prendre des mesures dans un délai relativement bref après la découverte de la violation des devoirs de service.

Il serait ainsi contraire au but de la loi de sanctionner le recourant au terme d'une procédure qui se terminera au mieux dans le courant de l'année 2021, les faits litigieux remontant à la première moitié de l'année 2018. Il en découle que, à l'instar du raisonnement du TAF dans l'arrêt précité, le délai de prescription d'un an figurant aux art. 36 al. 3 LPol et 27 al. 7 LPAC ne peut pas être interrompu.

d. L'intimé se réfère aux travaux préparatoires de la LPAC pour défendre l'idée que la prescription de l'art 27 al. 7 LPAC, et donc l'art. 36 al. 3 LPol, pourrait être interrompue. Il indique ainsi que lors des travaux parlementaires (MCG 2006-2007/VI A-4524), « il a été rappelé que l'absence de toute disposition relative à la prescription des sanctions disciplinaires ne signifie pas que ces dernières ne se prescrivent pas. La jurisprudence a en effet eu l'occasion de faire une application analogique de la loi pénale genevoise. ». Cet extrait fait toutefois référence à l'hypothèse de l'absence de toute disposition relative à la prescription des sanctions disciplinaires, ce qui n'est pas le cas des art. 36 al. 3 LPol et 27 al. 7 LPAC qui traitent expressément de cette question.

Il découle de ce qui précède que la responsabilité disciplinaire du recourant était prescrite lorsque l'intimé a ordonné l'ouverture d'une enquête administrative le 29 juillet 2020. Le recours sera en conséquence admis. La responsabilité disciplinaire du recourant étant prescrite, il ne peut plus faire l'objet d'une sanction disciplinaire et la décision litigieuse sera annulée.

- 8) Au vu de l'issue du litige, il ne sera pas perçu d'émolument. Une indemnité de procédure de CHF 1'000.- sera allouée au recourant, qui obtient gain de cause, à la charge de l'État de Genève (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 25 août 2020 par Monsieur A_____ contre l'arrêté du département de la sécurité, de l'emploi et de la santé du 29 juillet 2020 ;

au fond :

l'admet et annule l'arrêté précité ;

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

alloue à Monsieur A_____ une indemnité de procédure de CHF 1'000.- ;

dit que, conformément aux art. 82 ss 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, s'il porte sur les rapports de travail entre les parties et que la valeur litigieuse n'est pas inférieure à CHF 15'000.- ;

- par la voie du recours en matière de droit public, si la valeur litigieuse est inférieure à CHF 15'000.- et que la contestation porte sur une question juridique de principe ;

- par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, aux conditions posées par les art. 113 ss LTF, si la valeur litigieuse est inférieure à CHF 15'000.- ;

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, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Romain Jordan, avocat du recourant, ainsi qu'au département de la sécurité, de l'emploi et de la santé.

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, Mme Krauskopf, M. Verniory,
Mmes Lauber et Tombesi, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

la présidente siégeant :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :