

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2616/2008-DI

ATA/403/2009

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 25 août 2009

dans la cause

Monsieur B_____

représenté par Me Robert Assaël, avocat

contre

DÉPARTEMENT DES INSTITUTIONS

EN FAIT

1. Monsieur B_____, né le X_____ 1975, est inspecteur principal au sein de la police judiciaire.

2. Dans la nuit du 7 au 8 août 2004, alors qu'il patrouillait lors des Fêtes de Genève, il est intervenu dans le cadre d'une bagarre opposant plusieurs individus parmi lesquels se trouvait Monsieur I_____.

M. B_____ était en compagnie d'un collègue, Monsieur C_____. A un moment donné, M. B_____, qui portait au bras droit le brassard de police, a sorti son bâton tactique et s'est approché des deux individus qui se bagarraient, afin de tenter de les séparer. M. I_____ a soudainement frappé M. B_____ d'un coup de poing sur la partie gauche du visage avec une grande violence. Cet inspecteur a souffert d'une fracture complète ouverte de la mandibule au niveau du menton, d'une fracture de l'articulation de la mandibule côté gauche et une de ses dents s'est descellée. Il a dû subir sous narcose une opération qui a duré six heures et il a été en incapacité complète de travail pendant un mois.

M. I_____ a été conduit au poste, soit en fait au "PC des Fêtes de Genève", constitué d'un container métallique situé à l'angle du pont du Mont-Blanc et du Jardin Anglais. A l'intérieur de ce container se trouvaient trois gendarmes. Selon ces témoins, peu après, M. C_____, rejoint par M. B_____, est arrivé sur place. M. I_____ était alors menotté dans le dos, couché au sol sur le ventre, le visage tourné. M. C_____ a commencé à injurier et frapper M. I_____ et M. B_____ a également frappé le détenu. M. B_____ a expliqué ultérieurement qu'il saignait, qu'il souffrait et qu'il avait eu peur. Il avait précédemment subi une trépanation, et les médecins lui avaient alors dit qu'il ne devait pas recevoir de coups violents sur la tête. Selon les témoins, M. B_____ était "sonné", dans "les vapes", il répétait "j'ai perdu une dent" et ne savait plus où il était.

Selon les témoins, collègues de M. B_____, qui se trouvaient à l'intérieur du poste, celui-ci a frappé M. I_____ avec son bâton tactique notamment alors que l'intéressé était maîtrisé.

En raison de ces faits, une procédure pénale a été ouverte (P17931/2004) contre MM. I_____ et B_____.

3. L'enquête administrative ouverte à l'encontre de M. B_____ le 10 août 2004 a aussitôt été suspendue dans l'attente de l'issue de la procédure pénale précitée.

4. Par arrêté du 12 août 2004, le Conseil d'Etat a suspendu provisoirement M. B_____ de ses fonctions tout en maintenant son traitement. Le 20 octobre 2004, cette suspension provisoire a été levée mais M. B_____ n'a été autorisé qu'à exercer des tâches administratives jusqu'à droit connu sur l'enquête administrative.

5. Le 4 mai 2007, MM. B_____ et I_____ ont chacun fait l'objet d'une ordonnance de condamnation du Procureur général ; celles-ci sont devenues définitives et exécutoires. M. B_____ a été reconnu coupable d'abus d'autorité et de lésions corporelles simples aggravées sur la personne de M. I_____ pour avoir frappé "un homme couché à plat ventre par terre, maîtrisé et menotté, qui ne résistait nullement et qui était incapable de se défendre". Aucune circonstance atténuante ou fait justificatif n'a été retenu. Les experts psychiatres ont conclu à une responsabilité pleine et entière de cet inspecteur au moment des faits mais ils ont considéré que celui-ci était dans un état psychologique anormal, en raison notamment de la double fracture dont il souffrait et de la trépanation qu'il avait subie antérieurement.

En raison du concours d'infractions, M. B_____ a été condamné à soixante jours de travail général, cette peine étant assortie du sursis pendant deux ans. En outre, il a été condamné au paiement du tiers des frais de la procédure d'instruction, soit CHF 3'527.-, ainsi qu'aux frais de la procédure du Ministère public à hauteur de CHF 520.-, soit un total de CHF 4'047.-. Les droits de la partie civile ont été réservés. Aucun fait justificatif ni circonstance atténuante n'ont été retenus.

Quant à M. I_____, il a été condamné pour lésions corporelles simples à la peine de nonante jours-amende, assortie du sursis jusqu'au 31 octobre 2010.

5. L'enquête administrative a été reprise le 21 juin 2007. M. B_____ a fait valoir auprès de l'enquêteur la prescription de la sanction disciplinaire. Par décision communiquée à M. B_____ le 20 août 2007, l'enquêteur administratif a rejeté cette requête. M. B_____ a recouru auprès de la commission de recours des fonctionnaires de police et de la prison (ci-après : CRPP), alors compétente pour ce contentieux. La CRPP a rejeté le recours dans la mesure où il était recevable et l'enquête administrative a suivi son cours (ACOM/101/2007 du 20 décembre 2007).

6. Le 10 septembre 2007, M. B_____ a écrit au Conseiller d'Etat en charge du département des institutions (ci-après : DI) en se référant à la procédure pénale précitée. Considérant qu'il avait agi dans le cadre de ses fonctions, et compte tenu des motifs visés par cette ordonnance, il estimait qu'au vu de la loi sur la responsabilité de l'Etat et des communes du 24 février 1989 (A 2 40), il incombait à l'Etat de prendre en charge les frais de procédure, respectivement les frais

d'honoraires de son avocat ainsi que d'éventuels dépens que pourrait faire valoir la partie civile.

7. Par courrier du 9 juin 2008, envoyé sous pli simple et ne comportant pas de voie de droit, le président du DI a rejeté cette requête. Avant de se déterminer, il avait souhaité attendre la fin de la révision de la réglementation édictée par le Conseil d'Etat concernant le remboursement des frais de procédure et honoraires d'avocat des membres de l'administration cantonale. Le Conseil d'Etat avait ainsi pris un arrêté à ce sujet le 2 juin 2008 qui annulait et remplaçait l'extrait du procès-verbal du Conseil d'Etat du 22 janvier 2003.

Selon les principes rappelés par le Conseil d'Etat dans cet arrêté du 2 juin 2008, M. B_____ ne pouvait prétendre au remboursement de ses frais de défense dès lors qu'il avait été reconnu coupable d'abus d'autorité et de lésions corporelles simples, selon l'ordonnance de condamnation précitée du 4 mai 2007. Les règles précédemment en vigueur n'auraient pas été plus favorables puisqu'elles excluaient la prise en charge de cas avérés d'infractions pénales intentionnelles.

Selon l'ordre de service 7A 2a applicable aux fonctionnaires de police, l'assistance juridique gratuite ne pouvait être accordée à ceux-ci qu'à la suite d'actes accomplis dans le cadre strict de leur activité professionnelle. Quant au code de déontologie de la police genevoise dans sa version du 8 février 2007, il ne prévoyait l'assistance juridique qu'en cas de poursuite consécutive aux activités accomplies par le policier dans l'exercice légitime de ses fonctions ce qui excluait à l'évidence les crimes et délits intentionnels. Enfin, jamais jusqu'ici l'Etat n'avait pris en charge les honoraires d'avocat d'un policier condamné pour une infraction pénale intentionnelle. M. B_____ n'était donc pas fondé à demander à l'Etat de Genève la prise en charge de ses frais de défense.

8. Par acte posté le 14 juillet 2008, M. B_____ a saisi le Tribunal administratif d'un recours, subsidiairement d'une action pécuniaire, contre la décision du président du DI du 9 juin 2008 en concluant préalablement, à ce qu'une audience de comparution personnelle des parties soit ordonnée et principalement, à l'annulation de la décision attaquée. Cette dernière devait être réformée et l'Etat de Genève condamné à payer la note d'honoraires du conseil de M. B_____ du 14 juillet 2008, relative à la procédure pénale et s'élevant à CHF 48'756,20, concernant l'activité déployée d'août 2004 à mai 2007.
9. Le 21 août 2008, le département a considéré que les prétentions de M. B_____ étaient de nature pécuniaire et que le courrier du président du DI du 9 juin 2008 ne constituait pas une décision. Le recours était irrecevable et l'action pécuniaire devait être rejetée pour les motifs sus-exposés. Les circonstances particulières dans lesquelles M. B_____ s'était trouvé avaient déjà été prises en compte par le Procureur général pour fixer la peine.

Le département a produit dix pièces, dont une demande du 13 mars 2008 du président du syndicat de la police judiciaire sollicitant une réponse à la requête de M. B_____ du 10 septembre 2007, l'ordre de service 7A 2a, l'extrait pertinent du code de déontologie de la police ainsi qu'un extrait du memento des instructions de l'office du personnel de l'Etat (ci-après : MIOPE) n° 14.004.000 intitulé "Droits et devoirs du personnel, prise en charge des frais dans le cadre de procédures pouvant être intentées à l'encontre de membres du personnel", datant du 11 octobre 2001.

10. Le 15 septembre 2008, le conseil de M. B_____ a souhaité répliquer, ce qu'il a fait le 15 octobre 2008, en réclamant la production, par le département, de l'arrêté du Conseil d'Etat du 22 janvier 2003, seul applicable au moment de la survenance des faits litigieux. Il alléguait le fait que la décision attaquée en était bien une, au regard de l'art. 4 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), mais qu'elle avait été prise par une autorité incompétente, puisque seul le Conseil d'Etat pouvait statuer sur une telle requête. Le droit d'être entendu du recourant avait été violé puisque l'arrêté du Conseil d'Etat du 2 juin 2008 avait été signifié à l'intéressé en même temps que la décision du 9 juin 2008 et qu'il n'avait pas été invité préalablement à se déterminer sur le droit applicable, notamment. Par ailleurs, il avait bien agi dans le cadre de ses fonctions et en réaction à une agression dont il avait fait lui-même l'objet.
11. Le 17 octobre 2008, le juge délégué a prié le DI de bien vouloir produire le document mentionné du 23 janvier 2003, ce que celui-là a fait en dupliquant le 28 octobre 2008, non sans relever qu'il ne s'agissait pas d'un arrêté du Conseil d'Etat mais d'un extrait du procès-verbal d'une séance de celui-ci, extrait qui n'était pas public. Pour le surplus, il a persisté dans son refus de prise en charge et produit un extrait complémentaire du code de déontologie de la police de même que la décision prise le 22 octobre 2008 par la cheffe de la police après la clôture de l'enquête administrative. Il en résultait qu'elle avait infligé à M. B_____ trente-six services hors tour en application de l'art. 36 de la loi sur la police du 27 octobre 1957 (LPol - F 1 05).
12. Les parties ont été entendues lors d'une audience de comparution personnelle le 2 février 2009. M. B_____ a indiqué qu'aucune assurance ni aucune entité ne prenait en charge les honoraires de son conseil dans le cadre des procédures pénale et administrative. Depuis, le syndicat avait conclu une assurance responsabilité civile professionnelle auprès de la Winterthur.
13. Suite à cette audience, le président du syndicat de la police judiciaire a fait parvenir au juge délégué le règlement sur l'assistance juridique de la fédération suisse des fonctionnaires de police. Le 19 février 2009, le département a indiqué n'avoir aucune observation à présenter au sujet de ce document, sans pertinence pour statuer dans la présente cause.

14. Le 27 février 2009, le conseil du recourant a sollicité un délai pour se déterminer, compte tenu des nouvelles pièces produites par l'intimé, de la modification de la procédure au 1^{er} janvier 2009, de l'audience de comparution personnelle et enfin du document produit par le président du syndicat précité.
15. Le 31 mars 2009, le recourant a ainsi mis en évidence le fait que depuis le 1^{er} janvier 2009, l'art. 56B al. 4 LPA (recte LOJ) avait été supprimé, de sorte que la décision attaquée était susceptible de recours.

Dans sa décision du 9 juin 2008, l'autorité intimée avait fait application de l'arrêté du Conseil d'Etat du 2 juin 2008. Or, celui-ci ne pouvait rétroagir et les faits devaient être examinés au vu des dispositions alors en vigueur, soit de l'extrait du procès-verbal de la séance du Conseil d'Etat de janvier 2003.

Selon l'ancien texte ou le nouvel arrêté, seul le Conseil d'Etat - et non le président du département - était compétent pour statuer sur la requête de M. B_____. Prise par une autorité incompétente, la décision attaquée était nulle.

Pour les raisons sus-évoquées, le droit d'être entendu du recourant avait été violé.

En conclusion, le recourant a persisté à réclamer la prise en charge des honoraires de son conseil.

16. Sur quoi, la cause a été gardée à juger, ce dont les parties ont été informées le 1^{er} avril 2009.

EN DROIT

1. Le 18 septembre 2008, le Grand Conseil de la République et canton de Genève a modifié la loi d'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ - E 2 05). Cette nouvelle, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009, répond à l'art. 29a de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) qui garantit l'accès au juge et à l'art. 86 de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110) qui oblige les cantons à instituer des tribunaux supérieurs statuant en dernière instance comme autorités précédant immédiatement le Tribunal fédéral. Elle a notamment entraîné l'abrogation de l'art. 56B al. 4 LOJ et la modification de l'art. 56G LOJ. Ainsi, le Tribunal administratif est désormais compétent pour connaître des recours contre les décisions concernant le statut et les rapports de service des fonctionnaires et autres membres du personnel de l'Etat et l'action pécuniaire est devenue une action contractuelle réservée aux prétentions fondées sur le droit public qui ne peuvent pas faire l'objet d'une décision et qui découlent d'un contrat de droit public (ATA/178/2009 du 7 avril 2009).

2. Le recours, subsidiairement l'action pécuniaire, de M. B_____ a été déposé en 2008 mais est jugé en 2009. Les dispositions transitoires figurant à l'art. 162 al. 3, 4 et 5 LOJ ne déterminent pas si le Tribunal administratif doit alors appliquer les anciennes ou les nouvelles clauses de compétence. Il convient dès lors de trancher la présente cause en application des principes généraux du droit intertemporel (ATA/221/2009 du 5 mai 2009).
3. En principe, le nouveau droit s'applique à toutes les situations qui interviennent depuis son entrée en vigueur. En particulier, en l'absence de dispositions transitoires, les nouvelles règles de nature procédurale doivent s'appliquer immédiatement à toutes les affaires pendantes (ATF 130 V 560, 562 ; 111 V 46, 47 ; Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-5714/2007 du 18 mars 2008, consid. 3.4 et les réf. citées ; ATA/356/2008 du 24 juin 2008 ; voir aussi U. HAEFELIN/G. MÜLLER/F. UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Zurich, 2006, p. 66, no 327a ; P. MOOR, *Droit administratif*, vol. I, Berne, 1994, p. 171), sous réserve de deux exceptions. Premièrement, si une autorité compétente selon l'ancien droit a été saisie avant l'entrée en vigueur du nouveau droit et n'a pas été abolie par ce dernier, elle reste compétente pour connaître de l'affaire en cause (ATF 130 V 90, 93). Deuxièmement, les nouvelles règles de procédure ne peuvent être appliquées immédiatement que si elles restent dans une certaine continuité avec le système antérieur, sans en bouleverser les fondements (ATF 112 V 356, 360 ; U. HAEFELIN/G. MÜLLER/F. UHLMANN, *op. cit.*, p. 66, n° 327a). Une règle nouvelle qui modifie la procédure à suivre devant l'autorité dont la décision est entreprise ne saurait être appliquée par l'autorité de recours. Une telle application conférerait un effet rétroactif à la règle de procédure (B. KNAPP, *Précis de droit administratif*, Bâle, 1991, p. 123, n° 594).
4. En l'occurrence, en ouvrant une voie de recours contre les décisions relatives au statut et aux rapports de service des fonctionnaires et autres membres du personnel de l'Etat, le nouveau droit a restreint les possibilités pour tenter une action pécuniaire. La procédure à suivre devant l'autorité de recours n'est ainsi pas identique selon le nouveau ou l'ancien droit. Il convient dès lors d'appliquer à cette cause, introduite par-devant le tribunal de céans avant la modification législative, les règles de la LOJ dans leur ancienne teneur (ci-après : aLOJ ; ATA/309/2009 du 23 juin 2009).
5. Au regard de l'art. 56B al. 4 aLOJ, le recours auprès du Tribunal administratif n'était ouvert, en matière de statut et de rapport de service des membres du personnel des établissements de droit public, que si une disposition légale, réglementaire ou statutaire le prévoyait.

Or, ni la LPAC, ni la LPol n'ouvraient un recours, que ce soit auprès du tribunal de céans ou de la CRPP, supprimée depuis le 1^{er} janvier 2009 également, contre le refus du président du DI du 9 juin 2008. De ce fait, il n'est pas nécessaire

de trancher la question de savoir si ce courrier constituait une décision, au sens de l'art. 4 LPA.

Pour les raisons susénoncées, le recours contre ce courrier sera déclaré irrecevable.

6. a. Aux termes de l'art. 56G aLOJ, une action pécuniaire devant le Tribunal administratif est ouverte pour les actions relatives à des prétentions de nature pécuniaire fondées sur le droit public cantonal qui ne peuvent pas faire l'objet d'une décision au sens de l'art. 56A al. 2 LOJ et qui découlent des rapports entre l'Etat, les communes, les autres corporations et établissements de droit public et leurs agents publics (al. 1 let. a).
- b. De jurisprudence constante, l'action pécuniaire est subsidiaire au recours, et n'est soumise à aucun délai, sous réserve de la prescription ou de la péremption du droit de fond (ATA/828/2005 du 6 décembre 2005 ; ATA/873/2004 du 9 novembre 2004).
7. a. Sont des prétentions de nature pécuniaire, c'est-à-dire appréciables en argent, celles qui tendent directement à l'octroi de sommes en espèces, notamment au paiement de traitements, d'allocations, d'indemnités ou de prestations d'assurances. Rentrent aussi dans cette catégorie les droits qui sont étroitement liés à un rapport juridique appréciable en argent. Le Tribunal administratif a ainsi reconnu que les prétentions concernant le paiement des heures supplémentaires et la prétention en versement d'une indemnité pour vacances non prises étaient de nature pécuniaire (ATA/222/2006 du 11 avril 2006).
- b. Ne sont, en revanche, pas des prétentions de nature pécuniaire celles qui ont trait à la création, à l'établissement et à la disparition des rapports de service, à l'obtention d'une promotion ou d'un avancement, aux vacances, à la reconnaissance d'un diplôme, à la réintégration dans une classe de fonction antérieure et à l'évaluation ou à la réévaluation d'une fonction, car alors la prétention a en réalité deux objets, l'un pécuniaire et l'autre de nature différente. Comme l'aspect pécuniaire n'est pas susceptible d'être jugé de manière indépendante de l'autre objet pour lequel l'autorité hiérarchique dispose d'un pouvoir d'appréciation entier, personne ne saurait alors exiger d'elle qu'elle accorde une prestation dont l'octroi est laissé à sa discrétion. Dans ces cas, peu importe en définitive que le litige débouche sur l'allocation d'une somme d'argent, celle-ci apparaissant comme secondaire (ATA/222/2006 précité).
8. Les prétentions de M. B_____ doivent reposer sur le droit public cantonal. Or, il n'existe aucune disposition légale de la LPol, la LPAC ou encore la LREC, fondant une obligation générale de l'Etat à prendre en charge les frais relatifs à la défense d'un fonctionnaire de police.

Ni l'extrait d'un procès-verbal de séance du Conseil d'Etat du 23 janvier 2003, ni même un arrêté dudit Conseil du 2 juin 2008 ne sauraient constituer une base légale, de sorte qu'il est irrelevante de déterminer quelle était l'autorité devant statuer et lequel de ces deux textes devrait s'appliquer, la demande faite par M. B_____ remontant au 10 septembre 2007 mais le courrier du président du DI datant du 9 juin 2008 et la note d'honoraires produite du 14 juillet 2008.

9. Le seul précédent jugé par le tribunal de céans concerne un magistrat du Pouvoir judiciaire qui avait requis du Conseil d'Etat la prise en charge des honoraires de l'avocat qu'il avait dû mandater pour assurer sa défense, dans le cadre d'une procédure pénale ouverte contre lui pour des actes qu'il lui était reproché d'avoir commis dans l'exercice de ses fonctions (ATA/630/2001 du 9 octobre 2001). Toutefois, cette procédure pénale avait été classée et ledit magistrat n'a pas été condamné. En revanche, il avait fait l'objet d'un blâme prononcé par le Conseil supérieur de la magistrature (ci-après : CSM).

Cet arrêt distinguait la situation d'un magistrat, envers lequel l'Etat a un devoir de protection, de celle d'un fonctionnaire. Le tribunal de céans a ainsi accordé à l'intéressé le paiement par l'Etat de ses honoraires d'avocat pour la procédure pénale, mais a refusé celui des frais engendrés par la procédure disciplinaire, en relevant que : "vu la reconnaissance d'une faute par le CSM, le demandeur ne peut prétendre à aucune prise en charge par l'Etat des honoraires d'avocat relatifs à cette procédure" (ATA/630/2001 précité, consid. 8 in fine).

10. Appliqué mutatis mutandis, ce raisonnement conduit à rejeter l'action pécuniaire de M. B_____ : celui-ci a été condamné pénalement, l'ordonnance de condamnation étant exécutoire. Il a certes été agressé dans un premier temps par M. I_____, et ce dernier a été condamné également, mais c'est pour les actes commis ultérieurement au poste que le demandeur a été sanctionné. Aucune circonstance atténuante ou fait justificatif, tel la légitime défense, n'a été retenu à sa décharge.
11. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de M. B_____ (art. 87 LPA). Il ne lui sera pas alloué d'indemnité de procédure.

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare irrecevable le recours interjeté le 14 juillet 2008 par Monsieur B_____ contre le courrier du 9 juin 2008 du président du département des institutions ;

déclare recevable l'action pécuniaire déposée le 14 juillet 2008 par Monsieur B _____
contre l'Etat de Genève ;

au fond :

la rejette ;

met à la charge Monsieur B _____ un émolument de CHF 1'000.- ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité ;

dit que, conformément aux art. 82 et 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 ; 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'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 Robert Assaël, avocat du recourant ainsi qu'au département des institutions et pour information au Conseil d'Etat.

Siégeants : M. Thélin, président, Mmes Bovy et Hurni, M. Dumartheray, juges,
M. Bonard, juge suppléant.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste :

C. Del Gaudio-Siegrist

le vice-président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :