

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/530/2016-FPUBL

ATA/227/2016

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 14 mars 2016

sur effet suspensif et mesures provisionnelles

dans la cause

Monsieur A_____

représenté par Me Robert Assaël, avocat

contre

DÉPARTEMENT DE LA SÉCURITÉ ET DE L'ÉCONOMIE

Attendu, en fait, que :

1. Monsieur A_____ a été engagé en qualité de stagiaire à l'école de formation de la gendarmerie du 1^{er} mars 2003 au 31 décembre 2003.
2. Par arrêté du Conseil d'État du 19 novembre 2003, M. A_____ a été nommé aux fonctions de gendarme dès le 1^{er} janvier 2004.
3. Par arrêté du Conseil d'État du 23 février 2005, M. A_____ a été confirmé dans ses fonctions rétroactivement au 1^{er} janvier 2005.
4. Le 24 novembre 2008, M. A_____, possédant les aptitudes et les qualifications requises, a été nommé au grade d'appointé dès le 1^{er} janvier 2009.
5. Par décision du 13 août 2012, la cheffe de la police a ouvert une enquête disciplinaire à l'encontre de M. A_____ et suspendu celle-ci jusqu'à droit connu « en pénal ».

Le 2 septembre 2011, lors d'une intervention consécutive à un viol présumé, il avait effectué une clef de bras sur Monsieur B_____ afin de le menotter, lui fracturant ainsi vraisemblablement le bras. M. B_____ avait déposé une plainte pénale contre le gendarme.

6. Par ordonnance pénale du 29 octobre 2013, rendue dans la procédure P1/_____, le Ministère public a déclaré M. A_____ coupable d'abus d'autorité et de lésions corporelles simples par négligence, l'a condamné à une peine pécuniaire de cent cinquante jours-amende avec sursis, avec un délai d'épreuve de trois ans, ainsi qu'à une amende de CHF 5'625.-. Il avait retenu les faits suivants à son encontre :

- le 11 août 2011, lors d'une manœuvre de contournement avec un fourgon, M. A_____ avait roulé sur le pied droit de Monsieur C_____. Selon le constat médical, ce dernier avait subi plusieurs fractures au pied droit suite à cet incident ;
- le 2 septembre 2011, le gendarme avait pratiqué une clef de bras sur M. B_____ lors de son interpellation, entraînant une fracture ouverte de l'humérus gauche de ce dernier ;
- le 25 décembre 2011, il avait repoussé d'un revers de bras et fait tomber Madame D_____, âgée de soixante-huit ans au moment des faits, car cette dernière s'était immiscée lors du contrôle de son époux. À cette occasion, elle avait subi des lésions aux cervicales, au coude gauche, à la fesse gauche et au genou droit attestées par certificats médicaux.

7. Le 29 octobre 2013, une procédure pénale P/2_____ a été ouverte à l'encontre de M. A_____, lequel a été arrêté provisoirement par l'inspection générale des services (ci-après : IGS), pour abus d'autorité et lésions corporelles.

Selon le rapport d'arrestation, le 29 octobre 2013 vers 06h30, l'IGS avait été informée que les gendarmes M. A_____ et Monsieur E_____, tous deux rattachés au poste F_____ et en congé au moment des faits, étaient intervenus de leur propre chef sur le lieu d'une réquisition reçue vers 5h00 par le poste des Pâquis alors qu'ils y étaient de passage. Lors de cette « intervention », une personne avait été blessée au visage par l'un des gendarmes.

8. Dans le cadre de l'enquête menée par l'IGS les personnes suivantes ont été entendues :

a. Monsieur G_____, la personne blessée, en tant que personne appelée à donner des renseignements. Alors qu'il se trouvait dans une rue des Pâquis avec un ami, deux personnes s'étaient approchées de lui et, par la suite, le plus maigre des deux lui avait donné un coup au visage avec une béquille. Il a déposé plainte contre inconnu pour ces faits.

b. M. A_____, à titre de prévenu. Il avait bu plusieurs verres dans le quartier des Pâquis avec M. E_____ après s'être tous deux rendus à une sortie de groupe de leur équipe. Ils avaient ensuite décidé de se rendre au poste des Pâquis pour y utiliser les toilettes. Le chef de groupe du poste leur avait alors proposé de boire une bière dans la cuisine. Lorsqu'il avait entendu l'appel concernant la réquisition, « son instinct de flic » lui avait donné l'envie d'aller voir sur place ce qui se passait. En sortant du poste avec M. E_____ pour se rendre sur les lieux de la réquisition, il avait pris une béquille qui se trouvait devant la porte afin de soulager son entorse à la cheville. Il ne se souvenait pas si le chef de groupe leur avait ordonné de rester. Arrivé sur place, il avait « mis » un coup de béquille dans le ventre de M. G_____, parce que ce dernier insistait pour lui vendre de la drogue. Il l'avait simplement repoussé et ne l'avait pas vu tomber. À ce moment, une patrouille de gendarmerie était arrivée, il était donc parti des lieux avec son collègue. Sur le chemin, il avait téléphoné au poste des Pâquis et, sur ordre du chef de groupe, y était retourné, accompagné de M. E_____.

c. M. E_____, également entendu à titre de prévenu, n'avait pas vu son collègue porter de coup à M. G_____.

d. Entendu en tant que personne appelée à donner des renseignements, Monsieur H_____, chef de groupe du poste des Pâquis, avait ordonné à MM. A_____ et E_____ de ne pas se rendre sur les lieux de la réquisition. Ceux-ci avaient quitté le poste alors qu'il avait le dos tourné. La patrouille qu'il avait envoyée pour traiter ladite réquisition étant revenue avec une personne saignant abondamment de l'arcade sourcilière, il avait alors demandé à MM. A_____ et E_____ de revenir au poste

pour s'expliquer. M. A_____ n'avait pas pu donner d'explications concernant ladite blessure. Son alcoolémie était de 0.99 ‰ à 6h00.

e. Monsieur I_____, gendarme présent au poste des Pâquis au moment des faits, auditionné en tant que témoin, a confirmé la version de M. H_____.

f. Les gendarmes envoyés par ce dernier sur les lieux de la réquisition, également auditionnés en tant que témoins, n'avaient pas vu les circonstances dans lesquels M. G_____ avait été blessé. Sur place, une personne leur avait désigné M. A_____ comme étant l'agresseur.

9. L'IGS retenait que les explications de M. A_____, de son collègue et de M. G_____ étaient contradictoires, et qu'aucun témoin direct des faits n'était connu, la personne désignée par la patrouille n'ayant pas encore pu être identifiée.

10. Le 31 octobre 2013, M. A_____ a fait opposition à l'ordonnance pénale du 29 octobre 2013 rendue par le Ministère public dans la procédure P1/_____.

11. Par décision du 5 novembre 2013, la cheffe de la police a repris, puis clôturé la procédure disciplinaire ouverte le 13 août 2012 à l'encontre de M. A_____.

Le dossier était transmis au département de la sécurité, devenu depuis lors le département de la sécurité et de l'économie (ci-après : le département) pour raisons de compétence.

12. Par avis du commandant de la gendarmerie du 18 novembre 2013, M. A_____ a été muté au poste J_____ dès le 1^{er} décembre 2013.

13. Le 16 décembre 2013, M. A_____ a formulé des observations à l'attention du conseiller d'État, et conclu à la suspension de l'enquête administrative.

Cette dernière était dépendante des procédures pénales, dans le cadre desquelles M. A_____ s'était déjà exprimé et allait encore le faire. Il s'opposait cas échéant à sa suspension provisoire, ce d'autant qu'il avait décidé de consulter un psychiatre afin de comprendre ses agissements et ne plus les répéter.

14. Par arrêté du 18 décembre 2013, le conseiller d'État a ouvert une enquête administrative à l'encontre de M. A_____ et l'a suspendu dans l'attente du résultat de la procédure pénale.

Il lui était reproché d'avoir gravement enfreint les ordres de service au vu de l'ordonnance pénale rendue dans la procédure P/1_____ et des faits ayant mené à l'ouverture de la procédure pénale P/2_____. S'ils se vérifiaient, les manquements reprochés à M. A_____ pourraient justifier une sanction disciplinaire, voire une révocation.

15. Par arrêté du même jour déclaré exécutoire nonobstant recours, le Conseil d'État a prononcé la suspension provisoire de M. A_____ et maintenu les prestations à charge de l'État.

Il reprenait les reproches formulés dans la décision du conseiller d'État. Certains faits devant encore être établis, la suspension provisoire n'était pas assortie de la suppression des prestations à la charge de l'État, mais celle-ci demeurait réservée en fonction des faits pouvant encore apparaître en cours d'enquête.

16. Par acte du 27 décembre 2013, M. A_____ a recouru contre l'arrêté du Conseil d'État prononçant sa suspension provisoire auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) et conclu, sous suite d'indemnité, à son annulation.

17. Par arrêt du 23 septembre 2014 (ATA/746/2014), la chambre administrative a déclaré le recours irrecevable.

La suspension ne causait aucun préjudice irréparable au recourant, étant précisé que les inconvénients liés à une procédure n'en constituaient pas un.

18. Par arrêt du 4 août 2015, la chambre pénale d'appel et de révision de la Cour de justice (ci-après : la chambre pénale d'appel) a rejeté l'appel de M. A_____ contre le jugement du Tribunal de police du 5 novembre 2014 l'ayant déclaré coupable de lésions corporelles simples aggravées, de lésions corporelles simples par négligence et d'abus d'autorité (tout en l'acquittant des accusations liées aux faits dénoncés par Mme D_____), et condamné à une peine privative de liberté de quatorze mois, avec sursis pendant trois ans.

19. Par arrêté départemental du 9 septembre 2015, l'enquête administrative a été reprise. L'enquête était confiée à Monsieur K_____, ancien juge à la Cour de justice.

20. Des audiences ont été tenues par l'enquêteur administratif les 4 novembre 2015, et 18, 19 et 22 janvier 2016.

21. Le 22 janvier 2016, M. A_____ s'est adressé à l'enquêteur administratif en lui demandant que soient effectués deux actes d'instruction complémentaires, à savoir une expertise médico-légale concernant M. B_____ et l'audition de Monsieur L_____ dans le complexe de faits concernant M. G_____.

22. Le 27 janvier 2016, l'enquêteur administratif a refusé d'effectuer les actes précités, les estimant inutiles.

23. Par courrier du 2 février 2016, M. A_____ a sollicité la récusation de l'enquêteur administratif. De par son refus et la motivation de celui-ci, il avait déjà pris position sur le fond concernant l'affaire de M. B_____, et avait démontré son

intention de se fonder sur la procédure pénale, les faits étant pour lui déjà établis, dans l'affaire de M. G_____.

24. Par arrêté du 10 février 2016, déclaré exécutoire nonobstant recours (sic), le département a rejeté la demande de récusation.

La récusation ne se justifiait que si l'enquêteur commettait des erreurs de procédure ou d'appréciation particulièrement lourdes ou répétées. Il était possible de renoncer à un acte d'instruction par appréciation anticipée des preuves, ce que l'enquêteur avait fait en l'espèce de manière non arbitraire, son comportement ne dénotant aucune prévention à l'encontre de M. A_____.

25. Par acte déposé le 17 février 2016, M. A_____ a interjeté recours auprès de la chambre administrative contre la décision précitée, concluant préalablement à l'octroi de mesures provisionnelles urgentes puis à la restitution de l'effet suspensif au recours, principalement à l'annulation de la décision attaquée et à la récusation de l'enquêteur administratif, ainsi qu'à l'octroi d'une indemnité de procédure.

Concernant l'effet suspensif, le département n'avait aucunement motivé sa décision de déclarer son arrêté exécutoire nonobstant recours. Les conditions de la restitution de l'effet suspensif étaient données, la question de la récusation devant être jugée avant l'exécution de tout acte de procédure. Il n'y avait de plus pas urgence à poursuivre l'enquête, ni à craindre la disparition de témoins ou de preuves.

26. Par décision du 18 février 2016 (ATA/140/2016), le président de la chambre administrative a refusé l'octroi de mesures provisionnelles urgentes.

La jurisprudence posait des exigences élevées en matière de récusation consécutive à la conduite de la procédure, et qu'elle posait par ailleurs le principe selon lequel l'autorité administrative était en principe liée par les constatations de fait d'un jugement pénal rendu selon la procédure ordinaire. Les chances de succès du recours étaient ainsi, *prima facie*, relativement faibles.

En outre et surtout, l'enquêteur administratif avait déjà procédé en l'espèce à de nombreux actes d'instruction, dont l'admission du recours entraînerait de toute façon l'annulation.

27. Le 26 février 2016, le département a conclu au rejet de la demande de restitution de l'effet suspensif au recours.

Ce dernier ne pouvait être restitué, la décision attaquée étant négative. Des mesures provisionnelles devaient être refusées vu que l'enquêteur avait déjà procédé à de nombreux actes d'instruction, notamment des auditions de témoins.

La demande était en fait purement dilatoire, étant rappelé que M. A_____ continuait à toucher des prestations de l'État. La poursuite de l'enquête était du reste

dans l'intérêt de M. A_____, une issue rapide lui permettant de mettre fin à une période d'incertitude.

28. Sur ce, la cause a été gardée à juger sur la question de l'effet suspensif.

Considérant, en droit, que :

1. Interjeté en temps utile et devant la juridiction compétente, le recours est, prima facie, recevable sous ces angles (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2. La compétence pour ordonner, d'office ou sur requête, des mesures provisionnelles en lien avec un recours appartient au président, respectivement au vice-président, de la chambre administrative (art. 7 ch. 1 du règlement interne de la chambre administrative du 21 décembre 2010 [ci-après : le règlement]).
3. Sauf disposition légale contraire, le recours a effet suspensif, à moins que l'autorité qui a pris la décision n'ait ordonné l'exécution nonobstant recours (art. 66 al. 1 LPA).
4. a. Selon la jurisprudence et la doctrine, un effet suspensif ne peut être restitué lorsque le recours est dirigé contre une décision à contenu négatif, soit contre une décision qui porte refus d'une prestation. La fonction de l'effet suspensif est de maintenir un régime juridique prévalant avant la décision contestée. Si, sous le régime antérieur, le droit ou le statut dont la reconnaissance fait l'objet du contentieux judiciaire n'existait pas, l'effet suspensif ne peut être restitué car cela reviendrait à accorder au recourant d'être mis au bénéfice d'un régime juridique dont il n'a jamais bénéficié (ATF 127 II 132 ; 126 V 407 ; 116 Ib 344 ; Ulrich HÄFELIN/Georg MÜLLER/Felix UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6^{ème} éd., 2010, n. 1800 ; Pierre MOOR/Étienne POLTIER, Droit administratif, vol. 2, 3^{ème} éd., 2010, n. 5. 8. 3. 3 p. 814 ; ATA/87/2013 du 18 février 2013 ; ATA/84/2009 du 9 avril 2009).

b. Lorsqu'une décision à contenu négatif est portée devant la chambre administrative et que le destinataire de la décision sollicite la restitution de l'effet suspensif, il y a lieu de distinguer entre la situation de celui qui, lorsque la décision intervient, disposait d'un statut légal qui lui était retiré de celui qui ne disposait d'aucun droit. Dans le premier cas, la chambre administrative pourra entrer en matière sur une requête en restitution de l'effet suspensif, aux conditions de l'art. 66 al. 2 LPA, l'acceptation de celle-ci induisant, jusqu'à droit jugé, le maintien des conditions antérieures. Elle ne pourra pas en faire de même dans le deuxième cas, vu le caractère à contenu négatif de la décision administrative contestée. Dans cette dernière hypothèse, seul l'octroi de mesures provisionnelles, aux conditions

cependant restrictives de l'art. 21 LPA, est envisageable (ATA/198/2016 du 3 mars 2016 consid. 4b ; ATA/70/2014 du 5 février 2014 consid. 4b ; ATA/603/2011 du 23 septembre 2011 consid. 2).

5. a. Lorsque l'effet suspensif a été retiré ou n'est pas prévu par la loi, l'autorité de recours doit examiner si les raisons pour exécuter immédiatement la décision entreprise sont plus importantes que celles justifiant le report de son exécution. Elle dispose d'un large pouvoir d'appréciation qui varie selon la nature de l'affaire. La restitution de l'effet suspensif est subordonnée à l'existence de justes motifs, qui résident dans un intérêt public ou privé prépondérant à l'absence d'exécution immédiate de la décision ou de la norme (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1161/2013 du 27 février 2014 consid. 5.5.1).
 - b. Pour effectuer la pesée des intérêts en présence, l'autorité de recours n'est pas tenue de procéder à des investigations supplémentaires, mais peut statuer sur la base des pièces en sa possession (ATF 117 V 185 consid. 2b ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_435/2008 du 6 février 2009 consid. 2.3 et les arrêts cités).
6. À teneur de l'art. 21 LPA, l'autorité administrative peut ordonner, d'office ou sur requête, des mesures provisionnelles lorsqu'il est nécessaire de régler provisoirement la situation en cause, jusqu'au prononcé de la décision finale.

Selon la jurisprudence constante de la chambre administrative, de telles mesures ne sont légitimes que si elles s'avèrent indispensables au maintien d'un état de fait ou à la sauvegarde d'intérêts compromis et elles ne peuvent anticiper le jugement définitif (ATF 119 V 503 consid. 3 ; ATA/87/2013 précité ; ATA/248/2011 du 13 avril 2011 consid. 4 ; ATA/197/2011 du 28 mars 2011 ; ATA/248/2009 du 19 mai 2009 consid. 3 ; ATA/213/2009 du 29 avril 2009 consid. 2). Elles ne sauraient, en principe tout au moins, anticiper le jugement définitif, ni équivaloir à une condamnation provisoire sur le fond, pas plus qu'aboutir abusivement à rendre d'emblée illusoire la portée du procès au fond (arrêts précités). Ainsi, dans la plupart des cas, les mesures provisionnelles consistent en un minus, soit une mesure moins importante ou incisive que celle demandée au fond, ou en un aliud, soit une mesure différente de celle demandée au fond (Isabelle HAENER, *Vorsorgliche Massnahmen in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess*, RDS 1997 II 253-420, p. 265).

7. En l'espèce, la décision attaquée est clairement de type négatif, et la question d'un statut légal antérieur ne se pose pas.

La restitution de l'effet suspensif ne peut donc pas être envisagée, et la mention du département selon laquelle l'arrêté était déclaré exécutoire nonobstant recours procède à l'évidence d'une erreur.

8. Quant à l'octroi de mesures provisionnelles, celui-ci doit être refusé pour les mêmes motifs que ceux, énoncés plus haut, retenus dans l'ATA/140/2016 du 18 février 2016, aucune circonstance pertinente ne s'étant modifiée depuis lors.
9. La demande sera dès lors refusée.
10. Le sort des frais sera réservé jusqu'à droit jugé au fond.

Vu le recours interjeté le 17 février 2016 par Monsieur A_____ contre une décision du département de la sécurité et de l'économie du 10 février 2016 ;

vu l'art. 66 al. 3 LPA ;

vu l'art. 7 al. 1 du règlement ;

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

rejette la demande de restitution de l'effet suspensif, traitée comme demande de mesures provisionnelles ;

réserve le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond ;

dit que conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), la présente décision peut être portée 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. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique la présente décision, en copie, à Me Robert Assaël, avocat du recourant ainsi qu'au département de la sécurité et de l'économie.

Le président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :