RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/697/2004-CRPP **ACOM/80/2004**

DÉCISION

DE

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

du 27 août 2004

dans la cause

M. S. G.
représenté par Me Lorella Bertani, avocate

contre

CONSEIL D'ETAT

et

COLLEGE DES ENQUÊTEURS

EN FAIT

1. Par arrêté du 16 avril 2003, le Conseil d'Etat a décidé d'ouvrir une enquête sur l'intervention de la police à la gare de Cornavin le 29 mars 2003 à la suite de la manifestation contre l'Organisation mondiale du commerce. Une manifestante avait en effet été blessée à cette occasion par une capsule marquante projetée au moyen d'un « lanceur FN 303 ».

   Cette enquête devait permettre « de déterminer la légalité, l'opportunité et la proportionnalité des décisions prises en l'espèce, ainsi que le processus décisionnel qui a conduit à l'engagement et à l'utilisation du lanceur FN 303. Le processus de communication et d'information » serait également analysé.

   Un collège d'enquêteurs a été désigné, composé de Mme Laura Jacquemoud-Rossari, juge à la Cour de justice, M. David Lachat, avocat et de M. André Duvillard, adjoint du commandant de la police cantonale neuchâteloise. Ces enquêteurs devaient remettre au Conseil d'Etat un rapport contenant toutes constatations et recommandations utiles.

2. A la suite dudit rapport, daté du 31 octobre 2003, il est apparu que certains collaborateurs de la police, envers lesquels aucune enquête administrative n'avait été ouverte, auraient manqué à leurs devoirs. Afin de le vérifier, le Conseil d'Etat a pris un nouvel arrêté en date du 3 décembre 2003, confiant au même collège d'enquêteurs l'enquête administrative qu'il décidait d'ouvrir en application de l'article 37 de la loi sur la police du 26 octobre 1957 (LPol – F 1 05) à l'encontre notamment de M. S. G., commissaire de police.

3. Invité par le collège des enquêteurs à présenter ses observations, M. G. s'est déterminé le 24 février 2004 et il a à cette occasion soulevé une exception d'incompétence ratione materiae du collège des enquêteurs, comme l'avaient fait MM. D., R. et G.. Il a conclu à l'incompétence dudit collège notamment car celui-ci n'avait pas été nommé par le président du département de justice, police et sécurité (ci-après : DJPS) mais par le Conseil d'Etat. Les actes accomplis par ce collège devaient être déclarés nuls. Préalablement, il sollicitait l'apport intégral de la procédure pénale actuellement instruite par M. Esposito (P/5453/2003). Principalement, il demandait qu'il soit constaté qu'aucun manquement aux violations de ses devoirs de service ne pouvait lui être reproché et qu'aucune sanction ou mesure ne pouvait être prononcée à son encontre.

4. Dans des observations datées du 10 mars 2004, le secrétaire-adjoint chargé du domaine judiciaire du DJPS a demandé le rejet des conclusions de M. G..

Le pouvoir d'évocation du Conseil d'Etat, tel qu'il était réglé par les articles 1 à 3 de la loi sur l'exercice des compétences du Conseil d'Etat et l'organisation de l'administration du 16 septembre 1993 (B – 1 – 15) permettait à celui-ci d'ordonner une enquête administrative à l'encontre d'un fonctionnaire de police, même si le texte de l'article 37 alinéa 2 LPol donnait cette compétence au chef du DJPS. Enfin, rien ne l'empêchait de nommer un collège d'enquêteurs pour une mission déterminée de sorte que l'article 28 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA – E 5 10) n'avait pas été violé.

5. Le 18 mars 2004, le collège des enquêteurs a tenu une audience de comparution personnelle des mandataires des parties et dressé un procès-verbal dans lequel il a estimé « n'avoir pas la compétence pour statuer sur sa compétence » et décidé de poursuivre l'enquête en agendant des auditions.

6. Par lettre-signature postée le 2 avril 2004, M. G. a recouru contre cette décision auprès de la Commission de recours des fonctionnaires de police et de la prison (ci-après : CRPP) en concluant préalablement à ce qu'il soit constaté que le recours avait effet suspensif et principalement à l'annulation de la décision rendue le 18 mars 2004 par le collège des enquêteurs.

La CRPP devait en outre constater que le Conseil d'Etat n'était pas compétent ratione materiae pour ordonner l'ouverture d'une enquête générale, puis

- annuler l'arrêté du 16 avril 2003 ;

- annuler l'arrêté du 3 décembre 2003 ;

- constater la nullité des actes accomplis par le collège des enquêteurs.

Par décision présidentielle du 21 avril 2004, il a été constaté que le recours avait effet suspensif en application de l'article 40 alinéa 7 LPol.

Un délai au 15 mai 2004 ayant d'ores et déjà été donné au collège des enquêteurs et au Conseil d'Etat pour se déterminer sur le fond, la CRPP a réservé sa décision.

7. Afin de déterminer la composition de la CRPP, la présidente a écrit au conseil de M. G. le 22 avril 2004 pour connaître le grade et la fonction de celui-ci au moment des faits ainsi qu'à la date de l'arrêté du 3 décembre 2003.

Il lui a été répondu le 27 avril 2004 que M. G. était au 3 décembre 2003 et actuellement encore membre de la police et commissaire.

8. Les 6 et 11 mai 2004, le collège des enquêteurs a persisté dans sa position telle qu'elle ressortait du procès-verbal du 18 mars 2004 précité. Il n'était pas en mesure de se soustraire à l'arrêté du Conseil d'Etat et n'avait aucun pouvoir

décisionnel sur le fond de l'affaire. Il n'en avait pas davantage sur les procédures sur incident.

De plus, les parties avaient disposé, en copie, des rapports rendus dans les enquêtes précédemment confiées audit collège, à savoir les rapports relatifs à MM. Loi et Grunder ainsi que le rapport sur l'enquête générale et l'intégralité des pièces de ces procédures.

9. La responsable des ressources humaines du DJPS a adressé à la CRPP des observations datées du 17 mai 2004 et réceptionnées le 18 mai 2004. Lesdites observations reprenaient pour l'essentiel celles du 10 mars 2004. Il en résultait que le Conseil d'Etat, exerçant un pouvoir de haute surveillance sur la police et sur les fonctionnaires, pouvait via une enquête générale ou particulière procéder à l'audition de témoins dans le cadre de l'article 28 alinéa 1 lettre a LPA. De plus, son pouvoir d'évocation lui permettait en tout temps de se saisir d'un dossier dont l'importance le justifiait et dont la compétence avait été déléguée.

Enfin, selon l'article 123 de la Constitution genevoise du 24 mai 1847 (A – 2 – 00), le Conseil d'Etat pouvait s'adjoindre, comme comité auxiliaire, des commissions nommées temporairement. Rien ne s'opposait à ce qu'il nommât un collège d'enquêteurs composé de personnes extérieures à l'administration.

Le DJPS a conclu au rejet du recours.

10. Les parties ont été entendues en audience de comparution personnelle le 11 juin 2004.

Un secrétaire adjoint et la responsable des ressources humaines du DJPS ont indiqué représenter le Conseil d'Etat, ce dernier ayant redélégué audit département la compétence de traiter ces procédures. En conséquence, ils n'avaient pas apporté de procuration. Ils ont précisé que dans le cadre de la procédure pénale, seul M. D. avait été inculpé. Aucune audience n'avait eu lieu depuis décembre 2003.

11. Au terme de l'audience de comparution personnelle, un délai a été accordé aux parties pour qu'elles se déterminent, ce qu'elles ont fait le 23 juin pour le Conseil d'Etat, le 28 juin pour le DJPS et le 15 juillet pour le recourant.

Elles ont campé sur leur position et maintenu leurs conclusions respectives. Pour justifier l'évocation et la délégation, le Conseil d'Etat a produit le courrier de la commission lui transmettant les recours, courrier muni de coups de tampons comportant les mentions « département rapporteur DJPS » et « département co-rapporteur DF » pour MM. G. et R., ces mentions étant inversées pour MM. D. et G. avec l'indication pour ces derniers d'un changement de rapporteur le 6 mai 2004, le département rapporteur étant dès lors le DJPS, le DF devenant co-rapporteur.

Selon l'écriture du DJPS du 28 juin 2004, si une enquête administrative devait être ordonnée avant le prononcé de certaines sanctions, elle pouvait également l'être dans d'autres cas, notamment pour établir certains faits. Enfin, si aucune sanction n'était envisageable, l'avocat devait informer son client que celui-ci ne courait aucun risque de sorte que l'Etat ne pouvait se voir réclamer des indemnités de procédure pour des frais engagés inutilement.

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

EN DROIT

1. Les fonctionnaires de police sont soumis exclusivement à la LPol (art. 1 al. 4 litt c) de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 – LPAC – B 5 05). Aux conditions prévues à l'article 40 LPol, un recours est ouvert auprès de la CRPP, composée conformément au règlement du 21 mars 1925 (F 1 05.30).

2. Le recours interjeté par M. G. le 2 avril 2004 est dirigé contre les arrêtés du Conseil d'Etat des 16 avril et 3 décembre 2003 et contre la décision du collège des enquêteurs du 18 mars 2004.

Les deux arrêtés sont des décisions prises par une autorité administrative au sens des articles 1er alinéas 2, 4 et 5 litt a) LPA. Comme telles, elles auraient dû indiquer les voies de droit (art. 46 LPA). A défaut, leur notification irrégulière ne peut entraîner aucun préjudice pour les parties. Il en résulte en particulier qu'aucun délai de recours n'a commencé à courir (ACOM/49/2004 du 4 juin 2004).

La nature de la décision incidente prise par le collège des enquêteurs au terme de la comparution personnelle des mandataires le 18 mars 2004 sera examinée ci-dessous.

3. L'arrêté pris par le Conseil d'Etat le 16 avril 2003 ordonnant une enquête sur l'intervention de la police à la gare Cornavin le 29 mars 2003 ne cite aucune disposition légale quelconque. Il ne trouve pas son fondement dans la LPol et ne saurait faire l'objet d'un recours auprès de la commission de céans dont les compétences sont énoncées de manière exhaustive à l'article 40 LPol précité.

La conclusion tendant à son annulation sera donc déclarée irrecevable.

Le recours n'a ainsi pas à être transmis à une autre juridiction administrative, le Conseil d'Etat ne pouvant être autorité de recours de ses propres décisions d'une part et le recours au Tribunal administratif n'étant pas ouvert d'autre part (art. 64 al. 2 a contrario LPA ; art. 56B al. 4 litt a) de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 – LOJ – E 2 05).

L'arrêté du 3 décembre 2003 pris par le Conseil d'Etat et ordonnant l'ouverture d'une enquête administrative à l'encontre de M. G., mentionne uniquement l'article 37 LPol.

A teneur de l'alinéa 2 de cette disposition, « sauf les cas de crime ou de délit, la suspension pour une durée déterminée sans traitement, la rétrogradation au rôle matricule, la dégradation et la révocation ne peuvent être prononcées sans qu'une enquête administrative n'ait été ordonnée par le chef du département ».

4. L'ouverture d'une enquête administrative doit être qualifiée de décision incidente. A teneur de l'article 40 LPol, elle n'est pas susceptible de recours.

Le recours contre une décision incidente n'est ouvert que si ladite décision, à supposer qu'elle soit exécutée, cause un préjudice irréparable à son destinataire (art. 57 litt c) LPA ; ACOM 49/2004 précité ; décision R. du 13 septembre 1995).

La commission de céans en a jugé ainsi, s'agissant d'une suspension provisoire dans les deux cas précités en dépit du silence de l'article 40 LPol mais par respect de l'unité de la procédure.

Le même respect de ce dernier principe devrait pourtant amener la commission à constater qu'aucun recours n'est possible contre l'ouverture ou la clôture d'une enquête administrative, comme l'a jugé le Tribunal administratif à réitérées reprises (ATA/44/2004 du 13 janvier 2004 ; ATA/103/2002 du 19 février 2002 ; ATA/8/2001 du 9 janvier 2001 confirmé par ATF du 24 octobre 2001), de telles décisions pouvant être attaquées avec la décision au fond et n'étant donc pas de nature à causer à l'intéressé un préjudice irréparable (art. 59 litt a) LPA a contrario).

C'est ainsi que, lorsque dans son jugement au fond, le Tribunal administratif constate que l'enquête administrative a été faite en violation de la loi, il déclare nulle la mesure (ATA/107/2003 du 4 mars 2003 concernant un licenciement).

5. Toutefois, jamais jusqu'ici le recourant n'avait allégué que l'autorité ayant ordonné l'enquête administrative était incompétente ratione materiae.

Or, selon un principe général, toute autorité doit examiner d'office sa compétence (art. 11 al. 2 LPA) et se déterminer cas échéant par une décision séparée (art. 87 al. 1 de la loi fédérale sur l'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 – RS 173.110 ; décision sur compétence de la commission de surveillance des offices des poursuites et des faillites du 24 juin 2004, cause E. c/Conseil d'Etat).

Ce principe s'applique non seulement aux juridictions mais également aux autorités administratives, tel le Conseil d'Etat (art. 1er al. 2 et 5 litt a) et 6 litt b) a contrario LPA).

6. Ainsi, lorsque le recourant a soulevé le 24 février 2004 une exception d'incompétence ratione materiae du Conseil d'Etat pour ordonner l'enquête administrative le concernant, en déposant des observations en mains du collège des enquêteurs désigné par ledit Conseil, ce dernier aurait dû se prononcer sur sa propre compétence, sans laisser au DJPS la tâche de plaider le pouvoir d'évocation, comme il l'a fait dans ses observations du 10 mars 2004. Le fait que le DJPS aurait été désigné par le Conseil d'Etat comme département rapporteur pour traiter des recours déposés postérieurement au 18 mars 2004 – selon l'écriture du Conseil d'Etat lui-même du 23 juin 2004 – n'y change rien.

7. Certes, à teneur de l'article 3 de la loi sur l'exercice des compétences du Conseil d'Etat et l'organisation de l'administration du 16 septembre 1993 (LEC – B 1 15), « le Conseil d'Etat peut en tout temps se saisir, le cas échéant pour décision, d'un dossier dont la compétence a été déléguée :

a. lorsque l'importance de l'affaire le justifie,

b. et pour autant qu'il ne s'agisse pas d'une matière où il est autorité de recours ».

Les différents tampons apposés et/ou biffés sur les pièces produites par le Conseil d'Etat attestent des attributions successives aux deux départements, rapporteur et co-rapporteur, au gré des redistributions internes. Ils n'établissent pas que le Conseil d'Etat se serait saisi vu l'importance de l'affaire d'un dossier préalablement délégué, ni quand il l'aurait fait.

D'ailleurs, la compétence conférée au président du DJPS par l'article 37 alinéa 2 LPol résulte clairement de ce texte. Il ne s'agit donc pas d'une procédure déléguée qui pourrait être évoquée.

« Le droit d'évoquer n'existe cependant que si la loi formelle a confié le pouvoir de décision à l'exécutif et si celui-ci a, dans les règles d'organisation interne, lui-même délégué l'exercice du pouvoir de décision, alors même qu'il en conserve la titularité et la responsabilité » (B. KNAPP, Précis de droit administratif, 4^{e} éd., n° 9).

8. L'interprétation faite par le DJPS des articles 3 LEC et 37 alinéa 2 LPol dans ses écritures des 10 mars, 17 mai et 28 juin 2004 méconnaît le fait que le Tribunal fédéral privilégie l'interprétation littérale (ATF 114 Ia 28 ; ATF du 5 mars 2001 – 2A.541/2000 – consid. 4 a) lorsque – comme en l'espèce – le texte est clair.

A suivre le raisonnement proposé par l'intimé, il apparaît que le Conseil d'Etat pourrait tout faire en matière disciplinaire, au motif qu'il nomme et révoque les fonctionnaires.

Force est d'admettre qu'en l'espèce, le Conseil d'Etat ne pouvait pas ordonner une enquête administrative, comme il l'a fait par arrêté du 3 décembre 2003.

9. Reste à déterminer si cette décision incidente, qui peut être attaquée avec la décision au fond, est de nature à causer un préjudice irréparable au recourant. Pour répondre à cette question, il faut préalablement examiner le rôle dévolu au collège des enquêteurs par le Conseil d'Etat.

10. L'article 37 LPol est muet sur la personne de l'enquêteur pouvant être désigné.

La loi ne prévoit pas qu'il doive s'agir d'«un ou plusieurs magistrats ou fonctionnaires, en fonction ou retraités » comme le prescrit l'article 27 LPAC.

Elle n'instaure pas davantage une commission de surveillance chargée d'émettre un préavis, comme c'est le cas pour les notaires (art. 51 de la loi sur le notariat du 25 novembre 1988 – LNot – E 6 05), les architectes (art. 9 et 11 de la loi sur l'exercice des professions d'architecte et d'ingénieur du 17 décembre 1982 – LPAI – L 5 40) ou encore les médecins (art. 105 et 108 al. 2 litt b) de la loi sur les professions de la santé et les établissements médicaux du 11 mai 2001 – LPS – K 3 05).

Elle ne précise pas davantage quel doit être le rôle de l'enquêteur désigné ni s'il doit, au terme de son enquête, émettre un préavis. En l'espèce, le collège des enquêteurs, après avoir établi un premier rapport, a été chargé non seulement d'enquêter sur les actes pouvant être éventuellement reprochés au recourant mais il a de fait été mandaté pour désigner les responsables, alors même qu'en application du principe de la séparation des pouvoirs, un juge d'instruction est en charge de la procédure pénale portant sur les mêmes faits.

En ce sens, ce collège joue le rôle d'organe d'instruction du pouvoir exécutif, comme le Tribunal fédéral l'avait jugé sur recours de droit public dans une cause déjà ancienne, s'agissant de la commission de surveillance des notaires (ATF T. c/Conseil d'Etat genevois du 2 juin 1989 – P. 1349/1987), et comme le dénote l'absence d'indépendance dont ledit collège a fait preuve en écrivant le 6 mai 2004 à la commission de céans n'être pas « en mesure de se soustraire à l'arrêté du Conseil d'Etat ».

Il faut en inférer que le collège des enquêteurs agit en l'espèce comme une autorité administrative.

Il se doit d'appliquer la LPA, de statuer d'office ou sur requête sur sa propre compétence (art. 11 LPA) et d'examiner d'office également les éventuelles causes de récusation prévues par l'article 15 LPA (ATF T. précité).

En refusant de statuer sur sa propre compétence pour les raisons exposées ci-dessus et en convoquant le recourant, le collège a ainsi pris le 18 mars 2004 une décision incidente, qui aurait dû comporter les voie et délai de recours, car cette décision était de nature à causer à l'intéressé un préjudice irréparable. Elle l'a en

effet contraint à constituer un avocat et à affronter une procédure ne reposant sur aucune base légale, tout en demeurant dans la crainte que ladite procédure ne débouche sur une des sanctions les plus graves énoncées à l'article 37 alinéa 2 LPol.

Cette décision n'étant pas assortie des voie et délai de recours, aucun délai de recours n'a commencé à courir, comme indiqué précédemment.

11. Au vu de ce qui précède, la commission de céans ne peut que constater la nullité de l'arrêté du Conseil d'Etat du 3 décembre 2003, prononcé par une autorité incompétente, entraînant de facto la nullité de la décision du collège des enquêteurs du 18 mars 2004. En effet, en matière d'incompétence matérielle de l'autorité qui a pris la décision viciée, la sanction est la nullité (ATF 114 V 319 consid. 4 b) ; ATA/195/2002 du 23 avril 2002).

La constatation de la nullité d'une décision a un effet rétroactif, en ce sens que l'acte est censé ne jamais avoir existé (P. MOOR, Droit administratif, vol. II 2002, n° 2.3.1.2). L'administré qui refuse de s'y plier ne commet aucune violation du droit (B. KNAPP, Précis de droit administratif, 1991, p. 259).

12. Dans la mesure où il est dirigé contre l'arrêté du Conseil d'Etat du 16 avril 2003, le recours sera déclaré irrecevable car il n'entre pas dans les compétences de la commission de céans, énoncées de manière exhaustive par l'article 40 LPol.

Le recours sera en revanche admis dans la mesure où il vise l'arrêté du Conseil d'Etat du 3 décembre 2003 et la décision du collège des enquêteurs du 18 mars 2004, tous deux nuls.

13. Vu l'issue du litige il ne sera pas perçu d'émolument. Une indemnité de procédure de CHF 5'000.- sera allouée au recourant, à charge de l'Etat de Genève (art. 87 LPA ; art. 10 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités de procédure administrative du 30 juillet 1986 – E 5 10.03).

* * * * *

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

déclare irrecevable le recours interjeté par M. S. G. le 2 avril 2004 dans la mesure où il est dirigé contre l'arrêté du Conseil d'Etat du 16 avril 2003 ;

à la forme :

déclare recevable ledit recours en tant qu'il vise l'arrêté du Conseil d'Etat du 3 décembre 2003 et la décision du collège des enquêteurs du 18 mars 2004 ;

au fond :

l'admet ;

constate la nullité de l'arrêté du Conseil d'Etat du 3 décembre 2003 et de la décision du collège des enquêteurs du 18 mars 2004 ;

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

alloue au recourant une indemnité de procédure de CHF 5'000.- à charge de l'Etat de Genève ;

communique la présente décision à Me Lorella Bertani, avocate du recourant, au Conseil d'Etat, au collège des enquêteurs soit pour lui sa présidente, Madame Laura Jacquemoud-Rossari, juge à la Cour de Justice ainsi que pour information à Monsieur Stéphane Esposito, juge d'instruction et au département de justice, police et sécurité.

Siégeants :

Mme E. Hurni, présidente, MM. Perren, Rebord, membres

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

la greffière :	la présidente :
C. Barnaoui-Blatter	E. Hurni

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :