

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1269/2013-FPUBL

ATA/593/2013

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 9 septembre 2013

sur mesures provisionnelles

dans la cause

Monsieur X_____

représenté par Me Daniel Meyer, avocat

contre

DÉPARTEMENT DE LA SÉCURITÉ

EN FAIT

1. Monsieur X_____ a été engagé en qualité de directeur du service de probation et d'insertion le _____ 2010.
2. Par courrier du 23 décembre 2011, la secrétaire général du département de la sécurité, de la police et de l'environnement, devenu depuis lors département de la sécurité (ci-après : DS) a confirmé à M. X_____ qu'il dirigerait, pour une durée de six mois ad intérim le centre éducatif de détention et d'observation de A_____ (ci-après : A_____).
3. Cet engagement a été prolongé, le 26 juin 2012, jusqu'au 31 décembre 2012.
4. Le 3 décembre 2012, M. X_____ a été convoqué par la directrice de l'office pénitentiaire (ci-après : OFPEN) pour un entretien de service fixé au 18 décembre 2012, entretien qui aurait pour objet les prestations insuffisantes de l'intéressé, à savoir notamment le fait qu'il n'avait pas rédigé la directive sur la gestion des clés dans les délais requis et qu'il ne s'était pas assuré de la mise en œuvre rapide et indispensable et de l'exécution de travaux au sein de A_____, tel que le changement de cylindre de certaines portes de l'établissement, comme cela le lui avait été demandé. Il était immédiatement libéré de son obligation de travailler.
5. L'entretien de service a eu lieu le 18 décembre 2012.
6. La directrice générale de l'OPFEN a résumé les faits reprochés à M. X_____. Une triple évation avait eu lieu le 16 août 2012 et, le lendemain, l'OPFEN avait transmis les mesures correctives qui devaient être prises dans les meilleurs délais, notamment le remplacement de neuf cylindres et la finalisation d'une directive stricte sur l'utilisation des clés. M. X_____ avait été absent à 100% durant le mois d'août 2012 et à 50% pendant la première moitié du mois de septembre 2012 pour cause de maladie. Il avait été informé par ses collaborateurs des instructions lors de sa reprise de travail. Le maître socio-professionnel responsable de la maintenance de A_____, chargé de l'exécution du remplacement des neuf cylindres, avait été en vacances du 7 au 28 septembre et en arrêt maladie du 8 au 14 octobre, ainsi que d'un congé spécial les 7 et 8 novembre et d'un congé pour reprise d'heures supplémentaires pendant plusieurs jours au cours du mois de novembre 2012.

M. X_____ avait demandé au responsable logistique de l'OPFEN de rédiger la directive, ce que cette personne avait refusé. Le 29 octobre 2012, il avait été constaté que ces nouveaux cylindres n'étaient pas posés et que la directive

n'était pas élaborée. Une nouvelle évacion avait eu lieu le 11 novembre 2012 avec un *modus operandi* similaire à celle du 16 août 2012.

Les cylindres avaient été changés le 12 novembre 2012 par une entreprise, les travaux finalisés quelques jours après par des mesures correctives. La directive avait été transmise le 26 novembre 2012 par M. X_____, mais elle s'était révélée lacunaire et avait été mise au point avec l'équipe de A_____ après la suspension de l'intéressé.

M. X_____ a maintenu que sa directive n'était pas lacunaire et qu'elle avait été transmise dès que les cylindres avaient été changés. Des demandes de travaux avaient été formulées dès mars 2012 et il avait été envisagé que A_____ déménage à Favra. Le rehaussement de murs avait été effectué et le changement de cylindres avait alors été demandé. Les neuf cylindres, dont deux qui ne fonctionnaient pas, avaient été livrés le 10 septembre 2012 et devaient être mis en place par un membre du personnel de A_____, lequel avait été en vacances et malade. Une collaboratrice, qui avait été prise en otage lors de l'évasion du 11 novembre 2012, n'avait pas respecté la directive selon laquelle les collaborateurs ne pouvaient pas donner seul des médicaments à des détenus mais devaient se faire accompagner par un gardien. De plus, l'intéressé avait dû reprendre la direction de l'établissement dans l'urgence et une confusion certaine y régnait. Il n'avait pas demandé à aller à A_____ mais y avait été affecté car il avait les qualifications nécessaires, que la personne engagée avant lui ne possédait pas.

Au terme de l'entretien, la direction du service pénitentiaire a indiqué qu'elle envisageait de mettre un terme aux rapports de service pour motif fondé et que, dans cette hypothèse, une procédure de reclassement serait mise en œuvre.

7. Le 16 janvier 2013, M. X_____ a transmis au DS ses observations concernant le procès-verbal de l'entretien. Il reprenait en grande ligne sa carrière, ainsi que les conditions de son arrivée à A_____, détaillait les événements du 11 novembre 2012, la situation actuelle et son état de santé.
8. Le 24 janvier 2013, le DS a informé M. X_____ de l'ouverture d'une procédure de reclassement.
9. Le 20 février 2013, M. X_____, par la plume de son conseil, s'est adressé au Conseiller d'Etat en charge du DS. Les reproches qui lui étaient fait, au demeurant infondés, relevaient plus de prétendues violations de devoirs de service que de prestations insuffisantes. Ils auraient dû entraîner une sanction disciplinaire et non une procédure de reclassement dans le cadre d'une procédure de licenciement. L'intéressé s'était vu promettre, s'il acceptait le poste de directeur *ad intérim* de A_____, de pouvoir réintégrer dès la fin de sa mission son poste de directeur du service de probation et d'insertion. Il devait être autorisé à le faire, ce d'autant qu'aucun reproche ne lui avait été fait lorsqu'il exerçait cette fonction.

10. Le 6 mars 2013, le Conseiller d'Etat a répondu à M. X_____. Il n'entendait pas interférer dans la procédure de reclassement. Une réintégration dans sa fonction de directeur au service de probation et d'insertion apparaissait exclue, vu les événements qui s'étaient produits.

11. Le 22 avril 2013, M. X_____ a saisi la chambre administrative d'un recours, concluant à ce que cette dernière « annule la décision rendue le 6 mars 2013 par le département de la sécurité » et ordonne sa réintégration au poste de directeur du service de probation et d'insertion.

Le courrier du 6 avril refusait de le réintégrer à son poste. Il était sujet à recours, dès lors qu'il refusait un changement d'affectation pourtant promis. M. X_____ avait accepté un poste *ad intérim* après avoir reçu des garanties fermes et univoques que l'administration devait être condamnée à respecter. Sa hiérarchie tentait de tirer avantage de ses propres insuffisances et de le sanctionner indûment. Le refus de réintégration constituait de plus une sanction déguisée.

12. Le 7 juin 2013, le département a conclu principalement à l'irrecevabilité du recours, subsidiairement à son rejet. La lettre du 6 mars constituait une information et n'avait pas pour objet de régler la situation juridique de l'intéressé. Elle lui indiquait qu'il ne réintégrerait a priori pas les fonctions qui étaient les siennes au sein du service de probation et d'insertion.

Les conditions nécessaires à l'application du principe de la bonne foi n'étaient pas remplies en l'espèce, en particulier celles concernant l'existence d'un préjudice, M. X_____ continuant à percevoir les avantages de son statut de membre du personnel de l'Etat de Genève.

Si le courrier litigieux devait être qualifié de décision incidente, le recours devait aussi être déclaré irrecevable, car ne causant pas de préjudice irréparable.

Quant au fond, les reproches faits à l'intéressé et la procédure en cours interdisait de le réintégrer dans son ancien poste, tant à cause de son comportement que de sa gestion désastreuse de la situation.

13. Par courrier du 11 juin 2013, le juge délégué à l'instruction de la cause a interpellé les parties afin de savoir si une comparution personnelle pouvait être organisée durant la période estivale, ce qui n'a pas été possible.

14. Le 24 juin 2013, M. X_____ a demandé à pouvoir dupliquer.

D'autre part, il a saisi la chambre administrative d'une requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles, concluant à ce qu'il soit ordonné au département de la sécurité de suspendre la procédure de reclassement, respectivement celle de résiliation des rapports de service, jusqu'à droit connu sur le recours.

A défaut, il subirait un dommage irréparable dès lors que l'autorité ne pouvait ordonner sa réintégration en cas de recours, si la résiliation du contrat de travail était prononcée.

Il avait été informé le 1^{er} mai 2013 du fait que la procédure de reclassement s'était achevée à la fin du mois d'avril, sans succès, et qu'une décision de résiliation des rapports de service allait intervenir. La procédure de reclassement avait toutefois été prolongée, à sa demande, jusqu'au 30 juin 2013.

15. Le 27 juin 2013, la chambre administrative a transmis cette requête au département en lui fixant un délai pour transmettre sa détermination, et en lui faisant interdiction de mettre fin à la procédure de reclassement jusqu'à droit connu sur ladite requête.

16. Le 5 juillet 2013, le département a conclu à ce que la requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles soit déclarée irrecevable, subsidiairement à ce qu'elle soit rejetée.

La requête était en lien avec le recours du 22 avril 2013, qui lui-même devait être déclaré irrecevable. Quant au fond, il avait été démontré que le courrier du 6 mars 2013 n'était pas une décision. Il serait choquant qu'un simple courrier adressé à un collaborateur soit considéré comme une décision permettant d'accorder un effet suspensif, bloquant la procédure de licenciement pour plusieurs mois.

17. Le 18 juillet 2013, exerçant son droit à la réplique, M. X_____ a maintenu ses conclusions, seul moyen proportionné permettant de parer à la survenance d'un dommage irréparable lié à la résiliation du contrat de travail. Toute autre décision aurait pour objet de rendre le recours sans objet. M. X_____ était actuellement en incapacité de travail, la suspension de la procédure de reclassement n'avait pas de conséquences financières pour le canton.

18. Les parties ont alors été informées que la cause était gardée à juger en ce qu'elle concernait la requête de mesures provisionnelles.

EN DROIT

1. La compétence pour ordonner, d'office ou sur requête, des mesures provisionnelles en lien avec un recours appartient au président de la chambre administrative (art. 21 al. 1 et 11. 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 ; art. 7 ch. 1 du règlement interne de la chambre administrative du 21 décembre 2010).

2. Les mesures provisionnelles ont pour objet de régler transitoirement la situation jusqu'à ce que soit prise la décision finale avec pour objectif que le régime qui sera définitivement établi par la décision finale ne soit pas par avance privé d'effet (P. MOOR/E. POLTIER, op. cit., n. 2.2.6.8 p. 305-306 ; T. TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, n. 842 p. 289).

Au-delà du respect du principe de proportionnalité, plusieurs conditions doivent être réunies pour le prononcé de mesures provisionnelles. Il doit y avoir des motifs objectivement fondés qui les justifient, soit un intérêt important gravement compromis par le maintien de la situation existante ou la gravité possible des effets d'une non-intervention ou l'urgence à agir (ATF/125 II 613 ; P. MOOR/ E. POLTIER, op. cit., n. 2.2.6.8 p. 308). Un pronostic sur les chances de succès du recours doit être formulé. Plus la décision finale sera complexe à prendre, plus l'autorité devra faire preuve de retenue si la décision provisionnelle déploie des effets formateurs (ATF 127 II 132, RDAF 2002 I 405 ; P. MOOR/ E.POLTIER, op. cit., n° 2.2.6.8 p. 308). L'autorité doit éviter que la mesure provisionnelle ne préjuge de la décision finale en créant par son propre effet une situation irréversible qui rende vaine l'issue du recours, ou porte une atteinte excessive à des intérêts opposés (P. MOOR/E. POLTIER, op. cit., n. 2.2.6.8 p. 308 ; I. HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess in RDS 1997 II p. 322). Enfin, l'autorité qui prend la décision doit rester dans le cadre de ses attributions, c'est-à-dire ne pas outrepasser sa compétence ou les autres limites mises à son pouvoir de décision (RDAF 1995 451 ; RDAF 1999 I 100 ; P. MOOR/E. POLTIER, op. cit., n. 2.2.6.8 p. 308). 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 (I. HAENER, Vorsorgliche Massnahmen in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, RDS 1997 II 253-420, 265).

3. a. En l'espèce, le recours n'apparaît pas, à première vue, manifestement irrecevable. La lettre du 6 mars 2013 refuse de réintégrer l'intéressé dans son poste antérieur, alors que l'instruction de la procédure pourrait amener à admettre que l'autorité s'était engagée à lui permettre de le reprendre, au terme de la période d'intérim à A_____. Dans cette hypothèse, il ne s'agirait pas d'une information, mais d'une décision au sens de l'art. 4 al. 1 LPA.

b. L'intérêt privé du recourant à ce que des mesures provisionnelles soient prononcées est évident : à défaut, un licenciement pourrait être notifié, lequel ne peut être annulé par la chambre administrative. Il doit toutefois être relativisé pour tenir compte du fait que la procédure dont M. X_____ demande la suspension ne serait pas modifiée, ni définitivement interrompue, par une réintégration dans son ancien poste. Rien n'indique en effet que les insuffisances de prestations alléguées par l'employeur disparaîtraient si le recourant était réintégré dans son ancienne

fonction, et ce même en tenant compte du fait qu'à l'époque, il donnait satisfaction à ses supérieurs.

c. L'intérêt public à ce que la procédure de reclassement ne soit pas interrompue est certain. L'Etat ne doit pas rémunérer un fonctionnaire ne donnant pas satisfaction et ne peut confier un poste à une personne qui n'a pas, ou plus, les capacités de le remplir. Or, un tel risque existerait lorsque la santé de M. X_____ lui permettra de reprendre le travail ou que les éventuels délais de protection seront échus.

d. Les chances de succès du recours ne sont pas évidentes. Il est en effet douteux que la chambre administrative puisse ordonner la réintégration d'un fonctionnaire dans un poste, en se fondant sur le principe de la bonne foi, alors que, lorsqu'elle constate qu'un licenciement est contraire au droit, le législateur ne l'a autorisée qu'à proposer une réintégration et, en cas de refus, à accorder une indemnité à la personne concernée.

3. Procédant à une pesée entre les éléments qui précède, la chambre administrative refusera d'ordonner les mesures provisionnelles sollicitées par M. X_____.

Le sort des frais de la présente décision, rendue en application de l'art. 7 al. 1 du règlement de la chambre administrative du 21 décembre 2010, sera tranché dans l'arrêt à rendre au fond.

PAR CES MOTIFS

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

refuse d'ordonner des mesures provisionnelle dans le cadre du recours de Monsieur X_____ ;

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 ;

communiqué la présente décision, en copie, à Me Daniel Meyer, avocat du recourant, ainsi qu'au département de la sécurité.

Le président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :