RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3666/2020-DIV **ATA/144/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 9 février 2021

dans la cause

Monsieur A_____
représenté par Me Yaël Hayat, avocate

contre

CONSEIL D'ÉTAT

EN FAIT

1) Monsieur A_____ a été élu au Conseil d'État genevois lors d'une élection partielle le 17 juin 2012, par 40'966 voix. Dix jours plus tard, il a, dans le cadre de la répartition des départements, pris la tête du département de la sécurité (ci-après : DS).

2) Le 10 novembre 2013, M. A_____ a été réélu au deuxième tour, par 59'057 voix. Suite à la répartition des départements, il a pris la tête du département de la sécurité et de l'économie (ci-après : DSE).

3) Le 15 avril 2018, M. A_____ a été le seul candidat en lice à être réélu au premier tour, par 50'180 voix. Lors de la répartition des départements, il a été désigné président du Conseil d'État. Il a poursuivi son activité en tant que chef du DS du 1er juin 2018 au 31 janvier 2019.

4) Le 30 août 2018, le Ministère public a indiqué avoir été conduit à ouvrir formellement une instruction contre le chef de cabinet de M. A_____ et à souhaiter entendre ce dernier en qualité de prévenu d'acceptation d'un avantage, raison pour laquelle il demandait au Grand Conseil l'autorisation de pouvoir poursuivre M. A_____ pénalement, autorisation accordée le 20 septembre 2018.

5) Le 13 septembre 2018, le Conseil d'État a désigné comme nouveau président du Conseil d'État Monsieur B_____, en remplacement de M. A_____.

6) Le 31 janvier 2019, le Conseil d'État a décidé de créer un nouveau département de la sécurité, de l'emploi et de la santé (ci-après : DSES), avec pour titulaire Monsieur C_____, ainsi qu'un nouveau département du développement économique (ci-après : DDE), avec pour titulaire M. A_____. Ce département comprenait la direction générale du développement économique, de la recherche et de l'innovation (ci-après : DG-DERI).

7) Constatant une hausse du taux d'absence des collaborateurs à la DG-DERI entre mai 2019 et avril 2020, l'office du personnel de l'État (ci-après : OPE) a décidé, à une date indéterminée en 2020, de confier à Madame D_____, consultante en organisation, un mandat de diagnostic de cette entité afin de comprendre les causes de cet absentéisme.

8) Mme D_____ a rencontré M. A_____ le 7 octobre 2020, et différents collaborateurs de la DG-DERI à partir du 14 octobre 2020.

9) Le 20 octobre 2020, Mme D_____ a remis au directeur général de l'OPE un rapport intermédiaire avec la remarque suivante en page 3 : « Au vu de mon expérience professionnelle et prenant en considération l'extrême gravité des propos recueillis au cours de dix-huit entretiens, des risques encourus par les collaborateurs et des issues fatales craintes par plus de la moitié d'entre eux, j'ai pris, en pleine conscience, la décision d'en informer mon mandant, [le] directeur général de l'OPE (…) ».

10) Le 27 octobre 2020 au soir a eu lieu une rencontre entre Mme D_____, Madame E_____, conseillère d'État en charge du département des finances et notamment de l'OPE, Monsieur F_____, directeur général de l'OPE, et M. A_____, afin que la première nommée présente son rapport, ses constatations et ses conclusions notamment à M. A_____. Ce dernier a reçu une copie dudit rapport, qu'il a gardée jusqu'au lendemain.

11) Le 28 octobre 2020, lors de la séance hebdomadaire du Conseil d'État, Mme D_____ a présenté son rapport en compagnie de M. F_____. Ce point a fait l'objet d'une discussion à laquelle M. A_____ a pris part.

Après délibération, le Conseil d'État a adopté un extrait de procès-verbal ainsi qu'un arrêté de répartition provisoire des départements entre les membres du Conseil d'État. Il résulte de cet arrêté, publié dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) du 29 octobre 2020, que M. A_____ n'est plus titulaire d'aucun département, ne demeurant plus que suppléant du département de la cohésion sociale (ci-après : DCS). Ledit arrêté indique à son art. 3 qu'il « entre en vigueur immédiatement et a effet jusqu'à nouvelle décision du Conseil d'État. Il est exécutoire nonobstant recours ». M. A_____ a fait noter au procès-verbal son opposition à l'adoption de l'extrait de procès-verbal et de l'arrêté.

Le point presse du Conseil d'État du 28 octobre 2020 contient un point intitulé « S'appuyant sur les premières conclusions d'une expertise externe de ressources humaines, le Conseil d'État transfère provisoirement la responsabilité du DDE de M. A_____ à Mme E_____ ».

12) Le 1er novembre 2020, M. A_____ a fait parvenir au Conseil d'État – qui l'a reçue le 5 novembre 2020 – sa lettre de démission, selon laquelle celle-ci prendrait effet le jour de la prestation de serment de la personne qui lui succéderait au sein du Conseil d'État.

13) Par acte posté le 9 novembre et reçu le 13 novembre 2020, M. A_____ a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre « la décision du Conseil d'État du 28 octobre 2020 [lui] retirant la responsabilité du DDE », concluant préalablement à ce que l'effet suspensif au recours soit constaté et subsidiairement restitué, et

principalement au constat de la nullité de la décision attaquée, subsidiairement à son annulation, ainsi qu'à l'octroi d'une indemnité de procédure.

Il a joint en tant que décision attaquée un tirage du point presse du Conseil d'État du 28 octobre 2020, et a déclaré n'avoir « reçu aucune décision motivée à cet égard ».

Le point presse joint était la seule matérialisation de la décision attaquée, et constituait bien une décision selon une jurisprudence rendue en 2013 par le Tribunal cantonal neuchâtelois dans un arrêt « confirmé par le Tribunal fédéral ».

Son droit d'être entendu avait été violé, car il n'avait pas été interpellé avant que la décision le concernant ne soit prise. Il n'avait eu connaissance du « rapport » que la veille au soir de la séance lors de laquelle la décision avait été prise, ce qui était insuffisant.

La privation complète de la direction de son département vidait sa fonction d'élu de l'essentiel de ses prérogatives, ce qui portait atteinte aux obligations de l'État résultant de l'élection. Une telle décision violait le principe de collégialité, qui supposait l'égalité entre les différents membres du collège, ainsi que la séparation des pouvoirs puisqu'elle privait d'effet le verdict populaire.

En raison des graves vices dont elle était affectée, la décision attaquée devait être déclarée nulle.

La procédure a été enregistrée sous numéro de cause A/3666/2020.

14) Le 11 novembre 2020, le Conseil d'État a fixé la date du premier tour de l'élection complémentaire au 7 mars 2021 et celle du second tour au 28 mars 2021.

15) Le 12 novembre 2020, Mme D_____ a rendu son rapport définitif. Celui-ci compile les entretiens menés avec seize personnes supplémentaires, et confirme les conclusions du rapport intermédiaire.

16) Le 23 novembre 2020, le Conseil d'État a conclu au rejet de la demande de restitution de l'effet suspensif.

17) Le 30 novembre 2020, M. A_____ a persisté dans ses conclusions concernant l'effet suspensif.

18) Le 3 décembre 2020, M. A_____ a transmis à la chambre administrative un courrier que lui avait adressé le Conseil d'État le 2 décembre 2020, selon lequel une expertise plus approfondie sur le fonctionnement du DDE allait être ordonnée et mise en œuvre à bref délai, avec pour objet l'examen du fonctionnement du DDE de janvier 2019 à ce jour, et la détermination des facteurs ayant conduit au

diagnostic matérialisé par le rapport de Mme D_____. Il était invité à faire valoir ses observations écrites au plus tard le 7 décembre 2020 à 12h00.

19) Par arrêt du 8 décembre 2020 (ATA/1230/2020), la présidence de la chambre administrative a rejeté la demande de mesures provisionnelles (restitution de l'effet suspensif) dans la procédure A/3666/2020.

20) Par extrait de procès-verbal du 9 décembre 2020, le Conseil d'État a décidé de confier à Monsieur G_____, ancien juge au Tribunal fédéral, un mandat d'expertise du fonctionnement du DDE. Le périmètre de l'expertise était défini comme suit : a. examen du fonctionnement du DDE depuis janvier 2019 jusqu'au 9 décembre 2020, b. détermination des facteurs ayant conduit au diagnostic matérialisé par le rapport de Mme D_____, et c. recommandations pour l'organisation et la gestion future du département, y compris de la DG-DERI.

L'arrêté du 28 octobre 2020 avait été pris à titre de mesure urgente. Le rapport de la consultante n'était toutefois pas une « enquête administrative », n'était pas dirigé contre une personne en particulier et n'avait pas pour but la prise d'une décision. Les problèmes organisationnels, managériaux et relationnels relevés dans ce rapport méritaient d'être examinés dans une perspective plus globale. Le rapport de la consultante et la future expertise étaient ainsi des analyses complémentaires, mais poursuivant des objectifs différents.

21) Par arrêté du même jour, soit du 9 décembre 2020, déclaré exécutoire nonobstant recours, le Conseil d'État a maintenu la répartition des départements adoptée le 28 octobre 2020.

Selon l'art. 2 dudit arrêté, ce dernier annulait et remplaçait celui du 28 octobre 2020.

22) Le 11 décembre 2020, le Conseil d'État a conclu principalement à l'irrecevabilité du recours dans la cause A/3666/2020, subsidiairement à son rejet.

Jusqu'à l'adoption de l'arrêté du 28 octobre 2020, M. A_____ avait été intégré dans les différentes étapes de la démarche ainsi que dans les délibérations et discussions du collège, en lui laissant autant de temps que possible, au vu de l'urgence de la situation, pour se positionner. Il s'était vu offrir la possibilité de se déterminer à trois reprises. Le respect du droit d'être entendu de l'intéressé était donc allé au-delà de ce que prévoyait la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10) dans les situations d'urgence.

La décision de retirer à M. A_____ la présidence du DDE respectait le principe de la légalité, le Conseil d'État étant compétent pour organiser l'administration cantonale en départements et la diriger, et étant tenu de protéger la santé et la personnalité des collaborateurs de l'administration cantonale.

S'agissant du respect du principe de la proportionnalité, au vu des conclusions et recommandations émises dans le rapport de diagnostic intermédiaire de Mme D_____, une action de l'employeur était indispensable. Dans l'urgence et sans être à même de comprendre à ce stade l'origine exacte de la situation, la mesure que le Conseil d'État avait estimée apte à sauvegarder les intérêts des collaborateurs était un transfert de la responsabilité du DDE à un autre magistrat, et aucune mesure moins incisive n'avait pu être envisagée. Par ailleurs, M. A_____ continuait à siéger au sein du collège et à participer à la prise de décisions au même titre que ses pairs. Enfin, la mise en balance des intérêts en jeu, conformément au sous-principe de proportionnalité au sens étroit, conduisait à privilégier la protection des collaborateurs.

La situation du DDE telle que présentée par Mme D_____ justifiait en outre un traitement différencié entre le DDE et les autres départements. La décision attaquée n'était pas arbitraire et ne pouvait en aucun cas être tenue pour nulle.

23) Le 14 décembre 2020, le juge délégué a fixé aux parties un délai au 8 janvier 2021 pour formuler toutes requêtes ou observations complémentaires, après quoi la cause A/3666/2020 serait gardée à juger.

24) Par acte posté le 21 décembre 2020 et reçu le 5 janvier 2021 par la chambre administrative, M. A_____ a interjeté recours contre « la seconde décision [lui] retirant la responsabilité du DDE », concluant préalablement à la jonction de la procédure avec la cause A/3666/2020, à l'appel en cause de M. G_____, au constat de l'effet suspensif du recours (subsidiairement à sa restitution), et principalement au constat de la nullité de la décision attaquée, subsidiairement à son annulation, ainsi qu'à l'octroi d'une indemnité de procédure.

La procédure a été enregistrée sous numéro de cause A/4418/2020.

25) Le 8 janvier 2021, le Conseil d'État a indiqué ne pas avoir de requêtes ni d'observations à formuler dans la cause A/3666/2020.

26) Le 8 janvier 2021 également, M. A_____ a persisté dans ses conclusions. Au besoin, dès lors que le Conseil d'État semblait remettre en cause son intérêt au recours, il concluait au constat de l'illicéité de la décision attaquée. Il avait également conclu dans son recours du 21 décembre 2020 à la jonction des deux procédures.

EN DROIT

1) Interjeté en temps utile, le recours est recevable de ce point de vue (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a LPA) ; la question de la compétence de la chambre de céans pouvant souffrir de demeurer indécise en raison de ce qui suit.

2) Le recourant conclut préalablement à la jonction de la présente cause avec la procédure A/4418/2020, introduite le 21 décembre 2020 auprès de la chambre administrative.

a. Selon l'art. 70 LPA, l'autorité peut d'office ou sur requête, joindre en une procédure des affaires qui se rapportent à une situation identique ou une cause juridique commune (al. 1). La jonction n'est toutefois pas ordonnée si la première procédure est en état d'être jugée alors que la ou les autres procédures viennent d'être introduites (al. 2).

b. En l'espèce, les deux causes concernent les mêmes parties et se rapportent à un complexe de faits connexe. Toutefois, la présente cause est gardée à juger depuis le 8 janvier 2021, tandis que l'instruction de la cause A/4418/2020 n'est pas terminée, si bien qu'il n'y a pas lieu de joindre les deux procédures, résultat qui s'impose d'autant plus au vu des considérants qui suivent.

3) a. À teneur de l'art. 60 let. a et b LPA, les parties à la procédure qui a abouti à la décision attaquée et toute personne qui est touchée directement par une décision et a un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée, sont titulaires de la qualité pour recourir (ATA/805/2020 du 25 août 2020). Un intérêt digne de protection suppose un intérêt actuel à obtenir l'annulation de la décision attaquée (ATF 138 II 42 consid. 1 ; 137 I 23 consid. 1.3). L'existence d'un intérêt actuel s'apprécie non seulement au moment du dépôt du recours, mais aussi lors du prononcé de la décision sur recours (ATF 142 I 135 consid. 1.3.1 ; 137 I 296 consid. 4.2) ; si l'intérêt s'éteint pendant la procédure, le recours, devenu sans objet, doit être simplement radié du rôle ou déclaré irrecevable (ATF 142 I 135 consid. 1.3.1).

Un intérêt actuel et pratique fait en particulier défaut lorsque l'acte de l'autorité a été exécuté (ATF 125 I 394 consid. 4) ou a perdu son objet ou encore lorsque l'admission du recours ne permettrait pas la réparation du préjudice subi (arrêt du Tribunal fédéral 2C_863/2019 du 14 avril 2020 consid. 3.2). De cette manière, les tribunaux sont assurés de trancher uniquement des questions concrètes et non de prendre des décisions à caractère théorique, ce qui répond à un souci d'économie de procédure (ATF 136 I 274 consid. 1.3 ; ATA/1094/2020 du 3 novembre 2020 consid. 2 ; ATA/373/2018 du 24 avril 2018).

b. Dès le dépôt du recours, le pouvoir de traiter l'affaire qui en est l'objet passe à l'autorité de recours (art. 67 al. 1 LPA). Selon l'art. 67 al. 2 LPA, l'autorité de première instance peut, en cours de procédure, reconsidérer ou retirer sa décision. En pareil cas, elle notifie, sans délai, sa nouvelle décision aux parties et en donne connaissance à l'autorité de recours. Cette dernière continue à traiter le recours dans la mesure où la nouvelle décision ne l'a pas rendu sans objet (art. 67 al. 3 LPA). La juridiction administrative chargée de statuer est liée par les conclusions des parties, à l'exclusion des motifs qu'elles invoquent (art. 69 al. 1 LPA).

4) a. Les décisions incidentes ne sont susceptibles de recours que 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 (art. 57 let. c LPA).

b. L'art. 57 let. c LPA a la même teneur que l'art. 93 al. 1 let. a et b de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110). Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, le préjudice irréparable suppose que la recourante ou le recourant ait un intérêt digne de protection à ce que la décision attaquée soit immédiatement annulée ou modifiée (ATF 127 II 132 consid. 2a ; 126 V 244 consid. 2c). Un préjudice est irréparable lorsqu'il ne peut être ultérieurement réparé par une décision finale entièrement favorable à la recourante ou au recourant (ATF 138 III 46 consid. 1.2 ; 134 III 188 consid. 2.1 et 2.2). Un intérêt économique ou un intérêt tiré du principe de l'économie de la procédure peut constituer un tel préjudice (ATF 127 II 132 consid. 2a ; 126 V 244 consid. 2c). Le simple fait d'avoir à subir une procédure et les inconvénients qui y sont liés ne constitue toutefois pas en soi un préjudice irréparable (ATF 133 IV 139 consid. 4 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_149/2008 du 12 août 2008 consid. 2.1). Un dommage de pur fait, tel que la prolongation de la procédure ou un accroissement des frais de celle-ci, n'est notamment pas considéré comme un dommage irréparable de ce point de vue (ATF 133 IV 139 consid. 4 ; 131 I 57 consid. 1).

La chambre administrative a précisé à plusieurs reprises que l'art. 57 let. c LPA devait être interprété à la lumière de ces principes (ATA/1832/2019 du 17 décembre 2019 consid. 4 ; ATA/1362/2019 du 10 septembre 2019 consid. 6c ; cette interprétation est critiquée par certains auteurs qui l'estiment trop restrictive (Stéphane GRODECKI/Romain JORDAN, Code annoté de procédure administrative genevoise, 2017, n. 659 ss ad art. 57 LPA ; Stéphane GRODECKI/Romain JORDAN, Questions choisies de procédure administrative, SJ 2014 II p. 458 ss), mais a néanmoins été confirmée par le Tribunal fédéral (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1156/2018 du 12 juillet 2019 consid. 4.3 et les arrêts cités).

c. Lorsqu'il n'est pas évident que la recourante ou le recourant soit exposé à un préjudice irréparable, il lui incombe d'expliquer dans son recours en quoi elle ou il serait exposé à un tel préjudice et de démontrer ainsi que les conditions de recevabilité de son recours sont réunies (ATF 136 IV 92 consid. 4).

d. En droit de la fonction publique, la chambre de céans a jugé que le fait que la ou le membre du personnel conserve son traitement pendant sa libération de l'obligation de travailler excluait une quelconque atteinte à ses intérêts économiques, et n'était en soi pas susceptible de causer un préjudice irréparable puisqu'une décision finale entièrement favorable à la recourante ou au recourant permettrait de la réparer (ATA/231/2017 du 22 février 2017 consid. 4 et 5).

e. La seconde hypothèse de l'art. 57 let. c LPA suppose cumulativement que l'instance saisie puisse mettre fin une fois pour toutes à la procédure en jugeant différemment la question tranchée dans la décision préjudicielle ou incidente et que la décision finale immédiate qui pourrait ainsi être rendue permette d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (ATF 133 III 629 consid. 2.4.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_413/2018 du 26 septembre 2018 consid. 3).

5) En l'espèce, le recourant indique attaquer une décision immatérielle du Conseil d'État, et a produit en annexe à son acte de recours un extrait du point de presse du Conseil d'État du 28 octobre 2020. On ne peut toutefois souscrire à la théorie selon laquelle il existerait une décision « immatérielle » et non écrite dont l'arrêté du 28 octobre 2020 de répartition provisoire des départements entre les membres du Conseil d'État ne serait qu'une mesure d'exécution. L'acte attaqué ne peut être que l'arrêté en question.

Ce dernier ayant été annulé et remplacé par celui du 9 décembre 2020 – lequel fait l'objet de la procédure A/4418/2020 actuellement pendante devant la chambre de céans –, la présente procédure est devenue sans objet, ce qui entraîne l'irrecevabilité du recours.

Quand bien même tel ne serait-ce pas le cas, et dût-on qualifier l'arrêté attaqué de décision et non d'acte d'organisation interne – question qui souffrira de demeurer ouverte en l'état – que le recours serait également irrecevable. En effet, s'agissant d'une répartition provisoire des départements et ne constituant donc qu'une étape vers une « décision » finale, il s'agirait d'une décision incidente. Or, les conditions de l'art. 57 let. c LPA ne seraient en l'espèce pas remplies, puisque le recourant ne subirait aucun dommage irréparable. À cet égard, il a notamment conservé son droit au traitement et sa place au sein du collège en tant qu'instance politique et décisionnelle, et l'on doit relever qu'il avait déjà perdu l'essentiel de ses prérogatives de direction départementale par arrêté du 31 janvier 2019, lequel n'a pas été contesté. De plus, une éventuelle atteinte à la réputation ne constitue pas un dommage irréparable au sens de la jurisprudence. Quant à l'autre hypothèse

de l'art. 57 let. c LPA, une instruction longue et coûteuse ne pourrait être évitée dès lors qu'une décision finale a déjà été prise.

Au vu de ce qui précède, le recours sera déclaré irrecevable, tout comme l'est la conclusion du recourant en constatation de l'illicéité de l'arrêté attaqué, constat qui suppose que le recours ait un objet et que les conditions de recevabilité posées par la LPA soient remplies.

Il n'est ainsi pas nécessaire d'examiner les autres griefs soulevés, en particulier la question de la nullité de l'acte attaqué, dans la mesure notamment où ce dernier a été annulé entretemps.

6) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 800.- sera mis à la charge du recourant (art. 87 al. 1 LPA), et aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

déclare irrecevable le recours interjeté le 9 novembre 2020 par Monsieur A_____ contre l'arrêté du Conseil d'État du 28 octobre 2020 ;

met à la charge de Monsieur A_____ un émolument de CHF 800.- ;

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

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 ; 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 Yaël Hayat, avocate du recourant, ainsi qu'au Conseil d'État.

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, Mme Krauskopf, MM. Pagan et Verniory, Mme Tombesi, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :	la présidente siégeant :
S. Hüsler Enz	F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :