RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4418/2020-DIV **ATA/107/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 1er février 2021

sur mesures provisionnelles

dans la cause

Monsieur A_____
représenté par Me Yaël Hayat, avocate

contre

CONSEIL D'ÉTAT

Attendu, en fait, que :

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 Monsieur B_____ comme nouveau président du Conseil d'État, 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.

Ce recours a été enregistré sous numéro de procédure 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 dans la procédure A/3666/2020, et à l'irrecevabilité du recours sur le fond, subsidiairement à son rejet.

17) 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.

18) 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 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.

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

20) 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.

L'enquêteur avait indiqué le 16 décembre 2020 qu'il considérait que le mandat lui ayant été confié ne déployait aucun effet externe, mais se comprenait comme une mesure participant à l'exercice des compétences du Conseil d'État en matière d'organisation de l'administration cantonale.

Le recours visait à la fois le « mandat d'expertise » ordonné et la confirmation du retrait de la conduite du DDE. Il avait effet suspensif de par la loi, en particulier pour l'ouverture de l'enquête, qui n'avait pas été déclarée exécutoire nonobstant recours.

Subsidiairement, il se justifierait de restituer l'effet suspensif au recours. Ce dernier était manifestement bien fondé, ses droits procéduraux ayant été gravement violés. Le seul fait que le Conseil d'État doive confier un « mandat d'expertise » montrait qu'il ne s'estimait pas suffisamment renseigné pour déclarer la décision exécutoire nonobstant recours. L'intérêt au respect du vote populaire et de son intérêt privé devait de toute évidence primer les « bricolages » du Conseil d'État. Tel était également le cas pour l'enquête et ses modalités, qui lésaient gravement ses droits procéduraux, notamment en imposant une obligation de collaboration aux personnes concernées en violation des règles sur la présomption d'innocence, ou encore en prévoyant que la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10) serait applicable uniquement lorsque cela serait possible.

21) Le 12 janvier 2021, le Conseil d'État a conclu au rejet de la demande d'effet suspensif.

L'objet du recours n'était pas clair, et quoi qu'il en soit se poserait la question de savoir s'il ne s'agissait pas d'un acte d'organisation interne, soit d'un acte non attaquable, et non d'une décision sujette à recours.

S'agissant du mandat d'audit, l'extrait de procès-verbal prévoyait justement des règles encadrant la mission donnée, notamment l'applicabilité de la LPA lorsque cela était possible. Le mandat n'était pas dirigé contre une personne en particulier, si bien que personne ne pouvait se voir reconnaître la qualité de partie dans ce cadre, et donc les droits y relatifs, si bien qu'il s'agissait d'un acte d'organisation interne non sujet à recours.

S'agissant de la répartition des départements, l'attribution de la présidence du DDE à un autre conseiller d'État se fondait sur des considérations objectives urgentes liées à la protection de la santé et de la personnalité des collaborateurs ainsi qu'au bon fonctionnement de l'État. De plus, l'arrêté en cause n'avait pas pour but de régler la situation juridique de M. A_____ comme sujet de droit en tant que tel, d'une part, et le destinataire de cet acte était l'administration elle-même. Le Conseil d'État s'en rapportait toutefois à l'appréciation de la chambre administrative quant à la qualification de cet acte.

S'il s'agissait d'une décision, elle n'entraînait toutefois aucun dommage irréparable pour M. A_____, étant précisé qu'il s'agirait d'une décision incidente. Les conditions d'application de l'art. 57 LPA n'étaient pas remplies.

22) Sur ce, la cause a été gardée à juger sur effet suspensif.

Considérant, en droit, que :

1) Les décisions sur mesures provisionnelles sont prises par le président ou le vice-président de la chambre administrative ou, en cas d'empêchement de ceux-ci, par un autre juge (art. 21 al. 2 LPA et art. 9 al. 1 du règlement interne de la chambre administrative du 26 mai 2020).

2) Aux termes de l'art. 66 LPA, sauf disposition légale contraire, le recours a effet suspensif à moins que l'autorité qui a pris la décision attaquée n'ait ordonné l'exécution nonobstant recours (al. 1) ; toutefois, lorsque aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose, la juridiction de recours peut, sur la demande de la partie dont les intérêts sont gravement menacés, retirer ou restituer l'effet suspensif (al. 3).

3) L'autorité peut d'office ou sur requête ordonner des mesures provisionnelles en exigeant au besoin des sûretés (art. 21 al. 1 LPA).

4) Selon la jurisprudence constante de la chambre administrative, des mesures provisionnelles – au nombre desquelles compte la restitution de l'effet suspensif (Philippe WEISSENBERGER/Astrid HIRZEL, Der Suspensiveffekt und andere vorsorgliche Massnahmen, in Isabelle HÄNER/Bernhard WALDMANN [éd.], Brennpunkte im Verwaltungsprozess, 2013, 61-85, p. 63) – ne sont légitimes que si elles s'avèrent indispensables au maintien d'un état de fait ou à la sauvegarde d'intérêts compromis (ATF 119 V 503 consid. 3 ; ATA/1112/2020 du 10 novembre 2020 consid. 5 ; ATA/1107/2020 du 3 novembre 2020 consid. 5).

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 HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess in RDS 1997 II 253-420, 265).

5) L'octroi de mesures provisionnelles présuppose l'urgence, à savoir que le refus de les ordonner crée pour l'intéressé la menace d'un dommage difficile à réparer (ATF 130 II 149 consid. 2.2 ; 127 II 132 consid. 3 = RDAF 2002 I 405).

6) 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).

7) Pour effectuer la pesée des intérêts en présence qu'un tel examen implique, 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).

8) a. Aux termes de l'art. 60 al. 1 let. b LPA, ont qualité pour recourir toutes les personnes qui sont touchées directement par une décision et ont un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée.

b. Selon la jurisprudence, le recourant doit avoir un intérêt pratique à l'admission du recours, soit que cette admission soit propre à lui procurer un avantage, de nature économique, matérielle ou idéale (ATF 138 II 162 consid. 2.1.2 ; ATA/1272/2017 du 12 septembre 2017 consid. 2b).

c. 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 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_1157/2014 du 3 septembre 2015 consid. 5.2). 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 137 I 296 consid. 4.2 ; 136 II 101 consid. 1.1).

9) En l'espèce, en tant que le recours porte contre l'extrait de procès-verbal de la séance du Conseil d'État du 9 décembre 2020 ordonnant un audit du DDE, il pose prima facie un important problème de recevabilité. La chambre de céans devra tout d'abord déterminer si l'acte attaqué constitue bien une décision, et non pas un acte d'organisation interne auquel cas le recours serait irrecevable (art. 2 let. a LPA ; ATF 136 I 323 consid. 4.4) ; et quand bien même l'acte attaqué serait-il une décision, il faudrait encore que le recourant soit atteint par celle-ci de manière directe – et non seulement de manière indirecte ou par ricochet –, ce qui ne semble, à première vue, pas le cas.

En tant que le recours porte contre l'arrêté du 9 décembre 2020 maintenant la répartition provisoire des départements, il y a lieu de relever que la prise de fonction du successeur de M. A_____ – qu'il s'agisse de lui-même ou de l'un des autres candidats en lice – aura lieu au plus tard le 30 avril 2021. En fonction des aléas de la procédure et des droits procéduraux des parties, il ne peut être certain que l'arrêt au fond soit rendu d'ici là. Quoi qu'il en soit, au vu de ce laps de temps relativement court, restituer l'effet suspensif au recours reviendrait, soit entièrement soit dans une très large mesure, à octroyer au recourant ses conclusions sur le fond, en anticipant l'issue du litige, ce qui est prohibé par la jurisprudence.

En outre, comme déjà retenu dans l'ATA/1230/2020 précité, à première vue, le déplacement des collaborateurs du DDE sous la présidence d'un autre membre du Conseil d'État se fonde sur des considérations objectives liées à la protection de leur santé et de leur personnalité ainsi que sur l'urgence.

On doit dès lors considérer que les chances de succès apparaissent prima facie insuffisantes pour restituer l'effet suspensif au recours, et que l'intérêt privé du recourant à une telle restitution n'apparaît pas non plus prépondérant, si bien que ladite restitution sera refusée.

10) Le sort des frais sera réservé jusqu'à droit jugé au fond.

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

rejette la requête en 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 jointes à l'envoi ;

communique la présente décision à Me Yaël Hayat, avocate du recourant ainsi qu'au Conseil d'État.

La présidente :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :