RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/771/2023-FPUBL **ATA/483/2023**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 9 mai 2023

dans la cause

A_____ **recourant**
représenté par Me Robert ASSAEL, avocat

contre

CONSEIL D'ÉTAT

et

B_____ **intimés**

EN FAIT

A. **a.** A_____, né le _____1962, a été engagé dès le 1er août 2009 comme C_____ auprès du département D_____ (ci-après : le département).

Dès le 1er mai 2011, il a occupé la fonction de E_____ à l'office F_____.

b. À partir du 1er juin 2012, il a été affecté, en tant que E_____, à la direction G_____ (ci-après : G_____), partageant ses locaux avec la H_____ (ci-après : H_____).

c. A_____ a été nommé fonctionnaire le 1er août 2012.

d. Le 24 novembre 2002, I_____, directrice générale de la G_____, a transmis à A_____ un entretien de service sous la forme écrite, en raison de son état de santé qui ne lui avait pas permis de répondre à la convocation.

Des témoins avaient déclaré notamment qu'il avait eu, le 1er novembre 2022, un geste déplacé et inadéquat à l'égard de J_____, secrétaire réceptionniste de la H_____, outre un comportement jugé problématique avec certains collègues.

Le prononcé d'une sanction disciplinaire était envisagé et, préalablement, l'ouverture d'une enquête administrative.

e. A_____ a contesté tous les griefs par observations au département du 17 janvier 2023.

f. Le Conseil d'État a, par arrêté du 25 janvier 2023, ordonné l'ouverture d'une enquête administrative à l'encontre de A_____, dont la conduite a été confiée à B_____ (ci-après : l'enquêtrice).

B. **a.** Le 22 février 2023, l'enquêtrice a convoqué A_____ à une audition personnelle le 2 mars 2023, ainsi qu'à diverses audiences d'enquête et l'a informé qu'elle entendrait J_____ seule, en qualité de témoin, conformément à sa demande, en application de l'art. 28A de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).

b. Le 24 février 2023, par son conseil, A_____ a fait savoir à l'enquêtrice qu'il s'opposait à cette manière de faire et a demandé à pouvoir assister, en tant qu'avocat, à l'audition de J_____. À défaut, il sollicitait une décision formelle.

J_____ n'alléguait, ni a fortiori ne documentait aucun des motifs énoncés à l'art. 28A LPA et n'avait par conséquent pas à être entendue seule.

c. Le 27 février 2023, l'enquêtrice a, par décision incidente, rejeté la demande du 24 février 2023 précitée, au motif qu'au vu des éléments du dossier, J_____ pouvait se prévaloir des droits accordés par l'art. 28A LPA et qu'il existait un intérêt à l'établissement complet et efficient des faits (art. 42 al. 5 LPA).

C. **a.** A_____ a formé recours contre cette décision par acte déposé le 3 mars 2023 à la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : chambre administrative), concluant à son annulation et à ce que J_____ soit entendue en présence des parties, à tout le moins de son conseil.

Il avait un intérêt digne de protection à l'annulation de cette décision, incidente, puisque J_____ était la principale « accusatrice ». La décision violait son droit d'être entendu.

Les art. 28A al. 3 let. b et 42 al. 5 LPA ne permettaient pas d'exclure le représentant des parties lors de l'audition d'un témoin, en particulier leur avocat. Il y avait pour cette raison déjà un dommage irréparable si son avocat ne pouvait être présent à l'audition de J_____. La violation de son droit d'être entendu serait d'autant plus avérée que l'enquêtrice ne proposait même pas aux parties de lui transmettre les questions à poser à cette témoin, préalablement à son audition.

Dans la mesure où il contestait tout grief, il serait plus aisé à cette témoin d'exposer certains faits, sans contre question, d'en exagérer, voire d'en travestir, dans un environnement « protégé », ce d'autant plus qu'elle pourrait être accompagnée d'une personne de confiance et/ou d'un avocat. En dehors de la présence à tout le moins de son conseil, l'interrogatoire de J_____ serait forcément lacunaire et la procédure biaisée. Il pourrait certes, en cas de décision finale défavorable, se plaindre d'une violation de son droit d'être entendu dans le recours contre la décision finale. L'autorité de recours pourrait alors exercer son contrôle au regard du respect des garanties de procédure et tirer les conséquences de leur éventuelle violation, par exemple en ordonnant une réaudition de J_____. Le mal serait toutefois déjà fait, puisque les déclarations auraient déjà été protocolées par l'enquêtrice et seraient en quelque sorte figées. La condition du préjudice irréparable était donc donnée.

Les conditions de l'art. 28A al. 1 LPA n'étaient pas réalisées, déjà parce que J_____ n'avait, dans sa demande visant à être entendue seule, pas allégué avoir été atteinte dans son « intégrité physique, psychique ou sexuelle ». C'était en réalité l'enquêtrice qui avait retenu implicitement qu'elle aurait subi une telle atteinte, ce qu'elle ne pouvait faire, au regard de son devoir d'impartialité. L'enquêtrice ne pouvait pas écarter son conseil, faute de base légale l'y autorisant. Si un témoin pouvait être émotionnellement touché par la présence de l'un de ses collègues, cette dimension n'existait pas en présence de l'avocat de celui-ci. L'exclusion de son conseil serait disproportionnée au regard du but visé et de son droit d'être entendu.

Dans un arrêt ATA/1175/2020 du 24 novembre 2020, la chambre administrative avait notamment considéré que si le souci du recourant d'être présent et de participer activement à l'audience d'enquête afin de pouvoir éventuellement lui-même interroger le témoin était compréhensible, son conseil, qui connaissait le dossier et qui aurait tout loisir de préparer l'audience avec lui, pourrait poser aux témoins les questions qu'il estimait pertinentes.

Le principe de l'égalité des armes prévu à l'art. 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101) serait également heurté, puisqu'il ne pourrait, de même que son conseil, pas interroger la témoin en question, alors que la directrice des ressources humaines, K_____, l'avait entendue le 7 novembre 2022 et qu'elle avait de plus été reçue par L_____ du département en relation avec son audition par l'enquêtrice. J_____ avait confirmé à K_____, le même jour, qu'elle souhaitait être entendue seule.

b. L'office du personnel de l'État a conclu, le 17 mars 2023, à l'irrecevabilité du recours, dans la mesure où il aurait conservé un objet.

L'enquêtrice avait procédé à l'audition de J_____, seule, en l'absence des parties, le 6 mars 2023. Dans la mesure où la décision de l'enquêtrice du 27 février 2023 avait un contenu négatif, le recours n'avait pas d'effet suspensif. Le recourant n'avait pas sollicité l'octroi de mesures provisionnelles visant à interdire l'audition de la témoin en question, de sorte que l'enquêtrice était habilitée à le faire selon les modalités retenues.

Le recours avait perdu son objet du fait de cette audition et devait être déclaré irrecevable.

Le recourant ne prétendait pas qu'il ne pourrait pas recourir contre la décision définitive du Conseil d'État si celle-ci devait lui être défavorable, notamment en invoquant que son droit d'être entendu n'aurait pas été respecté et partant que ladite décision ne pourrait pas être annulée. La décision de l'enquêtrice ne lui causait donc pas un dommage irréparable. Aucune des deux hypothèses visées par l'art. 57 let. c LPA n'était réalisée. Son recours était irrecevable pour ce motif également.

c. L'enquêtrice a conclu, le 15 mars 2023, à l'irrecevabilité du recours dans la mesure où il aurait conservé un objet.

Eu égard aux éléments factuels concernant J_____ tels que ressortant de l'arrêté du Conseil d'État du 25 janvier 2023, il était possible qu'elle se prévale des droits prévus à l'art. 28A LPA, cette disposition légale devant être annexée à la convocation. Le 20 février 2023, dans un souci d'efficience au moment de l'organisation des auditions, elle avait demandé au département de vérifier si

J_____ souhaitait être entendue hors la présence des parties et, dans l'affirmative, d'en faire la demande formelle. Le même jour, le département lui avait transmis un courriel de cette témoin du 20 février 2023 également, laquelle demandait à être entendue uniquement en présence de l'enquêtrice et de sa greffière.

La décision attaquée ne causait aucun dommage irréparable au recourant et la seconde hypothèse de l'art. 57 let. c LPA n'était pas non plus réalisée.

Le recourant n'avait pas conclu à l'octroi de mesures provisionnelles dans son recours, de sorte qu'elle avait indiqué à son conseil, le 3 mars 2023, que l'audience prévue le 6 mars 2023 n'était pas annulée. Dans la mesure où cette audience s'était tenue à cette dernière date, le recours avait perdu son objet.

d. Dans une réplique du 21 avril 2023, A_____ a relevé que même en cas de réaudition de J_____ par l'autorité de recours, le mal serait déjà fait, puisque ses déclarations auraient déjà été protocolées par l'enquêtrice et seraient en quelque sorte figées. Tant l'enquêtrice que l'office du personnel de l'État se trompaient sur la nature de la décision rendue. La règle étant que les témoins soient entendus en présence des parties, en interdisant cette assistance, la décision avait un contenu positif. Dès lors, dans la mesure où l'enquêtrice ne l'avait pas déclarée exécutoire nonobstant recours, celui-ci avait aucun effet suspensif.

J_____ ne pouvait être entendue, à tout le moins jusqu'à droit jugé du recours. Celui-ci n'avait pas perdu son objet nonobstant l'audition intervenue le 6 mars 2023, puisque l'enquêtrice avait procédé en violation de l'art. 66 al. 1 LPA, de sorte que l'audition n'était pas conforme à la loi et qu'il ne pouvait pas en être tenu compte.

e. Les parties ont été informées, le 24 avril 2023, que la cause était gardée à juger.

f. La teneur des pièces figurant au dossier sera pour le surplus reprise ci-après dans la mesure nécessaire au traitement du litige.

EN DROIT

1. La chambre administrative examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATA/660/2022 du 23 juin 2022 consid. 1 et les références mentionnées).

2. **2.1** Selon l'art. 57 LPA, sont susceptibles d'un recours, les décisions finales (let. a) ; les décisions par lesquelles l'autorité admet ou décline sa compétence (let. b) ; les décisions incidentes à certaines conditions (let. c) et les lois constitutionnelles, les lois et les règlements du Conseil d'État.

2.2 Les décisions incidentes sont susceptibles de recours 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).

L'art. 57 let. c LPA a la même teneur que l'art. 93 al. 1 let. a et b de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110). Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, le préjudice irréparable suppose que 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 ; 125 II 613 consid. 2a ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2ème éd. 2018 p. 432 n. 1265). Un préjudice est irréparable lorsqu'il ne peut être ultérieurement réparé par une décision finale entièrement favorable au recourant (ATF 138 III 46 consid. 1.2 ; 134 III 188 consid. 2.1 et 2.2 ; 133 II 629 consid. 2.3.1). 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 ; 125 II 613 consid. 2a). 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 ; ATA/305/2009 du 23 juin 2009 consid. 2b et 5b et les références citées). 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 précité consid. 4 ; 131 I 57 consid. 1 ; 129 III 107 consid. 1.2.1).

2.3 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/1622/2017 du 19 décembre 2017 consid. 4c et les arrêts cités ; cette interprétation est critiquée par certains auteurs qui l'estiment trop restrictive : Stéphane GRODECKI/ Romain JORDAN, Questions choisies de procédure administrative, SJ 2014 II p. 458 ss).

2.4 Lorsqu'il n'est pas évident que le recourant soit exposé à un préjudice irréparable, il lui incombe d'expliquer dans son recours en quoi 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 ; ATA/1622/2017 précité consid. 4d ; ATA/1217/2015 du 10 novembre 2015 consid. 2d).

2.5 En l'espèce, l'enquêtrice a formalisé, le 27 février 2023, à la demande du recourant, par une décision, les modalités prévues d'audition d'un témoin. Les parties ne remettent pas en cause le caractère incident de cette décision qui ne représente qu'une étape vers la décision finale. Or, dans pareille hypothèse, il appartient au recourant de démontrer l'existence d'un préjudice irréparable. Dans

son recours, celui-ci se limite à se plaindre d'une potentielle violation de son droit d'être entendu en raison de l'absence de son représentant à l'audition de J_____. Il fait valoir qu'il n'aurait pas même eu la possibilité de soumettre des questions écrites, mais ne démontre pas l'avoir fait, alors qu'il a eu connaissance par la décision du 27 février 2023, envoyée par courriel en anticipation d'un courrier distribué le lendemain, de l'intention de l'enquêtrice de maintenir l'audition en question hors la présence des parties, comprenant leurs conseils, ce qui valait donc également pour celui du département. Le 3 mars 2023, elle lui a fait savoir qu'elle maintenait l'audition prévue trois jours plus tard.

Le recourant se borne à alléguer de manière toute générale, sans le rendre ne serait-ce que vraisemblable, que la témoin aurait une propension à exagérer, voire travestir ses propos et mise en cause en l'absence en particulier de l'avocat du recourant au moment d'être entendue par l'enquêtrice. Il ressort de l'essence des travaux préparatoires du PL 12'392 ayant donné lieu à l'adoption de l'art. 28A LPA entré en vigueur le 7 septembre 2019 que précisément, le législateur a entendu offrir un cadre protégé aux personnes alléguant avoir été atteintes dans leur intégrité physique, psychique ou sexuelle, pour pouvoir s'exprimer librement et éviter un choc supplémentaire et ce, même en procédure administrative.

En l'occurence, il ressort de l'arrêté du Conseil d'État ayant ordonné l'ouverture d'une enquête administrative que la témoin en question s'est plainte, le 7 novembre 2022, à la directrice des ressources humaines. Elle a indiqué subir un comportement de la part du recourant qu'elle considérait comme inadéquat depuis l'arrivée de ce dernier à la H_____, soit depuis le mois d'avril 2022. Il venait très fréquemment à la réception pour discuter avec elle et, lors de ces conversations, tenait des propos comportant des allusions sexuelles telles que « la prochaine fois tu peux venir sans habits », qu'une collègue ne devait pas avoir une vie sexuelle très intense, au vu de sa tenue vestimentaire, avec utilisation du mot « baiser », ou, à l'égard de l'informaticien « physiquement il est tellement vilain, imagine-le en train de bander ». La situation était devenue intolérable et elle ne supportait plus les agissements du recourant. Elle se forçait à venir travailler. S'ajoute à ces propos le geste relaté par deux directeurs de la H_____ dans un courrier du 4 novembre 2022. Trois jours plus tôt, alors que ces personnes se tenaient debout près de la machine à café, le recourant serait passé derrière la témoin et lui aurait subitement tiré son pull-over vers le bas, en direction des fesses, qu'il aurait frôlées avec ses doigts.

Le recourant concède qu'en cas de décision défavorable, il pourrait se plaindre d'une éventuelle violation de son droit d'être entendu à l'occasion d'un recours contre la décision finale. Il considère toutefois que « le mal serait déjà fait », puisque les déclarations auraient déjà été protocolées et seraient en quelque sorte « figées ». Ceci ne suffit toutefois pas à constituer un dommage irréparable au sens de l'art. 57 let. c LPA, étant rappelé que le recourant peut demander une

seconde audition cas échéant de cette témoin et lui faire poser toutes questions qu'il estime utiles après avoir eu connaissance de sa première déposition. En tout état, dans le cadre d'une décision qui lui serait finalement défavorable, c'est au stade du recours que l'autorité exercera son contrôle au regard du respect des garanties de procédure et tirera les conséquences de leur violation éventuelle. Il s'ensuit que la première hypothèse de l'art. 57 let. c LPA n'est manifestement pas remplie.

La problématique du cas d'espèce est semblable à celle qui a été déjà tranchée par la chambre de céans dans un arrêt ATA/922/2022 du 13 septembre 2022. Il n'y a aucun motif de s'éloigner de la solution alors retenue.

La seconde hypothèse de l'art. 57 let. c LPA, à savoir la venue à chef immédiate d'une décision finale susceptible d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse, n'est pas davantage réalisée et le recourant ne le prétend d'ailleurs pas.

3. Le recours apparaît ainsi d'emblée irrecevable, de sorte qu'il n'est pas besoin d'analyser s'il a perdu son objet en cours de procédure à la suite de l'audition de la témoin concernée selon les modalités décidées par l'enquêtrice et critiquées par le recourant.

4. Compte tenu de l'issue du litige, un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge du recourant (art. 87 al. 1 LPA) et il ne lui sera pas alloué d'indemnité de procédure (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

déclare irrecevable le recours interjeté le 3 mars 2023 par A_____ contre la décision de B_____ du 27 février 2023 ;

met un émolument de CHF 500.- à la charge de A_____;

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 :

s'il porte sur les rapports de travail entre les parties et que la valeur litigieuse n'est pas inférieure à CHF 15'000.- ; si la valeur litigieuse est inférieure à CHF 15'000.- et que la contestation porte sur une question juridique de principe ;

s'il porte sur la responsabilité de l'État et que la valeur litigieuse n'est pas inférieure à CHF 30'000.- ; si la valeur litigieuse est inférieure à CHF 30'000.- et que la contestation porte sur une question juridique de principe ;

- par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, aux conditions posées par les art. 113 ss LTF, si la valeur litigieuse est inférieure aux minima indiqués soit CHF 15'000.- (contestation relative aux rapports de travail), respectivement à CHF 30'000.- (contestation relative à la responsabilité de l'État) ;

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 Robert ASSAEL, avocat du recourant, à B_____, ainsi qu'au Conseil d'État.

Siégeant : Claudio MASCOTTO, président, Jean-Marc VERNIORY, Francine PAYOT ZEN RUFFINEN, Valérie LAUBER, Philippe KNUPFER, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :	le président siégeant :
S. HÜSLER ENZ	C. MASCOTTO

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :