

# Questions d'actualité en droit administratif genevois

15 avril 2024

Conférence du JEUNE BARREAU

Romain JORDAN, avocat  
Juge suppléant à la Cour de justice\*

**MERKT** [&] associés

Avocats | Attorneys-at-law | Rechtsanwälte

# Plan

1. **Mauvais temps pour le fonctionnaire** (réintégration, contrôle des données informatiques [ATA/820/2023; 1C\_447/2023], les CE sont intouchables en termes de protection de la personnalité [ATA/182/2023; 8D\_5/2023])
2. **Un lot de consolation: la prescription disciplinaire en l'absence de règles** (ATA/195/2024 du 13 février 2024)
3. **Les taxis genevois et la Constitution**
4. **La LIPAD/GE et l'autorité récalcitrante** (L'art. 3 LPG/GE)
5. **La CEDH et le climat** (*ACEDH VEREIN KLIMASENIORINNEN SCHWEIZ ET AUTRES c. SUISSE*)
6. **Fin - Questions**

# 1. Mauvais temps pour le fonctionnaire

## 1.1 Réintégration supprimée

- Vieille saga, aller-retours entre le législateur et la justice;
- Dernier acte: loi 12868 du 26 janvier 2024 (référendum déposé): instauration de conventions de départ mais surtout suppression de la possibilité pour le juge d'ordonner la réintégration d'un fonctionnaire injustement licencié;
- La CACJ « peut proposer à l'autorité compétente la réintégration »;
- L'autorité peut accepter ou refuser;
- Si elle refuse, le juge fixe une indemnité allant de 1 à 24 mois.



# 1. Mauvais temps pour le fonctionnaire

## 1.2 Un contrôle des outils informatiques libre et sans cadre

- Texte légal de rang réglementaire:

### **Art. 23A RPAC** *Utilisation du téléphone et des ressources informatiques*

<sup>4</sup> Des **contrôles statistiques et non individualisés** de l'utilisation des ressources informatiques par le personnel peuvent être effectués.

<sup>5</sup> Lorsque les intérêts prépondérants de l'Etat de Genève, tels que la sécurité informatique ou le bon fonctionnement du service, l'exigent, **des contrôles individualisés**, et le cas échéant un accès à la liste des appels et à leur durée, au poste de travail informatique ou au compte de messagerie, **peuvent être ordonnés par le chef du département ou son secrétaire général**. Ces mesures respectent, dans toute la mesure du possible, la sphère privée des membres du personnel concernés.

<sup>6</sup> Le collège des secrétaires généraux précise par voie de directive l'utilisation de ces ressources par les membres du personnel et les mesures de contrôle y relatives.

- Tout fonctionnaire peut faire l'objet d'un tel contrôle sans en être informé;

# 1. Mauvais temps pour le fonctionnaire

## 1.2 Un contrôle des outils informatiques libre et sans cadre

- Une fonctionnaire fait l'objet d'un contrôle en marge d'une dénonciation d'une collègue;
- Le contrôle met en évidence une activité privée intense sur les outils informatiques;
- Interpellée dans le cadre d'une procédure de résiliation des rapports de travail parallèlement ouverte, elle découvre l'accusation sans disposer du détail de l'analyse opérée (elle affirme notamment, preuves à l'appui, qu'à certaines date elle était en vacances et que c'est probablement à cause du VPN de l'Etat de Genève que son activité sur son ordinateur portable a été enregistrée);

# 1. Mauvais temps pour le fonctionnaire

## 1.2 Un contrôle des outils informatiques libre et sans cadre

- La fonctionnaire saisit son employeur d'une demande d'acte attaquant fondée sur l'art. 4A LPA/GE; ce dernier refuse de rendre une décision;
- La CACJ déclare irrecevable le recours (ATA/820/2023): c'est un « acte interne » non sujet à recours;
- Le Tribunal fédéral confirme l'arrêt dans son résultat: dans le cadre de la procédure de résiliation des rapports de service, la fonctionnaire pourra cas échéant faire valoir l'illégalité des moyens de preuve collectés sur son ordinateur (arrêt 1C\_447/2023 du 19 février 2024)

# 1. Mauvais temps pour le fonctionnaire

## 1.2 Un contrôle des outils informatiques libre et sans cadre

- Quid si pas de procédure parallèle d'ordre disciplinaire ou visant à résilier les rapports de service ?
- Le fonctionnaire ne devrait-il pas être au moins informé ?
- Quid des règles sur la récusation (un supérieur obtient l'autorisation de contrôler la boîte de messagerie d'un subordonné qui l'a dénoncé au Groupe de confiance...) ?
- Qui trie les données ? Qui s'assure que la « sphère privée » des membres du personnel concernés est respectée (cf. art. 23A al. 5 *in fine* RPAC)?

# 1. Mauvais temps pour le fonctionnaire

## 1.3 Les Conseillères et Conseillers d'Etat sont-ils intouchables?

- En marge de la survenance d'une vive polémique médiatico-politique visant les conditions de vie d'enfants souffrant de retards de développement, une Conseillère d'Etat charge dans la presse ses fonctionnaires, en particulier celle dirigeant l'Office ayant la charge de cette politique publique;
- Les membres du Conseil d'Etat n'étant pas justiciables devant le Groupe de confiance, la fonctionnaire saisit directement le Conseil d'Etat d'une demande, fondée sur l'art. 4A LPA/GE, visant à constater les atteintes à sa personnalité et à ce qu'il y soit mis fin;

# 1. Mauvais temps pour le fonctionnaire

## 1.3 Les Conseillères et Conseillers d'Etat sont-ils intouchables?

- Le Conseil d'Etat refuse de se saisir de la requête, en renvoyant à la LREC/GE;
- La CACJ confirme l'irrecevabilité prononcée (ATA/182/2023 du 28 février 2023);
- Le Tribunal fédéral a rejeté le recours, du bout des lèvres, à l'arrêt 8D\_5/2023 du 22 mars 2024:  
  
« L'art. 2B LPAC/GE ne confère pas directement au fonctionnaire un droit d'action pour faire constater une atteinte à sa personnalité;

# 1. Mauvais temps pour le fonctionnaire

## 1.3 Les Conseillères et Conseillers d'Etat sont-ils intouchables?

« L'art. 25a PA [ici, l'art. 4A LPA/GE] et la responsabilité de l'Etat coexistent-ils alternativement ou s'excluent-ils ? »

- Le Tribunal fédéral ne se prononce pas sur le débat, mais rejette le recours;
- En l'état donc, la voie de l'accès au juge dans le domaine de la fonction publique demeure très étroite, voire inexistante: il faut privilégier la voie civile d'une action fondée sur la LREC/GE, cas échéant en demandant des mesures provisionnelles...

## 2. Un lot de consolation: la prescription disciplinaire en l'absence de règles

- L'institution de la prescription joue un rôle important dans les rapports avec l'Etat, notamment dans le domaine de la fonction publique et du régime disciplinaire;
- Le canton a modifié le régime applicable à plusieurs reprises;
- Les communes et les régies publiques n'ont pas toutes adopté un tel régime légal; il n'est pas rare de devoir parcourir plusieurs fois le statut applicable pour finalement devoir conclure qu'il n'existe aucune règle réglant la question de la prescription;

## 2. Un lot de consolation: la prescription disciplinaire en l'absence de règles

- C'est la question que la CACJ a dû traiter à l'arrêt ATA/195/2024 du 13 février 2024
- Comblement de ces lacunes par l'application du délai de prescription annal en référence à la LPAC et à la LPol;
- Suspension dudit délai pendant la procédure de licenciement immédiat et pendant l'enquête administrative.



## 2. Un lot de consolation: la prescription disciplinaire en l'absence de règles

- La prescription absolue est suspendue aussi par les causes de suspension (enquête administrative, procédure pénale, etc.; ATA/591/2023);
- Peu importe la connaissance des faits, aussi longtemps qu'une procédure pénale est en cours, la suspension s'applique (arrêt 1D\_6/2023 du 4 mars 2024).

# 3. Les taxis genevois et la Constitution

- La PCTN avait profité de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur les taxis pour durcir sa pratique en matière de sanctions pour violation de la circulation routière;
- Il suffisait qu'un retrait du permis de conduire soit prononcé pour qu'automatiquement le chauffeur de taxi voie son autorisation retirée;
- Enjeu de proportionnalité: caducité de l'autorisation automatique indépendamment des circonstances et de la durée du retrait



# 3. Les taxis genevois et la Constitution

- ATA/330/2024 du 5 mars 2024

Il appert, en confirmation de la jurisprudence susmentionnée, que l'art. 6 al. 3 RTVTC **confère un pouvoir d'appréciation au PCTN** s'agissant de déterminer l'incompatibilité de décisions ou de condamnations prononcées pour des infractions telles que celles énumérées aux let. a à d de l'art. 6 al. 2 RTVTC. Ce pouvoir d'appréciation l'oblige à tenir compte notamment de la gravité des faits, de leur réitération, du temps écoulé depuis le prononcé de la sanction ainsi que du risque de récidive selon les termes de l'art. 6 al. 3 RTVTC;

- Arrêt 2C\_79/2023 du 23 février 2024: certains critères d'efficacité énergétique doivent être respectés

# 4. La LIPAD/GE et l'autorité récalcitrante (L'art. 3 LPG/GE)

- La LIPAD consacre un droit d'accès à tout document public détenu par une autorité administrative, ou une entité subventionnée à plus de 50% par l'Etat; procédure particulière;
- Outil redoutable dans une procédure, lorsque la partie adverse est soumise à la LIPAD: possibilité d'obtenir des pièces qu'on ne peut pas, ou difficilement, obtenir selon les règles de procédure applicables (par exemple, prouver la date de départ de la prescription disciplinaire);
- Enjeu de timing; mais la recommandation du préposé, en général rendue rapidement, peut déjà contenir des informations utiles;

# 4. La LIPAD/GE et l'autorité récalcitrante (l'art. 3 LPG/GE)

- L'autorité peut avoir un intérêt tout particulier à ignorer la requête ou à ne répondre qu'au compte-goutte;
- L'art. 3 LPG/GE est une arme redoutable à opposer:

## **Art. 3 LPG Refus d'un service légalement dû**

<sup>1</sup> Le membre d'une autorité et le fonctionnaire qui, après en avoir été régulièrement requis, aura refusé d'accomplir un acte auquel ses fonctions l'astreignent, sera puni d'une peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus.

<sup>2</sup> Est passible de la même peine tout commandant de la force publique qui, après en avoir été requis, aura refusé de faire agir la force à ses ordres.

# 4. La LIPAD/GE et l'autorité récalcitrante (L'art. 3 LPG/GE)

- Un exemple: l'agenda d'un procureur afin de prouver ses contacts potentiellement illégaux avec des tiers ou des violations du principe de la spécialité dans le domaine de l'entraide (ATA/1354/2023 du 19 décembre 2023);
- La CACJ impose la remise de l'agenda au Préposé afin qu'il puisse remplir sa mission et rédiger sa recommandation;
- Un cas plus ancien (ATA/210/2009 du 28 avril 2009) recours à l'art. 292 CP directement par les juges qui ordonnent la remise des documents.

# 5. La CEDH et le climat

- En novembre 2016, requête d'acte d'attaquable adressée à la Confédération – soit pour elle le DETEC - lui demandant la prise de mesures

**Requête en cessation des actes illicites par omission en matière de protection du climat au sens de l'art. 25a PA ainsi que des l'art. 6, al. 1 et 13 CEDH**

- 26.04.2017: DETEC écarte la requête.
- 07.12.2018: TAF écarte le recours.
- 05.05.2020: TF rejette le recours.



# 5. La CEDH et le climat

- Les requérantes ne sont pas touchées avec l'intensité requise dans leurs droits (fondamentaux) pour s'y opposer par le biais de l'article 25a PA. Selon l'Accord de Paris sur le climat, le réchauffement climatique devrait être limité à un niveau « bien inférieur à 2 degrés ».
- Leur requête a pour objet de faire vérifier les objectifs de protection du climat existants ou prévus jusqu'à l'année 2030 au niveau de la Confédération et indirectement d'initier le renforcement de ces mesures. Les revendications des requérantes ne sauraient dès lors être traitées par la voie judiciaire, mais plutôt par des moyens politiques. Il résulte de ce qui précède, que le Tribunal fédéral administratif a à bon droit confirmé la décision du DETEC de ne pas entrer en matière sur la requête.

# 5. La CEDH et le climat

- La CEDH bat en brèche ce raisonnement:

« Dans la mesure où l'association requérante entendait faire valoir ces droits face aux menaces résultant d'une supposée inadéquation ou insuffisance de l'action des autorités dans la mise en œuvre de mesures d'atténuation du changement climatique **déjà requises par le droit interne en vigueur, pareille action ne peut être considérée automatiquement ni comme une *actio popularis* ni comme une action soulevant une question politique que les juridictions doivent s'abstenir d'examiner.** Cette position s'inscrit dans la logique du raisonnement exposé ci-dessus (paragraphe 436) concernant, d'une part, la manière dont le changement climatique peut peser sur les droits de l'homme et, d'autre part, le besoin impérieux de faire face aux menaces que représente ce phénomène. »

# 5. La CEDH et le climat

- Un arrêt qui pourrait avoir de grandes conséquences sur le droit à l'accès au juge (art. 25a PA; art. 4A LPA/GE) et ses conditions d'application ;
- Droit à une « **solution juridictionnelle** » du litige ;
- Le droit d'accès doit être « **concret et effectif** » et non pas « théorique et illusoire » (arrêt, ch. 629);
- Dans le domaine de la fonction publique, on l'a vu ci-dessus, le droit d'accès au juge est souvent ignoré ou pas appliqué (peur d'une « usine à gaz » dans un contexte où les tribunaux sont déjà surchargés, la moindre excuse, même mauvaise, est bonne pour nier le droit à l'accès au juge);

# 5. La CEDH et le climat

- Limite entre **droit et politique** :
  - ☞ si le droit en vigueur est invoqué, l'enjeu ne peut être politique: le texte a été voté et donc arbitrée sous cet angle déjà;
- Limite découlant de l'intérêt digne de protection (rapport spécial et direct avec la prétention ; pas d'action populaire)
  - ☞ si l'enjeu touche matériellement toute la population ou une large part, l'action populaire n'est plus un critère bloquant.
- Quel critère doit évoluer ? L'intérêt digne de protection, le rapport d'imputabilité ? « *Locus standi* »?

# 6. Fin - Questions

Merci de votre attention!

Questions ?

→ Me Romain JORDAN, RJordan@merkt.ch, +41 22 809 55 99.