

## **GE\_GERICHTE ATA/1119/2019 vom 2. Juli 2019**

GE Cour de justice, 2019-07-02, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_1119\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_1119_2019)

FR: GE\_GERICHTE ATA/1119/2019 du 2 juillet 2019

IT: GE\_GERICHTE ATA/1119/2019 del 2 luglio 2019

### **Erwägungen**

#### **E. 2**

juin 2015 consid. 9).

c. En vertu de l'art. 4 al. 4 LPA, lorsqu'une autorité mise en demeure refuse sans droit de statuer ou tarde à se prononcer, son silence est assimilé à une décision.

Une partie peut recourir en tout temps à la chambre administrative pour déni de justice ou retard non justifié, si l'autorité concernée ne donne pas suite rapidement à la mise en demeure prévue à l'art. 4 al. 4 LPA (art. 132 al. 2 LOJ ; art. 62 al. 6 LPA). Toutefois, lorsque l'autorité compétente refuse expressément de rendre une décision, les règles de la bonne foi (art. 5 al. 3 Cst.) imposent que le recours soit interjeté dans le délai légal, sous réserve éventuelle d'une fausse indication quant audit délai (arrêt du Tribunal fédéral 2P.16/2002 du 18 décembre 2002 consid. 2.2, non publié in ATF 129 I 68 ; ATAF 2008/15 consid. 3.2).

- 10/18 - A/1150/2019

Pour pouvoir se plaindre de l'inaction de l'autorité, encore faut-il que l'administré ait effectué toutes les démarches adéquates en vue de l'obtention de la décision qu'il sollicite (ATA/386/2018 du 24 avril 2018 consid. 2d ; ATA/199/2010 du 23 mars 2010 consid. 4).

Une autorité qui n'applique pas ou applique d'une façon incorrecte une règle de procédure, de sorte qu'elle ferme l'accès à la justice au particulier qui, normalement, y aurait droit, commet un déni de justice formel. Il en va de même pour l'autorité qui refuse expressément de statuer, alors qu'elle en a l'obligation. Un tel déni constitue une violation de l'art. 29 al. 1 Cst. (ATF 135 I 6 consid. 2.1 ; 134 I 6 consid. 2.3 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C\_409/2013 du 27 mai 2013 consid. 5.1 ; 5A\_279/2010 du 24 juin 2010 consid. 3.3 ; ATA/386/2018 précité consid. 2d ; ATA/595/2017 précité consid. 6b ; ATA 716/2016 du 23 août 2016 consid. 5b).

En cas de recours contre la seule absence de décision, les conclusions ne peuvent tendre qu'à contraindre l'autorité à statuer (ATA/595/2017 du 23 mai 2017 consid. 6c ; ATA/609/2016 du 12 juillet 2016 consid. 2). En effet, conformément à l'art. 69 al. 4 LPA, si la juridiction administrative admet le recours pour déni de justice ou retard injustifié, elle renvoie l'affaire à l'autorité inférieure en lui donnant des instructions impératives (ATA/595/2017 précité consid. 6c ; ATA/260/2017 du 3 mars 2017).

La reconnaissance d'un refus de statuer ne peut être admise que si l'autorité mise en demeure avait le devoir de rendre une décision ou, vu sous un autre angle, si le recourant avait un droit à en obtenir une de sa part (ATF 135 II 60 consid. 3.1.2 ; ATA/371/2019 du 3 avril 2019 ; ATA/796/2014 du 14 octobre 2014 consid. 6).

Au stade de l'examen de la recevabilité, la chambre de céans doit examiner si la décision dont l'absence est déplorée pourrait faire l'objet d'un recours devant elle au cas où ladite décision avait été prise et si le recourant disposerait de la qualité pour recourir contre elle (ATA/947/2014 du 2 décembre 2014 consid. 7).

d. À teneur de l'art. 35 RPAC intitulé « congés syndicaux », un congé sans retenue de traitement, de cinq jours ouvrables au maximum par année, peut être accordé aux membres du personnel mandatés par les organisations syndicales et professionnelles pour représenter ces dernières à une réunion d'ordre syndical ou pour participer à des travaux de commissions constituées par ces organisations (al. 1). Les membres du personnel qui entendent bénéficier de ces congés doivent transmettre leur demande, par voie de service, au secrétaire général de leur département au moins un mois à l'avance, sauf cas d'urgence (al. 2).

Le dernier paragraphe de la fiche MIOPE 03.03.05 précise que les cinq jours de congés syndicaux peuvent être fractionnés en demi-journées.

- 11/18 - A/1150/2019 5) a. En l'espèce, pour ce qui est de la question du congé syndical, par les lettres du directeur général de l'OCD des 7 décembre 2018 et 11 février 2019, l'intimé a refusé d'accorder au recourant un tel congé pour son absence autorisée le 15 novembre 2018, de 16h00 à 19h00, en vue de sa participation à une manifestation organisée par le cartel intersyndical. Il en résultait qu'au lieu de bénéficier d'un congé de trois heures ou d'une demi-journée sans retenue de traitement en application de l'art. 35 al. 1 RPAC, l'intéressé a vu son solde d'heures diminuer, de sorte que, pour être à jour quant à ses heures de travail requises, il devrait travailler trois heures de plus ou laisser le nombre de ses éventuelles heures supplémentaires être réduit à due concurrence.

On ne saurait ainsi retenir, contrairement à ce que soutient le département, que lesdits courriers n'ont pas affecté les droits et obligations de l'intéressé au motif que son solde « horaire » était déduit de trois heures tandis que sa possibilité de prendre d'autres congés, sous forme de demi-journées de travail au titre de congé syndical, n'était pas réduite.

Au contraire, lesdites lettres ont affecté les droits et obligations du recourant en tant que sujet de droit, par la diminution de son solde d'heures (à ce sujet, notamment art. 7 et 8 RPAC), ce qui n'est pas sans lien avec son salaire.

b. Partant, le contenu des lettres du 7 décembre 2018 et/ou 11 février 2019 entrerait matériellement dans la définition de décision au sens de l'art. 4 al. 1 LPA, quand bien même l'intimé considérerait que tel n'était pas le cas.

Le fait que le premier et/ou le second de ces courriers n'étaient pas désignés comme décision, ni n'indiquaient les voies et délais de recours, n'implique aucunement qu'ils n'étaient pas de tels actes juridiques. Leur contenu et leurs effets étaient ceux d'une ou de deux décisions. À tout le moins le premier de ces actes juridiques contenait une motivation exposant, certes brièvement, pourquoi la présence de l'intéressé à la manifestation organisée par le cartel intersyndical n'entraînait pas dans le cadre des dispositions de l'art. 35 RPAC.

c. Comme le fait à juste titre valoir le département, la lettre du directeur général de l'OCD du 11 février 2019 ne fait, concernant la question du congé syndical, que confirmer son courrier du 7 décembre 2018. Il n'existait par ailleurs pas, à la suite du premier pli de l'autorité administrative, un cas de reconsidération obligatoire au sens de l'art. 48 LPA,

notamment l'existence de faits ou de moyens de preuve nouveaux et importants que le recourant ne pouvait connaître ou invoquer contre la décision de l'intimé du 7 décembre 2018 (art. 80 let. b LPA par renvoi de l'art. 48 al. 1 let. a LPA). Partant, le courrier du 11 février 2019 ne constitue pas une décision.

Or, on peut et doit attendre d'un justiciable en désaccord avec une décision dépourvue de l'indication des voies de droit qu'il se renseigne sur ses possibilités

- 12/18 - A/1150/2019 de recours auprès d'un avocat ou de l'autorité qui a statué, conformément aux règles de la bonne foi. À défaut, la décision entre en force passé un certain délai, même si une disposition légale prévoyait expressément l'obligation de porter la mention des voies de droit (ATF 121 II 72 consid. 2a ; 119 IV 330 ; arrêt du Tribunal fédéral 2P.83/2006 du 5 septembre 2006 et la jurisprudence citée ; ATA/755/2015 du 28 juillet 2015 consid. 1b). Il y a donc lieu d'examiner, d'après les circonstances du cas concret, si la partie intéressée a réellement été induite en erreur par l'irrégularité de la notification et a, de ce fait, subi un préjudice ou si elle a agi dans un délai raisonnable (ATA/755/2015 précité consid. 1b ; ATA/3/2014 du 7 janvier 2014 consid. 2 ; ATA/147/2013 du 5 mars 2013 ; Pierre MOOR/Étienne POLTIER, Droit administratif, vol. 2, 3ème éd., 2011, p. 355 et la jurisprudence citée).

En l'occurrence, à réception de la décision du 7 décembre 2018, certes dépourvue de désignation comme telle et d'indication des voies et délais de recours, le recourant était assisté d'un avocat apte à comprendre qu'il s'agissait d'une décision, et rien ne permet de penser qu'il aurait été induit en erreur par l'irrégularité de la notification.

Cette situation diffère de celle tranchée par l'arrêt du Tribunal fédéral 1C\_450/2007 du 26 mars 2008, où le premier courrier de l'autorité administrative ne pouvait être compris par l'intéressé comme refus de statuer sur la problématique en cause et où celui-ci n'était, à la réception de ladite lettre, pas assisté d'un avocat.

En conséquence, à l'instar de la solution retenue dans l'ATA/755/2015 précité (consid. 1c), le recours, en tant qu'il porte sur la question du congé syndical, est irrecevable, car interjeté, s'agissant d'une décision finale au sens de l'art. 57 let. a LPA, après l'échéance du délai de recours de trente jours prescrit par l'art. 62 al. 1 let. a LPA, et donc tardif.

d. Par surabondance, même dans l'hypothèse où le recours n'était pas tardif, le recours serait, concernant la question du congé syndical, irrecevable pour le motif qui suit.

Contrairement à l'hypothèse de l'art. 4 al. 4 LPA, l'autorité compétente a statué sur la demande de l'intéressé, ce qui excluait l'existence d'un éventuel déni de justice.

Or, pour ce qui est de la question du congé syndical, par son acte de recours, d'une manière claire, le recourant ne conclut qu'à la constatation d'un déni de justice commis par le directeur général de l'office à ce sujet, ainsi qu'au renvoi de la cause afin que celui-ci ouvre une procédure administrative puis rende une décision au sens de l'art. 4A LPA.

- 13/18 - A/1150/2019

La décision dont le prononcé est requis ayant déjà été rendue, ce recours est sans objet et, partant, irrecevable.

e. Enfin, l'existence d'une décision, rendue le 7 décembre 2018, qui aurait pu être attaquée dans le délai légal et par des conclusions recevables, exclut tout acte illicite de l'autorité administrative au sens de l'art. 4A LPA, la question – désormais hors d'un possible contrôle

judiciaire – de savoir si ladite décision aurait ou non été bien fondée ne pouvant au surplus pas relever d'un quelconque acte illicite. 6) a. Selon la jurisprudence développée par le Tribunal fédéral et reprise par la chambre de céans (ATA/1140/2018 du 30 octobre 2018 consid. 2a et les références citées), tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes, de prendre connaissance du dossier, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes (arrêts du Tribunal fédéral 2C\_545/2014 du 9 janvier 2015 consid. 3.1 ; 2D\_5/2012 du 19 avril 2012 consid. 2.3), de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 138 I 154 consid. 2.3.3 ; 138 V 125 consid. 2.1 ; 137 II 266 consid. 3.2).

Le droit de consulter le dossier est un aspect du droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. (ATF 132 II 485 consid. 3.2). Selon la jurisprudence, le justiciable ne peut toutefois pas exiger la consultation de documents internes à l'administration, à moins que la loi ne le prévoie (ATF 125 II 473 consid. 4a ; 122 I 153 consid. 6a ; 117 Ia 90 consid. 5 et les arrêts cités ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_250/2009 du 2 juin 2009 consid. 2.1, publié in RDAF 2009 II 516). Il peut s'agir de communications entre les fonctionnaires traitant le dossier (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_250/2009 précité consid. 2.1), d'avis personnels donnés par un fonctionnaire à un autre, de projets de décision, d'avis de droit (Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2018, n. 1544). Cette restriction du droit de consulter le dossier doit de manière normale empêcher que la formation interne de l'opinion de l'administration sur les pièces déterminantes et sur les décisions à rendre ne soit finalement totalement ouverte au public. Il n'est en effet pas nécessaire à la défense des droits des administrés que ceux-ci aient accès à toutes les étapes de la réflexion interne de l'administration avant que celle-ci n'ait pris une décision ou manifesté à l'extérieur le résultat de cette réflexion. Encore faut-il ne pas qualifier de notes internes des pièces ou le résultat de preuves déterminantes pour la prise d'une décision (ATF 115 V 297 consid. 2g ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_250/2009 précité consid. 2.1). Par exemple, également, le droit de consulter le dossier ne s'étend pas aux préavis établis par une autorité d'instruction à l'intention de l'autorité décisionnelle (ATF 131 II 13 consid. 4.2 ; 117 Ia 90 consid. 5b), ce genre de document n'ayant en effet pas de conséquence juridique directe sur la situation de l'intéressé et étant considéré

- 14/18 - A/1150/2019 comme un acte interne à l'administration, destiné à faciliter la tâche de l'organe de décision, qui doit se former une opinion sur l'affaire à traiter (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_66/2013 du 7 mai 2013 consid. 3.2.2, publié in SJ 2013 I 547).

b. Aux termes de l'art. 17 RPAC intitulé « dossier administratif », tout membre du personnel peut prendre connaissance de l'ensemble des rapports administratifs le concernant, notamment lorsqu'il demande à être nommé fonctionnaire ou fait acte de candidature à un autre poste de l'administration (al. 1). Aucun document ne peut être utilisé contre un membre du personnel sans que celui-ci n'en ait eu connaissance et qu'un délai ne lui ait été fixé pour faire part de son point de vue (al. 2, ce qui peut aussi être déduit a contrario de l'art. 44 al. 1 LPA). Toutefois, même si une pièce est utilisée, sa consultation peut être refusée si l'intérêt public ou des intérêts privés prépondérants l'exigent (al. 3). Après un délai de dix ans, ces documents ne peuvent plus être invoqués (al. 4).

c. À teneur de l'art. 44 LIPAD – qui est inséré dans le titre III afférent à la « protection des données personnelles » –, toute personne physique ou morale de droit privé justifiant de son

identité peut demander par écrit aux responsables désignés en vertu de l'art. 50 al. 1 LIPAD, si des données – personnelles – la concernant sont traitées par des organes placés sous leur responsabilité (al. 1). Sous réserve de l'art. 46 LIPAD, le responsable doit lui communiquer : toutes les données la concernant contenues dans un fichier, y compris les informations disponibles sur l'origine des données (let. a) ; sur demande, les informations relatives au fichier considéré contenues dans le catalogue des fichiers (let. b ; al. 2).

L'art. 46 al. 1 LIPAD prévoit que l'accès aux données personnelles ne peut être refusé que si un intérêt public ou privé prépondérant le justifie, en particulier lorsque : il rendrait inopérantes les restrictions au droit d'accès à des dossiers qu'apportent les lois régissant les procédures judiciaires et administratives (let. a) ; la protection de données personnelles sensibles de tiers l'exige impérativement (let. b) ; le droit fédéral ou une loi cantonale le prévoit expressément (let. c).

Selon la définition de l'art. 4 let. a LIPAD, dans ladite loi et ses règlements d'application, on entend par données personnelles (ou données), toutes les informations se rapportant à une personne physique ou morale de droit privé, identifiée ou identifiable.

En vertu de l'art. 49 LIPAD, toute requête fondée sur les art. 44, 47 ou 48 LIPAD doit être adressée par écrit au responsable chargé de la surveillance de l'organe dont relève le traitement considéré (al. 1). Le responsable saisi traite la requête avec célérité. S'il y a lieu, il la transmet au responsable compétent au regard des procédures adoptées au sein de son institution en application de l'art. 50 LIPAD (al. 2). S'il fait intégralement droit aux prétentions du requérant,

- 15/18 - A/1150/2019 il l'en informe (al. 3). S'il n'entend pas faire droit intégralement aux prétentions du requérant ou en cas de doute sur le bien-fondé de celles-ci, il transmet la requête au préposé cantonal avec ses observations et les pièces utiles (al. 4). Le préposé cantonal instruit la requête de manière informelle, puis il formule, à l'adresse de l'institution concernée et du requérant, une recommandation écrite sur la suite à donner à la requête (al. 5). L'institution concernée statue alors par voie de décision dans les 10 jours sur les prétentions du requérant. Elle notifie aussi sa décision au préposé cantonal (al. 6).

d. Conformément à l'art. 24 LIPAD – qui se trouve dans le titre II « information du public et accès aux documents », toute personne, physique ou morale, a accès aux documents en possession des institutions, sauf exception prévue ou réservée par la présente loi (al. 1). L'accès comprend la consultation sur place des documents et l'obtention de copies des documents (al. 2).

À teneur de l'art. 25 LIPAD intitulé « définition », au sens de ladite loi, les documents sont tous les supports d'informations détenus par une institution contenant des renseignements relatifs à l'accomplissement d'une tâche publique (al. 1). Sont notamment des documents les messages, rapports, études, procès-verbaux approuvés, statistiques, registres, correspondances, directives, prises de position, préavis ou décisions (al. 2). Pour les informations n'existant que sous forme électronique, seule l'impression qui peut en être obtenue sur un support papier par un traitement informatique simple est un document (al. 3). Les notes à usage personnel, les brouillons ou autres textes inachevés ainsi que les procès-verbaux non encore approuvés ne constituent pas des documents au sens de la LIPAD (al. 4).

L'art. 6 du règlement d'application de la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles du 21 décembre 2011 (RIPAD - A 2 08.01) précise que constituent notamment des notes à usage personnel au sens de l'art. 25 al. 4 LIPAD, qu'elles soient manuscrites ou non et quels qu'en soient la forme ou le support : les notes prises en vue de la rédaction future d'un document (let. a) ; les notes de séance éventuellement prises à défaut d'une obligation légale ou réglementaire d'élaborer des procès-verbaux (let. b).

Aux termes de l'art. 28 LIPAD, la demande d'accès n'est en principe soumise à aucune exigence de forme. Elle n'a pas à être motivée, mais elle doit contenir des indications suffisantes pour permettre l'identification du document recherché. En cas de besoin, l'institution peut demander qu'elle soit formulée par écrit (al. 1). L'institution traite rapidement les demandes d'accès (al. 2). En cas de doute sur la réalisation d'une des exceptions prévues à l'article 26, la personne qui est saisie de la demande d'accès doit en référer au responsable désigné conformément aux mesures d'organisation et de procédure prévues à l'article 50. Lorsqu'une institution entend rejeter une demande d'accès, elle en informe le requérant en lui indiquant qu'il peut saisir le préposé cantonal. Elle lui confirme

- 16/18 - A/1150/2019 son intention par écrit en indiquant le délai figurant à l'article 30, alinéa 2 (al. 6). Selon l'art. 30 LIPAD, le préposé cantonal est saisi par une requête écrite de médiation sommairement motivée, à l'initiative d'un requérant dont la demande d'accès à un document n'est pas satisfaite (al. 1 let. a). Le délai pour saisir le préposé cantonal est de 10 jours à compter de la confirmation écrite de l'intention de l'institution prévue à l'article 28, alinéas 5 et 6. Si une institution tarde à se déterminer sur une demande d'accès à un document, le requérant ou l'opposant à la demande d'accès peuvent saisir le préposé cantonal (al. 2). Si la médiation aboutit, l'affaire est classée (al. 4). À défaut, le préposé cantonal formule, à l'adresse du requérant ainsi que de l'institution ou des institutions concernées, une recommandation écrite sur la communication du document considéré. L'institution concernée rend alors dans les 10 jours une décision sur la communication du document considéré (al. 5). 7)

Dans le cas présent, rien ne permet de mettre en doute l'affirmation du département à teneur de laquelle aucun fichier, au sens de l'art. 44 al. 2 LIPAD, n'a été constitué en lien avec la demande de congé syndical de l'intéressé. Au demeurant, celui-ci n'a pas formé, préalablement, une requête auprès du responsable en vertu de l'art. 50 al. 1 LIPAD comme requis par l'art. 44 al. 1 LIPAD, de sorte que la procédure de « mise en œuvre » prévue par l'art. 49 LIPAD n'a pas eu lieu. Le recourant ne saurait donc se prévaloir, dans le cadre de la présente procédure, d'un droit d'accès à des données personnelles en application des art. 44 ss LIPAD.

Pour ce qui est d'un accès à des documents fondé sur les art. 24 ss LIPAD, n'ont pas été effectués par le département et l'intéressé et les actes, préalables à la saisine de la chambre de céans sur ce point (art. 60 al. 1 LIPAD), prescrits par l'art. 28 LIPAD, en particulier l'al. 6. Au demeurant, l'intimé a produit, à l'appui de sa réponse au recours, l'ensemble des pièces pertinentes, y compris les courriels – internes au département – des 15 et 19 novembre 2018, le second répondant au premier.

Sous l'angle de l'art. 17 RPAC, dans sa lettre du 11 février 2019 et dans sa réponse du 2 mai 2019, l'intimé a rappelé au recourant que son dossier administratif, au sens de l'art. 17 RPAC, pouvait être consulté auprès de la direction des RH de l'office. Aucune violation de

l'art. 17 RPAC ne pourrait donc être retenue.

Le recourant n'a, vu tant les art. 25 al. 4 LIPAD et 6 RIPAD que les principes découlant de l'art. 29 al. 2 Cst., aucunement droit à l'accès aux « discussions et controverses » à l'intérieur du département au sujet de sa demande. De tels documents, s'ils existaient, ne seraient que des actes internes à l'administration, sans conséquence juridique directe sur la situation de l'intéressé. Il est au demeurant relevé que le courriel du 19 novembre 2018 fait référence à une conversation orale, et non à un quelconque document.

- 17/18 - A/1150/2019

Pour le surplus, le recourant a reçu toutes les informations nécessaires à la compréhension de la position de l'intimé et à la défense de ses intérêts dans le cadre de la présente procédure.

En définitive, ses conclusions tendant à l'annulation de la décision du directeur général de l'OCD du 11 février 2019 refusant la transmission des échanges relatifs à sa demande de congé syndical et, cela fait, au renvoi de la cause audit directeur général afin, notamment, qu'il produise l'intégralité des pièces et échanges relatifs à sa demande de congé syndical, sont sans objet et irrecevables. 8)

Vu ce qui précède, le recours sera déclaré irrecevable. 9)

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'500.- 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). 10) Les voies de recours au Tribunal fédéral indiquées ci-après tiennent compte du fait que le recours porte de manière séparée à la fois du droit de la fonction publique et sur la question de l'accès à des documents.

\* \* \* \* \*

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.