

# Les enquêtes administratives

Me Steve Alder, Avocat,  
Fontanet & Associés

# I. Introduction

- Les enquêtes administratives (EA) jouent un **rôle considérable** en pratique en vue de prononcer un licenciement (disciplinaire ou non) ou une sanction disciplinaire (même si on constate une tendance actuelle à la suppression des sanctions disciplinaires [voir par ex. fonction publique fédérale, Statut du personnel de la commune de Lancy]).
- En dépit de cette importance, les EA ne font l'objet que de **peu de concrétisations légales** : la LPA (RS GE E 5 10), quand bien même elle s'applique aux EA (voir not. art. 28 al. 1 let b LPA), n'y consacre par exemple aucun chapitre spécifique.
- Conséquences : les règles applicables sont **disparates** et, souvent, **lacunaires**.
- Certaine tendance toutefois à **l'uniformisation** puisque les dispositions applicables renvoient fréquemment aux règles de la LPA (p. ex. art. 27 al. 1 LPAC [RS GE B 5 05]), notamment sur la forme des auditions et les droits des personnes entendues (art. 28A à 36 LPA, 42 LPA).

# I. Introduction (suite)

- Ce caractère disparate et lacunaire crée une certaine forme **d'incertitude** chez les personnes visées par une EA et chez les praticiens.
- Ce d'autant plus que les dispositions topiques qui traitent des EA sont souvent **succinctes** : voir par exemple, l'art. 97 du Statut du personnel de la Ville de Genève (LC 21 151), l'art. 84 du Statut du personnel de la commune de Vernier (LC 43 151) ou l'art. 67 du Statut du personnel des TPG (à comparer avec l'art. 27 LPAC qui, lui, est plus détaillé).

## **Article 84 Enquête administrative**

*«Lorsque l'instruction d'une cause le justifie, le Conseil administratif peut confier une enquête administrative à une ou plusieurs personnes choisies au sein ou à l'extérieur de l'administration communale» (art. 84 du Statut du personnel de la commune de Vernier)*

# I. Introduction (suite)

- Une piste possible pour remédier à cela serait que la LPA traite spécifiquement des EA et en fixe le cadre (en reprenant par exemple l'art. 27 LPAC ; conduite de la procédure, accès au dossier, nomination de l'enquêteur administratif, motifs de récusation, etc.), quitte à laisser ensuite le soin aux autorités (communes, établissements publics autonomes, Etat) de prévoir, dans leurs propres dispositions, des règles complémentaires.
- Aurait pour conséquence une certaine **uniformisation** et une certaine **prévisibilité** pour les personnes visées par une EA et pour les praticiens qui y sont confrontés.

# I. Introduction (suite)

- L'objectif de la présente conférence est de brosser un aperçu du déroulement d'une EA «classique» et de mettre en lumière quelques problèmes épineux qui peuvent se poser en pratique.
- Distinction : il sera ici question des **EA au sens propre**, à savoir le processus qui se déroule lorsqu'une personne, choisie au sein ou en dehors de l'administration, est spécifiquement nommée pour établir si un ou une fonctionnaire a violé ses devoirs de service et encourt, de ce fait, une sanction disciplinaire ou un licenciement.
- Ne sera pas question des «enquêtes internes», des «audits externes» ou encore des «pré-enquêtes», bien que j'y reviendrai plus tard lors de la présentation en ce qu'ils peuvent poser des problèmes épineux.

## II. Définition, champ d'application et buts d'une EA

### A. Définition:

Selon la Chambre administrative de la Cour de Justice (CACJ):

*«Une EA a pour but d'élucider **les faits** et de donner à l'autorité ayant ordonné son ouverture les éléments lui permettant de déterminer **si une sanction disciplinaire** doit être prononcée à l'encontre de l'une ou de l'autre des personnes visées par ladite enquête»*

(ATA/715/2013 du 29 octobre 2013, consid. 6).

- L'EA est par conséquent **une mesure d'instruction**, qui intervient dans un **cadre procédural (pré)défini**, dont dispose l'autorité pour déterminer si des faits qu'elle suspecte de s'être produits se sont réellement produits.

## II. Définition, champ d'application et buts d'une EA (suite)

### B. Champ d'application

- Selon la définition classique, l'EA a pour but d'établir des faits en vue :
  - i) De l'infliction d'une sanction disciplinaire ;
  - ii) Du prononcé d'un licenciement ordinaire ou immédiat.
- L'EA peut avoir une visée **plus large** dans certains statuts du personnel, notamment communaux (cf. art. 84 Statut du personnel de la commune de Vernier ; art. 98 du Statut du personnel de la commune de Lancy).
- Mais on retiendra que dans leur grande majorité, les EA visent à établir des faits en vue soit l'infliction d'une sanction disciplinaire, soit du prononcé d'un licenciement (ordinaire ou immédiat).

## II. Définition, champ d'application et buts d'une EA (suite)

- C. Buts
- EA sert donc à établir **des faits**. Consiste en un moyen à disposition de l'autorité lui permettant d'établir ou non la matérialité des faits dont elle soupçonne l'existence.
- L'EA a un lien évident avec la **maxime inquisitoire** (art. 19 LPA) (l'autorité doit établir les faits d'office).
- Une EA n'a pas pour fonction **de dire le droit**. Si l'enquêteur administratif le fait tout de même, ses constats ne lient ni l'autorité ni *a fortiori* le juge (ATA/301/2016 du 12 avril 2016, consid. 4b).
- Il n'appartient également pas à l'enquêteur administratif, au terme de l'EA et du rapport qu'il est amené à établir et à rendre à l'autorité compétente, de **choisir la sanction disciplinaire** à infliger à l'intéressé (ATA/297/2022 du 22 mars 2022, consid. 5).
- En clair, c'est à l'autorité et à elle-seule qu'il appartient de tirer les conséquences juridiques des faits qui ont été établis par l'EA.

## II. Définition, champ d'application et buts d'une EA (suite)

- C. Buts (suite)
- L'EA permet également à la personne visée de faire valoir **son droit d'être entendu** dans un **cadre procédural structuré** (ATA/297/2022 du 22 mars 2022, consid. 5) :
  - i) en s'exprimant oralement, lors d'une audition, sur les faits qui lui sont reprochés ;
  - ii) en participant à l'interrogatoire des personnes entendues par l'enquêteur administratif (art. 42 al. 1 LPA) ;
  - iii) en se déterminant par écrit sur le rapport établi par l'enquêteur administratif (voir art. 27 al. 5 LPAC).

Dans le cadre d'une EA, les garanties déduites du droit d'être entendu sont **plus étendues** que la simple détermination écrite prévue normalement par la loi (art. 42 al. 1 LPA).

**Donc, l'EA cristallise à la fois le devoir que l'autorité a d'établir les faits d'office et la garantie du droit d'être entendu de la personne visée par ladite enquête.**

# I. Définition, champ d'application et buts d'une EA (suite)

- Hormis dans certains cas particuliers (voir notamment l'art. 27 al. 2 *in fine* LPAC), l'autorité n'est **pas tenue d'ouvrir une EA**. Cela demeure **une faculté** dont elle dispose.
- Elle peut donc parfaitement infliger une sanction disciplinaire ou prononcer un licenciement sans conduire au préalable une EA (ATA/745/2014 du 23 septembre 2014, consid. 5).
- En revanche, si elle choisit de passer par la voie d'une EA alors même qu'elle n'y est pas tenue, elle doit alors **en respecter les règles**, sous peine de violer le droit d'être entendu de la personne intéressée (ATA/790/2002 du 10 décembre 2002, consid. 5 ; ATA/415/2008 du 26 juillet 2008).

# III. Procédure

## 1. Décision d'ouverture d'une EA.

- Décision qui doit être **brièvement motivée** ; l'intéressé **n'a pas à être formellement entendu** avant l'ouverture d'une EA (ATA/1018/2018 du 2 octobre 2018, consid. 8c).
- L'intéressé doit connaître les faits ou comportements qui lui sont précisément reprochés par l'autorité.
- L'intéressé doit être **informé de ses droits** (art. 27 al. 3 LPAC), soit notamment :
  - i) qu'il peut être **accompagné d'un conseil** de son choix (art. 9 al. 3 LPA, conseil qu'il lui reviendra de rémunérer lui-même sauf disposition légale ou statutaire inverse, cf. art. 14A al. 1 let c RPAC [RS GE B 5 05.01]);
  - ii) qu'il peut **participer à l'audition des témoins** et/ou des personnes entendues à titre de renseignement (art. 42 al. 1 LPA).

# Procédure (suite)

- Décision d'ouverture d'une EA constitue une **décision incidente** (ATA/1018/2018 du 2 octobre 2018, consid. 2b), qui relèverait, selon la CACJ, **de l'opportunité** (ATA/365/2010 du 1<sup>er</sup> juin 2010, consid. 5a).
- Toujours selon CACJ, l'ouverture d'une EA n'engendre pas **de préjudice irréparable**, dès lors qu'une décision finale suite à l'EA, dans l'hypothèse où elle serait entièrement favorable au recourant, permettrait de réparer une éventuelle atteinte, notamment à sa personnalité (ATA/1018/2018 du 2 octobre 2018 consid. 11a).
- Par ailleurs, l'admission d'un éventuel recours contre une décision d'ouverture d'une EA **ne serait pas susceptible de conduire immédiatement à une décision finale** permettant d'éviter une procédure longue et couteuse (ATA/365/2010 du 1<sup>er</sup> juin 2010, consid. 5b).
- Conséquence : sauf exception (cf. *infra*), **pas de recours immédiat** contre une décision d'ouverture d'une EA.

# Procédure (suite)

- Être attentif à la **compétence fonctionnelle** de l'autorité qui décide de l'ouverture d'une EA.
- Art. 27 LPAC -> Conseil d'Etat, commission de gestion du pouvoir judiciaire, conseil d'administration (HUG) qui sont compétents.
- Au sein des établissements publics autonomes non soumis à la LPAC (TPG, SIG, AIG par exemple), cela va dépendre du statut du personnel (la direction générale pour l'AIG [art. 62 al. 1 du Statut du personnel de l'AIG]) ;
- Dans les communes, la compétence revient généralement au conseil administratif *in corpore*. Dans ce cas, c'est le conseil administratif, généralement lors de sa séance hebdomadaire, qui doit prendre la décision formelle, d'ouvrir une EA.
- Conséquence **d'une incompétence fonctionnelle de l'autorité** ? Par exemple, bureau du CA *versus* CA *in corpore* ? Un département seul, un service ou un office de l'administration *versus* Conseil d'Etat ? **Nullité de la décision** ?
- Selon la CACJ, ces vices ne sont **pas graves au point d'entraîner la nullité de la décision** d'ouverture de l'EA (ATA/301/2016 du 12 avril 2016, consid. 3e ; ATA/1362/2019 du 10 septembre 2019, consid. 5c).
- Jurisprudence critiquable ?

# Procédure (suite)

## 2. Décisions de suspension provisoire des fonctions et du traitement

- Une décision d'ouverture d'EA **peut être accompagnée** d'une **suspension provisoire des fonctions et du traitement**.
- La décision de suspension de traitement peut être **très incisive** car un licenciement prononcé au terme d'une EA peut déployer **des effets *ex tunc*** (art. 28 al. 4 LPAC ; art. 62 al. 6 Statuts du personnel de l'AIG).
- Selon la CACJ, les décisions de suspension provisoire et de suspension du traitement sont également **des décisions incidentes** non susceptibles d'un recours immédiat sauf si préjudice irréparable (ATA/97/2014 du 18 février 2014, consid. 4 ; ATA/1362/2019 du 10 septembre 2019, consid. 6f).
- S'agissant de l'atteinte à la réputation et à l'avenir professionnel, une décision de suspension provisoire des fonctions n'est en soi pas susceptible de causer un préjudice irréparable puisqu'une décision finale entièrement favorable à l'intéressé permettrait de la réparer (ATA/184/2020 du 18 février 2020, consid. 4 ; ATA/1020/2018 du 2 octobre 2018 consid. 4b ; ATA/231/2017 du 22 février 2017, consid. 5).
- Suspension de traitement : il est possible de **démontrer l'existence d'un préjudice irréparable**, mais il faut **soigneusement l'argumenter**. La CACJ se montre, de manière générale, **restrictive** dans l'admission d'un préjudice irréparable (ATA/663/2018 précité consid. 3e ; ATA/1622/2017 du 19 décembre 2017 consid. 4d).
- Préjudice irréparable admis pour un fonctionnaire des HUG, suspendu sans traitement et qui avait produit un certain nombre de pièces démontrant sa situation économique difficile (ATA/506/2014 du 1er juillet 2014 consid. 3c).

# Procédure (suite)

- Dans l'ATA/1362/2019 précité, la CACJ a admis le préjudice irréparable car l'intéressée disposait, après paiement de ses charges mensuelles attestées par un jugement MPUC, d'un disponible de CHF 682.-. Sans son traitement, et à supposer qu'elle puisse bénéficier d'indemnités-chômage, ces dernières ne s'élèveraient qu'à 80% de son traitement, ce qui ne lui permettrait pas de faire face à ses dépenses incompressibles -> préjudice irréparable.
- Conseil : il faut **soigneusement motiver** l'existence d'un préjudice irréparable lors du dépôt d'un recours contre une décision de suspension de traitement.
- Ne pas oublier : si préjudice irréparable admis, n'a pour conséquence que **d'ouvrir la voie au recours immédiat**. Demeure en tout état l'examen du fond, à savoir le caractère justifié ou de la suspension de traitement.
- Selon la CACJ, la suspension provisoire du traitement peut être ordonnée lorsqu'il est reproché à un fonctionnaire une faute de nature à compromettre la confiance ou l'autorité qu'implique l'exercice de sa fonction (ATA/335/2000 du 23 mai 2000).
- La mesure n'est justifiée que si trois conditions cumulatives sont remplies :
  - i) la faute reprochée à l'intéressé est de nature, *a priori*, à conduire à un **licenciement immédiat** ;
  - ii) la **prévention de la faute** à son encontre **est suffisante**, même si, s'agissant d'une mesure provisionnelle prise précisément pendant la durée d'une EA, une preuve absolue ne peut pas être exigée ;
  - iii) la suspension apparaît comme **globalement proportionnée**, compte tenu de la situation de l'intéressé et des conséquences de sa suspension, de la gravité de la faute qui lui est reprochée, de la plus ou moins grande certitude quant à sa culpabilité, ainsi que de l'intérêt de l'État à faire cesser immédiatement tant les rapports de service que, s'il y a lieu, ses propres prestations (ATA/1295/2017 du 19 septembre 2017).

# Procédure (suite)

- On retient que la décision d'ouverture en tant que telle, ainsi qu'une éventuelle décision de suspension provisoire et de suspension de traitement ne sont, sauf exceptions, pas susceptibles d'un recours immédiat.
- Critiques de la doctrine mais, pour l'instant, la CACJ maintient cette position (approche validée par le Tribunal fédéral).
- Pas de préjudice irréparable, vraiment ? Le fait pour une personne visée par une EA d'être confrontée à ses collègues, *a fortiori* si l'enquêteur administratif est choisi au sein de l'autorité, est-il véritablement réparé en totalité en cas de décision finale entièrement favorable ? Selon moi, on peut en douter.
- *Quid* si les faits reprochés **sont entièrement prescrits avant même l'ouverture d'une EA** ? Permettrait d'éviter ce préjudice d'image et, accessoirement, de mener une procédure, certes par forcément longue et couteuse, mais d'emblée inutile. La position de la CACJ a fluctué. D'abord a semblé admettre un recours immédiat contre la décision d'ouverture d'une EA (ATA/679/2009 du 22 décembre 2009, pour ensuite revenir en arrière (ATA/16/2016 du 12 janvier 2016). Récemment, la CACJ a de nouveau fait machine arrière et considère **qu'un recours immédiat est possible** si le recourant soulève la **prescription des faits** ayant donné lieu à l'ouverture d'une EA (ATA/1301/2021 du 30 novembre 2021, consid. 2b ; ATA/1235/2020 du 8 décembre 2020).
- Conséquence : il faut le faire **immédiatement** et non pas à l'occasion d'un recours contre une autre décision qui aurait été prise dans le cadre de l'EA (ATA/297/2022 du 22 mars 2022, consid. 7). Toujours possible de s'en prévaloir en cas de recours contre la décision qui sera prononcée au terme de l'EA (ATA/508/2022 du 17 mai 2022).
- Hormis ces quelques exceptions, la position de la CACJ a en réalité pour conséquence **d'exclure tout contrôle** notamment des décisions d'ouverture d'une EA ou de suspension provisoire des fonctions : ni contrôle immédiat, ni contrôle *a posteriori* car si la décision finale est favorable à l'intéressé, ne recourra pas (mais le mal, notamment réputationnel, aura été fait) et si elle lui est défavorable cela signifiera qu'il existait des raisons et d'ouvrir une EA, de suspendre l'intéressé de ses fonctions et de suspendre son traitement (compatible avec l'art. 29a Cst. féd. [RS 101]) ?

# Procédure (suite)

## 3. Décision de nommer l'enquêteur administratif

- Sujet **important** s'il en est. Dans certains cas, l'enquêteur administratif peut être choisi **au sein ou en dehors de l'autorité** (art. 27 LPAC ; art. 97 Statut du personnel de la Ville de Genève; art. 84 du Statut du personnel de la commune de Vernier ; comparer avec l'art. 98 al. 1 du Statut du personnel de la commune de Lancy [uniquement en dehors de l'administration]).
- Décision **importante** vu les prérogatives confiées à l'enquêteur administratif (et le fait qu'il sera difficile, dans le cadre d'une procédure judiciaire subséquente, de défaire ce que l'enquêteur a fait (contre-exemple : ATA/711/2021 du 6 juillet 2021, arrêt cassé ensuite par le Tribunal fédéral dans l'arrêt 8C 610/2021 du 2 février 2022).
- Cela à plus forte raison que la CACJ n'est pas impérativement tenue de réentendre l'intéressé ni les éventuels témoins auditionnés au préalable par l'enquêteur administratif (comparer avec l'art. 32 LPAC ; art. 41 *in fine* LPA). Cas échéant, il faut **impérativement le demander au stade du recours déjà** et soigneusement **motiver la requête d'audition** du recourant et d'éventuels témoins par la CACJ.
- Outre le fait de disposer des **compétences nécessaires** (ancien magistrat, avocat), l'enquêteur administratif doit être **impartial**, ou du moins donner l'apparence de l'être. Peut s'avérer problématique lorsqu'il est choisi **au sein de la collectivité publique** vu le rapport hiérarchique qui existe avec ladite collectivité.
- **Les motifs classiques de récusation s'appliquent** à l'enquêteur administratif (art. 15 LPA) dont on rappellera qu'ils sont moins stricts que ceux prévalant pour un magistrat (ATA/179/2014 du 25 mars 2014, consid. 9). Classiquement, les fautes commises dans la conduite de la procédure ne suffisent pas à créer une apparence de prévention de l'enquêteur administratif.

### III. Procédure (suite)

- Trois motifs spécifiques de récusation d'un enquêteur administratif :
  - i) la **rémunération** de l'enquêteur administratif **par l'autorité qui le charge de diligenter l'EA** -> soupçon de partialité ? Non selon la CACJ ; au contraire, cela assure son indépendance (ATA/1296/2017 du 19 septembre 2017, consid. 9) ;
  - ii) le fait que l'enquêteur administratif a exercé par le passé **un nombre conséquent de mandats** du même genre, notamment **pour la même autorité** ? Ne constitue pas en soi un motif de récusation selon la CACJ (ATA/1296/2017 du 19 septembre 2017, consid. 9) ;
  - iii) le fait que l'enquêteur administratif est choisi **au sein même de l'autorité qui décide de l'ouverture d'une EA** ? : pas en soi problématique selon la CACJ (ATA/678/2017, du 20 juin 2017, consid. 7).
- Mais, dans ce dernier cas : la possibilité de nommer des **enquêteurs administratifs internes**, si le statut ou la loi applicable le permet, est de nature à **augmenter le risque d'une apparence de partialité** -> pour éviter cela il faut exiger que les enquêteurs portent une attention toute particulière au déroulement serein de l'EA et fassent preuve, dans la conduite de celle-ci, de la plus grande neutralité avec pour seul but d'établir les faits visés par celle-ci (ATA/678/2017, du 20 juin 2017, consid. 7).
- Dans le contexte d'un enquêteur interne à l'administration, la CACJ a déjà eu l'occasion d'examiner la dépendance directe ou indirecte de celui-ci à l'égard du directeur général de l'administration municipale, pour conclure que celle-ci ne permettait pas, en l'absence d'autres indices, de douter par principe de son objectivité (ATA/657/2015 du 23 juin 2015).
- Cas spécifique : *quid* si une EA doit être menée au sein du pouvoir judiciaire ? Possible de nommer un ancien juge du pouvoir judiciaire ? Rien ne l'interdit formellement, mais situation très délicate, notamment en termes d'impartialité.
- En présence d'un motif de récusation, et comme de coutume, il faut s'adresser **aussitôt** à l'autorité qui a nommé l'enquêteur administratif et demander sa récusation, sous peine de forclusion.
- Si l'autorité refuse la demande de récusation, il s'agit d'une **décision incidente susceptible d'un recours immédiat**, dès lors qu'elle cause un préjudice irréparable à l'intéressé (ATA/1296/2017 du 19 septembre 2017, consid. 2b).

# III. Procédure (suite)

## 4. Décisions rendues par l'enquêteur administratif durant l'EA.

- Selon la CACJ, l'enquêteur administratif est une **autorité administrative** au sens de l'art. 5 let. g LPA (ATA/297/2022 du 22 mars 2022, consid. 5).
- Il est par conséquent investi du pouvoir de **rendre des décisions** au sens de l'art. 4 LPA (ATA/297/2022 du 22 mars 2022, consid. 7). Mais il s'agit d'un **pouvoir limité** par nature aux fonctions qui sont les siennes dans le cadre de l'EA. Ce seront surtout des décisions **de nature procédurale** que l'enquêteur administratif sera admis à rendre.
- Dans le cadre de l'EA, l'enquêteur administratif est susceptible de rendre notamment les décisions suivantes :
  - i) une décision de refus d'autoriser une personne visée par une EA à participer à l'audition d'un témoin (ATA/1175/2020 du 24 novembre 2020);
  - ii) une décision par laquelle il fixe la date et l'heure d'une audition (ATA/922/2022 du 13 septembre 2022, consid. 4) ;
  - iii) une décision par laquelle il autorise un témoin à être accompagné par une personne de confiance lors de son audition (ATA/1175/20202 du 24 novembre 2020, consid.3) ;
  - iv) une décision par laquelle il refuse d'autoriser plusieurs personnes visées par plusieurs EA relatives à un même complexe de faits à participer à toutes les auditions menées dans toutes les EA conduites parallèlement (ATA/1112/2019 du 28 juin 2019) ;
  - v) une décision par laquelle il refuse de donner suite à la demande de non-audition d'une personne en qualité de témoin (ATA/715/2013 du 29 octobre 2013) ;
  - vi) une décision par laquelle il rejette des mesures d'instruction proposées par les parties (ATA/663/2018 du 26 juin 2018, consid. 3c).
- Les décisions rendues par l'enquêteur administratif durant l'EA sont **des décisions incidentes** susceptibles de recours aux conditions spécifiques applicables auxdites décisions (ATA/663/2018 du 26 juin 2018, consid. 3c ; position critiquée par la doctrine mais confirmée par le Tribunal fédéral (1C 317/2018 du 11 octobre 2018, consid. 2.2)).

# III. Procédure (suite)

## 5. Déroulement de l'EA.

- Se référer en premier lieu à l'art. 42 LPA et, dans certains cas spécifiques, à l'art. 28A LPA.
- Les parties ne sont pas libres de poser des questions directement aux témoins ou aux personnes appelées à donner des renseignements (art. 42 al. 2 LPA).
- Les questions à poser doivent être d'abord soumises à l'enquêteur administratif qui décide si elles peuvent ou non être posées (art. 42 al. 2 LPA).
- En cas de refus de laisser poser une question, possibilité de le faire inscrire au PV (art. 42 al. 3 LPA). Important de le faire aux fins de documenter, par la suite, une violation du droit d'être entendu.
- Possibilité de se déterminer sur le libellé des questions posées par les autres parties (art. 42 al. 4 LPA).
- Possibilité d'entendre les témoins hors la présence des parties (art. 42 al. 5 LPA), mais en présence de leur représentant. Pour cela, il faut un intérêt prépondérant du témoin ou de la personne appelée à donner des renseignements qui l'emporte sur le droit d'être entendu des parties.
- Attention : **règle spécifique** à l'art. 28A LPA. Possible d'entendre une personne alléguant avoir été atteinte dans son intégrité physique ou psychique **en l'absence des parties et de leur représentant** (ATA/711/2021 du 6 juillet 2021, consid. 3f). Cela constitue une **entorse sévère au droit d'être entendu**. Aussi, possibilité doit être donnée au préalable à l'intéressé de **préparer des questions qui seront posées par l'enquêteur administratif** lors de l'audition (ATA/785/2012 du 20 novembre 2020, consid. 5a). La partie doit pouvoir ensuite se déterminer sur le procès-verbal de l'audition (ATA/1175/2020 du 24 novembre 2020, consid. 3 ; art. 42 al. 6 LPA).

### III. Procédure (suite)

- L'art. 27 LPAC prévoit des règles supplémentaires.
- L'EA doit être menée dans un délai de 30 jours. En principe, **une seule audience** est prévue lors de laquelle toutes les personnes doivent être entendues (art. 27 al. 4 LPAC). Se passe fréquemment différemment en pratique.
- Une fois la phase de l'instruction de l'EA terminée, l'enquêteur administratif rend un rapport sur lequel l'intéressé peut s'exprimer **dans un délai de 30 jours** (art. 27 al. 5 LPAC).
- Une fois les observations de l'intéressé reçues, le Conseil d'Etat, la commission de gestion du pouvoir judiciaire ou le conseil d'administration statue **à bref délai** (art. 27 al. 6 LPAC).
- Les délais prévus à l'art. 27 LPAC sont **des délais d'ordre** (ATA/215/2017 du 21 février 2017, consid. 15c) dont le non-respect n'entraîne aucune conséquence particulière.
- L'EA se clôt non pas par la décision par laquelle l'autorité sanctionne ou non l'intéressé, mais **par la remise**, par l'enquêteur administratif, de son **rapport d'enquête** à ladite autorité (ATA/215/2017 du 21 février 2017, consid. 15). L'EA n'a pas besoin d'être **formellement clôturée** par l'autorité par le biais d'une décision formelle (ATA/215/2017 du 21 février 2017, consid. 15). Peut jouer un rôle non négligeable sur la prescription (cf. *infra*).
- Volonté du législateur en adoptant l'art. 27 LPAC : une EA doit être **menée rapidement** (ATA/215/2017 du 21 février 2017, consid. 15).

### III. Procédure (suite)

6. Possibilité de suspendre une EA dans l'attente du résultat d'une procédure pénale voire civile parallèle (voir art. 14 LPA ; art. 29 al. 2 LPAC).
- Normalement, une EA ne doit **pas être suspendue dans l'attente du résultat** d'une procédure menée parallèlement -> traduction de la volonté du législateur d'aller vite et de, si possible, sanctionner rapidement les éventuelles violations des devoirs de service.
  - Selon la CACJ :

*«Il ressort du texte des art. 27 al. 4 à al. 6 LPAC et 29 al. 2 LPAC ainsi que des travaux préparatoires que la procédure disciplinaire doit se dérouler de manière rapide. En effet, d'une part, les délais impartis pour effectuer l'enquête administrative puis s'exprimer sur le rapport d'enquête y relatif étant courts (trente jours – art. 27 al. 4 et 5 LPAC), l'autorité disciplinaire doit appliquer les dispositions des art. 16, 21 et 27 LPAC dans les meilleurs délais et statuer à bref délai (art. 27 al. 6 LPAC et 29 al. 2 LPAC). D'autre part, il ressort des travaux préparatoires susmentionnés que le législateur a souhaité contraindre l'employeur à prendre des mesures dans un délai relativement bref après la découverte de la violation des devoirs de service (MGC 2006-2007/VI A – 4524)».*
  - Donc, la suspension d'une EA **dans l'attente du résultat d'une autre procédure** n'est pas impossible, mais ne doit pas devenir la règle. L'autorité administrative devrait toujours être en mesure d'apprécier elle-même si une violation des devoirs de service a eu lieu sans la faire dépendre d'une éventuelle procédure pénale, celle-ci n'étant pas toujours nécessaire (ATA/27/2012 du 17 janvier 2012, consid. 4c).
  - Dans le cas où une suspension intervient, la décision est rendue sur la base de l'art. 14 LPA (ATA/215/2017 du 21 février 2017, consid. 16c). Il s'agit alors d'une **décision incidente**, susceptible de recours aux conditions applicables à ces décisions.

# IV. Quelques problèmes épineux

## 1. La prescription

- Que la loi, le règlement ou le statut applicable le prévoit ou non, la poursuite d'une sanction disciplinaire est soumise à un délai de prescription. Dans la LPAC, délai relatif de 1 an et délai absolu de 5 ans (art. 27 al. 7 LPAC). Délai unique de 2 ans dans le Statut du personnel des TPG (art. 67 du Statut du personnel des TPG).
- Ne vaut que pour **les sanctions disciplinaires** et les **licenciements qui interviennent à titre disciplinaire** (révocation par exemple selon l'art. 16 al. 1 let c ch. 5 LPAC ; art. 64 al. 1 let d du Statut du personnel des TPG).
- Trois questions peuvent se poser en pratique : *quid du dies a quo*, de la suspension de la prescription pendant une EA, et de la suspension de la prescription lorsqu'une EA est elle-même suspendue dans l'attente du résultat d'une autre procédure, notamment pénale, menée parallèlement ?
- *Dies a quo* : A partir de quand le délai relatif de prescription commence-t-il à courir ? Peut jouer un rôle non négligeable en pratique car **si la prescription relative est acquise, il n'est plus possible de sanctionner l'intéressé** même si les faits sont avérés (ATA/215/2017 du 21 février 2017, consid. 8) et même si le délai de prescription absolu n'est pas écoulé.
- La CACJ a clairement posé le principe : le **délai relatif** commence à courir dès le moment où **l'autorité compétente pour prendre la sanction disciplinaire envisagée prend connaissance des faits** qui fondent l'infliction de la sanction (ATA/508/2022 du 17 mai 2022, consid. 10e).
- Selon la CACJ, toute autre solution, notamment retenir que le délai commencerait à courir dès le moment où la « hiérarchie » serait informée des faits, conduirait la hiérarchie du fonctionnaire à solliciter systématiquement de l'autorité compétente l'ouverture d'une enquête administrative pour permettre la suspension de la poursuite disciplinaire, ce qui serait souvent injustifié et/ou disproportionné (ATA/679/2009 du 22 décembre 2009 consid. 10).
- Donc, ce sera lorsque l'existence des faits fondant l'infliction d'une sanction disciplinaire parviendra au **Conseil d'Etat**, au **conseil d'administration**, à la **commission de gestion du pouvoir judiciaire** ou au **conseil administratif** dans les communes, que le délai de prescription relatif d'un an commencera à courir. **Importance en pratique de pouvoir documenter précisément ce moment.**

## IV. Quelques problèmes épineux (suite)

- Suspension du délai de prescription
- De manière générale, la prescription est suspendue **pendant la durée de l'EA**. Formulation sibylline de l'art. 27 al. 7 *in fine* LPAC : «*La prescription est suspendue, **le cas échéant**, pendant la durée de l'enquête administrative*». Quelle signification donner à l'expression : «*le cas échéant*» ?
- Comparer avec la formulation de l'art. 36 al. 3 LPol (RS GE F 1 05) : «*La prescription est suspendue pendant la durée de l'enquête administrative, ou de l'éventuelle procédure pénale portant sur les mêmes faits*».
- La suspension est-elle automatique, ou faut-il que l'autorité compétente la prévoie expressément dans sa décision d'ouverture d'une EA ?
- Mais la question qui se pose surtout est de savoir ce qui faut entendre par «*pendant la durée de l'EA*».
- La CACJ a eu à répondre à cette question : selon elle l'EA débute avec la **notification de la décision d'ouverture** et prend fin avec **la remise du rapport** de l'enquêteur administratif (ATA/215/2017 du 21 février 2017, consid. 15 ; ATA/508/2022 du 17 mai 2022, consid. 10d).
- Dès le moment où l'enquêteur administratif a remis son rapport, **la suspension de la prescription cesse** et cela quand bien même l'autorité compétente tarderait à rendre sa décision après réception et analyse du rapport. Traduit une nouvelle fois la volonté exprimée que les EA soient menées à leur terme rapidement et que si sanction il doit y avoir, elle soit prononcée rapidement.
- Conclusion : le délai relatif d'un an commence à courir dès le moment où l'autorité compétente a connaissance des faits fondant l'infliction d'une sanction disciplinaire. Il est *éventuellement* (*i.e.* «*le cas échéant*») suspendu pendant la durée de l'EA, à savoir à compter de la décision d'ouverture de l'EA et jusqu'à à ce que l'enquêteur administratif remette son rapport à l'autorité compétente.

## IV. Quelques problèmes épineux (suite)

- Est-ce que les constats qui précèdent valent également pour le **délai absolu de prescription** ?
- *Dies a quo* : le délai absolu commence à courir au moment où **les faits reprochés ont lieu**. S'il s'agit de faits qui s'inscrivent dans la durée, le délai commence à courir à **compter des derniers agissements répréhensibles** (ATA/508/2022 du 17 mai 2022, consid. 10f).
- Question : est-ce que ce délai est aussi suspendu pendant la durée de l'EA ? Question légitime vu la volonté clairement exprimée par le législateur de mener à leur terme les EA de manière rapide et de sanctionner tout aussi rapidement les violations des devoirs de service.
- Selon la CACJ, **tant le délai relatif que le délai absolu peuvent être suspendus** pendant la durée de l'EA (ATA/508/2022 du 17 mai 2022, consid. 10c et 10f). Dans de précédentes décisions, la CACJ avait toutefois retenu que seul le délai de prescription relatif pouvait être suspendu (ATA/215/2017 du 21 février 2017, consid. 15d).
- Pour arriver à cette conclusion, la CACJ se fonde sur l'art. 36 al. 3 LPol. Mais cette disposition n'a pas la même teneur que l'art. 27 al. 5 LPAC et surtout, l'art. 36 al. 4 LPol prévoit expressément que l'art. 29 al. 2 LPAC ne s'applique pas en cas d'EA ouverte contre un policier. Donc, lorsqu'une EA concerne une personne soumise à la LPol, la règle est que non seulement l'EA **est suspendue** pendant la conduite d'une procédure pénale parallèle, mais que, également, le délai de prescription **est suspendu** pendant la durée de la procédure pénale parallèle.
- Différent donc de ce qui prévaut en matière de LPAC où justement la règle veut que les EA suivent leur cours rapidement sans attendre le résultat d'une procédure pénale menée parallèlement (art. 29 al. 2 LPAC), avec la conséquence que la prescription n'est pas suspendue en cas de procédure pénale diligentée en parallèle.
- Jurisprudence découlant de la LPol est-elle vraiment applicable au cas des intéressés soumis à la LPAC ?

## IV. Quelques problèmes épineux (suite)

- Suspension de la prescription lorsque l'EA est elle-même suspendue ?
- Art. 27 al. 5 *cum* 29 al. 2 LPAC. A rigueur de texte, l'existence d'une procédure pénale parallèle n'a pas pour conséquence, *per se*, d'entraîner la suspension de la prescription, ce qui a été confirmé par la CACJ ([ATA/215/2017 du 21 janvier 2017, consid. 15f](#)). Comparer avec ce que prévoit l'art. 36 al. 3 LPol.
- Toujours selon l'art. 27 al. 5 LPAC, la suspension n'intervient **que pendant la durée de l'EA**. Mais que se passe-t-il si l'EA, après avoir été ouverte, est suspendue par l'autorité en application de l'art. 14 LPA, le temps qu'une procédure pénale menée en parallèle trouve son épilogue ?
- Selon la CACJ, dans un tel cas, le délai de prescription (relatif et absolu) **demeure suspendu**, quand bien même la procédure pénale parallèle durerait de nombreuses années ([ATA/508/2022 du 17 mai 2022, consid. 10f](#)).
- Critiques : contraire au principe de célérité, contraire au texte de l'art. 27 al. 2 *cum* 29 al. 2 LPAC et contraire, surtout, à la volonté du législateur de voir les EA diligentées rapidement et les sanctions qui en découlent prononcées tout aussi rapidement.

# IV. Quelques problèmes épineux (suite)

## 2. Les «ersatz» d'EA

- Constat : **tendance actuelle** pour les autorités à faire procéder à des «**audits externes**» ou à des «**pré-enquêtes internes**» en amont de l'éventuelle ouverture d'une EA, en particulier si l'autorité n'a pas de soupçons suffisants justifiant l'ouverture d'une EA.
- Pas critiquable sur le principe.
- Mais soulève certains problèmes : ces audits externes ou ces pré-enquêtes sont conduits **en dehors de tout cadre procédural** : pas de confrontation, pas d'accès au dossier, pas possible de demander la récusation des personnes qui les mènent, etc.
- Admissibilité de ces deux mécanismes : Pré-enquêtes : (ATA/711/2021 du 6 juillet 2021, consid. 3c ; ATA/415/2008 du 26 août 2008). Possible pour autant que :
  - i) diligentées dans le but de **rassembler des faits** et permettre à l'autorité décisionnaire **de décider d'ouvrir ou non une EA** ; en ce sens, ces pré-enquêtes ne peuvent pas cibler le **comportement d'une ou de plusieurs personnes**. Au contraire, elles doivent être générales (par exemple, porter sur le fonctionnement général d'un service);
  - ii) les personnes entendues dans les cadre de ces pré-enquêtes doivent être prévenues qu'elles **n'ont pas la qualité de partie** (il ne s'agit pas d'une procédure administrative au sens juridique du terme) ;
  - iii) **aucun procès-verbal** des auditions menées ne doit être ténorisé ;
  - iv) Auditions doivent être **non contradictoires** (ATA/211/2009 du 28 avril 2009, consid. 18).

## IV. Quelques problèmes épineux (suite)

- Les audits externes : Admissibilité générale (ATA/211/2009 du 28 avril 2009, consid. 18).
- Les mêmes garde-fous que pour les pré-enquêtes (ATA/211/2009 du 28 avril 2009, consid. 18).
- Dans les deux cas :

*«L'autorité ne peut pas, sous peine de violer les règles sur l'établissement des faits et les garanties offertes par la loi aux employés et aux fonctionnaires de l'Etat, **s'appuyer sur le rapport rendu au terme d'une telle démarche, pour prendre une quelconque décision à l'encontre d'un employé ou d'un fonctionnaire qui s'y trouverait incriminé.** En effet, de tels audits, fondés sur des auditions effectuées sans procès-verbaux et sur des actes d'instruction non contradictoires, **ne peuvent fonder que des soupçons justifiant, le cas échéant, l'ouverture d'une EA** au sens de l'art. 27 LPAC ; ils ne peuvent remplacer, sans vider cette disposition de sa substance, l'ouverture d'une EA, menée en bonne et due forme»*

(ATA/211/2009 du 28 avril 2009, consid. 18).

- Conclusion : possible pour une autorité de faire procéder à des pré-enquêtes internes ou à des audits externes à certaines conditions. Mais l'autorité **ne peut se fonder** sur les seuls **résultats** de ces enquêtes pour sanctionner ou licencier un fonctionnaire. Si elle le fait, il en découle une violation de la maxime d'office (art. 19 LPA) et du droit d'être entendu (art. 42 LPA). **En clair, ces pré-enquêtes ou ces audits ne sauraient remplacer la tenue d'une EA en bonne et due forme.**

## V. Conclusions

Quel avenir pour les EA ?

Quels changements à souhaiter ?

- i) Ouverture plus large du contentieux ?
- ii) Intégration des EA dans la LPA ?

Je vous remercie vivement de votre attention !