

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2653/2017-FPUBL

ATA/1169/2017

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 8 août 2017

sur effet suspensif

dans la cause

Monsieur A_____

représenté par Me Pascal Pétroz, avocat

contre

B_____

représentée par Me Sandro Vecchio, avocat

Considérant en fait :

- 1) Monsieur A_____ a été engagé le 12 février 2002 par B_____, établissement médico-social (ci-après : B_____ ou l'EMS) en qualité de « chef de service B, au personnel ».
- 2) Il a été nommé « directeur administratif et ressources humaines » à compter du 1^{er} septembre 2002, puis directeur général adjoint dès le 1^{er} juin 2003.
- 3) Le 10 décembre 2015, le service d'audit interne de la République et canton de Genève a rendu le rapport n° 1_____ portant sur le contrôle des comptes arrêtés au 31 décembre 2014 de B_____.

« L'appréciation générale » retenait que le rapport ne relevait pas de problèmes majeurs. Néanmoins, la sous-évaluation de la valeur comptable de certains bâtiments et des durées d'amortissement trop longues participaient à améliorer le résultat de l'EMS. Par ailleurs, la création d'une société par l'EMS ne reposait pas sur une base légale, ce qui pouvait remettre en cause l'existence et la validité des engagements de celle-là.
- 4) Le 22 juin 2016, la fiduciaire C_____ a présenté au Conseil d'administration de B_____ (ci-après : le CA) les résultats préliminaires d'un audit de gestion.

D'un point de vue opérationnel, il y avait un risque majeur sur la gestion financière courante et sur le projet de construction en cours. Sur le plan de la gouvernance, il existait un « virage entre le Conseil d'administration actuel et les précédents ». La responsabilité du CA actuel était engagée. Un plan d'action était proposé.
- 5) Par courrier du 6 juillet 2016, le Conseiller d'État en charge du département de l'emploi, des affaires sociales et de la santé (ci-après : DEAS) s'est déterminé sur les résultats préliminaires précités. Une action immédiate et « conséquente » du CA était nécessaire.
- 6) Le 13 juillet 2016, la fiduciaire D_____, organe de révision de l'EMS, a rendu un « rapport détaillé » au CA pour l'exercice arrêté au 31 décembre 2015. Son rapport statutaire à l'attention du CA contenait une réserve relative à la continuation d'exploitation de l'établissement et une opinion d'audit défavorable quant aux comptes annuels qui ne donnaient pas une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et des résultats en conformité avec les Swiss Gaap RPC.
- 7) Le 12 octobre 2016, la fiduciaire C_____ a fait une présentation au CA « des constats détaillés, des actions en cours et des actions futures ». Elle retenait notamment que « B_____ a[vait] été laissée à l'abandon depuis longtemps par manque flagrant de management et de leadership ».

- 8) Par décision du 31 octobre 2016, B_____ a suspendu M. A_____ de ses fonctions avec effet immédiat. L'audit de gestion avait « mis à jour diverses irrégularités et de nombreux manquements répétés dans l'accomplissement de [ses] fonctions en tant que directeur général adjoint en charge notamment de la gestion des finances et des travaux au sein de B_____ ».

« Le CA n'entend[ait] pas supprimer [son] traitement, mais dans l'éventualité où d'autres faits répréhensibles seraient révélés, [son] traitement pourrait être partiellement ou totalement supprimé ».

- 9) Par courrier du 10 novembre 2016, l'intéressé a indiqué qu'il contestait rigoureusement le bien-fondé de la décision. Il n'entendait en l'état pas recourir contre cette décision « illégale, dans la mesure où il préférerait concentrer [s]es forces sur la suite de la procédure ».

Il informait son employeur de son incapacité de travail.

- 10) Un entretien de service s'est déroulé, par écrit, le 21 novembre 2016. Un délai de trente jours était accordé à M. A_____ pour faire valoir ses observations.

- 11) Le 12 décembre 2016, B_____ a informé M. A_____ avoir donné mandat à Monsieur E_____ de diligenter l'enquête administrative à son encontre.

- 12) Le 19 décembre 2016, la fiduciaire C_____ a rendu un rapport détaillant les « constatations sur les problématiques d'organisation et de fonctionnement dans les services comptabilité, accueil et achats » de B_____.

Il retenait que « M. A_____ s'[était] retrouvé dans un poste à responsabilités pour lequel il n'avait manifestement ni les compétences, ni la vision de fonctionnement d'une entité publique évoluant dans un environnement politique, et encore moins le savoir-être d'un responsable dont la mission première [était] de garantir un bon fonctionnement de l'entité dans son ensemble, plus particulièrement du point de vue de la gestion administrative, de la gestion financière (comptabilité, budget, trésorerie et dette) et de la gestion des ressources humaines. » Lors des rencontres avec M. A_____, celui-ci avait eu « une attitude non collaborante. Il n'a[vait] jamais admis une quelconque responsabilité dans la gestion de B_____, gestion qui aurait pu mener, sans les audits réalisés et le plan d'action proposés et acceptés par le CA, à une fin d'exploitation d'un _____. »

Copie dudit rapport a été transmis à M. A_____ le 20 janvier 2017.

- 13) L'intéressé a fait valoir ses observations dans le cadre de l'entretien de service par courrier du 21 décembre 2016.

- 14) Par arrêté du 25 janvier 2017, le Conseil d'État a refusé d'approuver les états financiers de B_____ au 31 décembre 2015.

- 15) Le 26 avril 2017, la fiduciaire C_____ a rendu son rapport final d'intervention pour B_____.

« La fiduciaire C_____ est intervenue à l'EMS B_____, sur demande de la présidence, pour réaliser un audit de gestion interne centré sur le système de contrôle interne, la comptabilité, l'accueil, les achats et les projets d'infrastructure. Cette demande faisait suite à un premier audit interne qui avait mis en évidence des signes importants de carences et de dysfonctionnements.

L'audit préliminaire réalisé par la fiduciaire C_____ en mai – juin 2016 a validé ces constats. Ceux-ci concernaient autant la gouvernance, la gestion financière et l'organisation interne, que le manque de respect des procédures existantes (ex : AIMP) et la gestion des ressources humaines.

Le Conseil d'administration de l'EMS B_____ a eu la confirmation des problèmes détectés, puis, en les cernant mieux, a pu prendre des mesures correctrices immédiates pour assurer la pérennité de l'institution. Notons que ces difficultés étaient présentes depuis plusieurs années.

L'exécution du mandat a été marquée, au fur et à mesure de son déroulement, par la découverte successive de problèmes nouveaux. C'est ainsi qu'en partant d'un périmètre relativement restreint, le mandat a été progressivement élargi à l'ensemble de l'institution, y compris dans ses fondements comptables et financiers.

Ce rapport décrit l'ensemble des travaux qui ont été menés de concert avec les équipes concernées de l'EMS B_____ afin de redonner à l'institution les conditions de sa pérennité.

Certes les efforts de redressement ne sont de loin pas terminés. Néanmoins nous tenons à exprimer notre conviction que la démarche entamée il y a bientôt un an portera ses fruits à court et long terme.

En conclusion, notre constat initial sur l'EMS B_____ qui était « la gestion a été laissée à l'abandon depuis longtemps, par manque flagrant de management et de leadership » s'avère aujourd'hui obsolète ».

- 16) Par décision du 7 juin 2017, B_____, suite à un vote du CA du 24 mai 2017, a suspendu le traitement de M. A_____ avec effet immédiat. Référence était faite à diverses irrégularités et à de nombreux manquements répétés dans l'accomplissement de [ses] fonctions, mis à jour par l'audit de gestion et financier. La décision était immédiatement exécutoire, nonobstant recours.

- 17) Par acte du 19 juin 2017, M. A_____ a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision précitée, concluant préalablement à la restitution de l'effet suspensif au recours. La chambre administrative devait ordonner à B_____ de motiver sa décision. Un délai devait être accordé au recourant pour compléter son recours. Principalement, la décision querellée devait être annulée.
- 18) Par courrier du 20 juin 2017, un avocat, agissant pour le compte de B_____ a mis en demeure M. A_____ de rembourser, d'ici au 30 juin 2017, CHF 213'810,95. »
- 19) Le 21 juin 2017, le CA a accepté d'étendre l'enquête administrative « suite aux nouveaux éléments découverts ». Référence était faite à une « rémunération indue illicite d'un montant de CHF 213'810,95. »
- 20) Par décision du 26 juin 2017, B_____ a étendu le mandat de l'enquêteur administratif.
- 21) Par pli du 28 juin 2017, M. A_____ a contesté l'entier de faits qui lui étaient reprochés. « N'ayant rien à cacher, il n'entend[ait] pas recourir contre l'extension précitée. »
- 22) Le 10 juillet 2017, l'intimée a conclu au rejet de la demande de restitution de l'effet suspensif au recours.
- 23) Le recourant a répliqué le 25 juillet 2017, après quoi la cause a été gardée à juger sur effet suspensif.

Considérant en droit :

- 1) Les décisions sur mesures provisionnelles sont prises par le président ou le vice-président de la chambre administrative ou, en cas d'empêchement de ceux-ci, par un autre juge (art. 21 al. 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA-GE - E 5 10 et art. 7 al. 1 du règlement interne de la chambre administrative du 26 septembre 2010).
- 2) Aux termes de l'art. 66 LPA, sauf disposition légale contraire, le recours a effet suspensif à moins que l'autorité qui a pris la décision attaquée n'ait ordonné l'exécution nonobstant recours (al. 1). Toutefois, lorsqu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose, la juridiction de recours peut, sur la demande de la partie dont les intérêts sont gravement menacés, retirer ou restituer l'effet suspensif (al. 3).
- 3) Selon la jurisprudence constante de la chambre administrative, des mesures provisionnelles – au nombre desquelles compte la restitution de l'effet suspensif (Philippe WEISSENBARGER/Astrid HIRZEL, Der Suspensiveffekt und andere

vorsorgliche Massnahmen, in Isabelle HÄNER/Bernhard WALDMANN [éd.], Brennpunkte im Verwaltungsprozess, 2013, 61-85, p. 63) – ne sont légitimes que si elles s'avèrent indispensables au maintien d'un état de fait ou à la sauvegarde d'intérêts compromis (ATF 119 V 503 consid. 3 ; ATA/955/2016 du 9 novembre 2016 consid. 4 ; ATA/1244/2015 du 17 novembre 2015 consid. 2 ; ATA/1110/2015 du 16 octobre 2015 consid. 3).

Elles ne sauraient, en principe tout au moins, anticiper le jugement définitif ni équivaloir à une condamnation provisoire sur le fond, pas plus qu'aboutir abusivement à rendre d'emblée illusoire la portée du procès au fond (arrêts précités). Ainsi, dans la plupart des cas, les mesures provisionnelles consistent en un minus, soit une mesure moins importante ou incisive que celle demandée au fond, ou en un aliud, soit une mesure différente de celle demandée au fond (Isabelle HÄNER, op. cit., p. 265).

- 4) L'octroi de mesures provisionnelles présuppose l'urgence, à savoir que le refus de les ordonner crée pour l'intéressé la menace d'un dommage difficile à réparer (ATF 130 II 149 consid. 2.2 ; 127 II 132 consid. 3 = RDAF 2002 I 405).
- 5) Lorsque l'effet suspensif a été retiré ou n'est pas prévu par la loi, l'autorité de recours doit examiner si les raisons pour exécuter immédiatement la décision entreprise sont plus importantes que celles justifiant le report de son exécution. Elle dispose d'un large pouvoir d'appréciation qui varie selon la nature de l'affaire. La restitution de l'effet suspensif est subordonnée à l'existence de justes motifs, qui résident dans un intérêt public ou privé prépondérant à l'absence d'exécution immédiate de la décision ou de la norme (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1161/2013 du 27 février 2014 consid. 5.5.1).
- 6) Pour effectuer la pesée des intérêts en présence qu'un tel examen implique, l'autorité de recours n'est pas tenue de procéder à des investigations supplémentaires, mais peut statuer sur la base des pièces en sa possession (ATF 117 V 185 consid. 2b ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_435/2008 du 6 février 2009 consid. 2.3 et les arrêts cités).
- 7) a. B_____ est un établissement de droit public, doté de la personnalité juridique (art. 1 et 2 de la loi concernant « B_____ » du 21 mai 2001 entrée en vigueur le 1er novembre 2001 - LMV). Le personnel de l'établissement est soumis au statut de la fonction publique, tel que défini par la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 (LPAC - B 5 05 ; art. 10 LMV ; art. 2 du règlement du personnel de B_____ du 27 mai 2008).
- b. Dans l'attente du résultat d'une enquête administrative ou d'une information pénale, le Conseil d'État, la commission de gestion du pouvoir judiciaire ou le conseil d'administration peut, de son propre chef ou à la demande de l'intéressé, suspendre

provisoirement un membre du personnel auquel il est reproché une faute de nature à compromettre la confiance ou l'autorité qu'implique l'exercice de sa fonction. Au sein de l'établissement, le président du conseil d'administration peut procéder, à titre provisionnel et sans délai, à la suspension de l'intéressé (art. 28 al. 1 LPAC).

La suspension provisoire peut entraîner la suppression de toute prestation à la charge de l'État ou de l'établissement (art. 28 al. 3 LPAC). À l'issue de l'enquête administrative, il est veillé à ce que l'intéressé ne subisse aucun préjudice réel autre que celui qui découle de la décision finale. Une décision de révocation avec effet immédiat peut cependant agir rétroactivement au jour de l'ouverture de l'enquête administrative (art. 28 al. 4 LPAC).

c. À teneur de l'art. 57 let. c LPA, sont susceptibles d'un recours, les décisions incidentes, 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, les décisions incidentes, 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.

- 8) En l'espèce, la décision querellée ne concerne que la suspension avec effet immédiat du traitement du recourant et ne porte pas sur la suspension du recourant de ses fonctions, décidée le 31 octobre 2016, et contre laquelle l'intéressé n'a pas recouru.

Le recourant sollicite la restitution de l'effet suspensif, invoquant l'absence de modification de la situation depuis la décision du 31 octobre 2016. Outre que l'examen approfondi de la « nouveauté » des faits allégués par l'intimée devrait faire l'objet d'une analyse au fond, deux rapports ont été rendus depuis l'automne 2016, à savoir le rapport préliminaire d'audit de la fiduciaire C_____ du 19 décembre 2016, ainsi que le rapport d'audit final du 26 avril 2017 de la même société. Ce dernier fait expressément mention de la « découverte successive de problèmes nouveaux » au cours de l'audit. De surcroît, différents témoins ont été entendus dans le cadre de l'enquête administrative depuis le 27 janvier 2017. Dans ces circonstances, il apparaît, de prime abord, vraisemblable que des éléments nouveaux aient été mis à jour par la fiduciaire précitée, laquelle a par ailleurs relevé dans son rapport final, au terme de plus de 1'121 heures de travail, la « difficulté extrême » dudit mandat.

Le recourant invoque les difficultés financières que lui cause le retrait de l'effet suspensif. Il ne produit toutefois aucun document ni n'allègue aucun chiffre à même de permettre à la chambre administrative d'examiner la réalité desdites difficultés. De surcroît, l'intéressé relève dans ses écritures être propriétaire d'un bien immobilier et conteste avoir bénéficié d'avantages en lien avec une croisière au travers de l'Atlantique, indiquant notamment qu'il s'agissait de son propre bateau. Dans ces conditions, compte tenu notamment de la fortune dont le recourant fait ainsi

état et de l'absence de toutes pièces, le recourant ne démontre pas, *prima facie*, que ses intérêts soient gravement menacés.

Le recourant allègue ne pas avoir droit au chômage et être en incapacité de travail. Il ne démontre toutefois pas pour quels motifs les conditions de l'art. 10 al. 4 de la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (loi sur l'assurance-chômage, LACI - RS 837.0), selon lequel « la suspension provisoire d'un rapport de service fondé sur le droit public est assimilée à du chômage, lorsqu'un recours avec effet suspensif contre la résiliation signifiée par l'employeur est pendant » ne seraient pas remplies, étant rappelé que les art. 8 et suivants de la loi en matière de chômage du 11 novembre 1983 (LMC - J 2 20) prévoient des prestations en cas d'incapacité passagère, totale ou partielle de travail.

La suspension de traitement ayant été réservée dans la décision du 31 octobre 2016, le recourant ne peut soutenir être pris de court.

Par ailleurs, accéder à la demande de restitution de l'effet suspensif de l'intéressé équivaldrait à anticiper sur le résultat de l'instruction de son recours, dans la mesure où cette prétention se confond avec la conclusion au fond, qui tend à l'annulation de la décision du 7 juin 2017, et par conséquent à la reprise du versement de son traitement, ce qui est en principe prohibé (ATA/1071/2017 du 7 juillet 2017 consid. 8 ; ATA/626/2016 du 19 juillet 2016 consid. 10 ; ATA/470/2015 du 18 mai 2015 consid. 4).

Enfin, l'intérêt privé du recourant à conserver son traitement doit céder le pas à l'intérêt public à la préservation des finances de l'intimée et de l'État, conformément à la jurisprudence constante de la chambre administrative (ATA/622/2017 du 31 mai 2017 consid. 9 ; ATA/626/2016 précité ; ATA/471/2016 du 6 juin 2016 et les références citées).

- 9) La demande de restitution de l'effet suspensif au recours sera dès lors rejetée, le sort des frais étant réservé jusqu'au prononcé de l'arrêt au fond, la recevabilité du recours étant toutefois réservée.

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

refuse de restituer l'effet suspensif au recours ;

réserve le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond ;

dit que conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), la présente décision peut être portée dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communiqué la présente décision, en copie, à Me Pascal Pétroz, avocat du recourant, ainsi qu'à Me Sandro Vecchio, avocat de B_____.

La présidente :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :