

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

1C_251/2014

Arrêt du 27 janvier 2015

Ire Cour de droit public

Composition

MM. les Juges fédéraux Fonjallaz, Président,
Merkli, Karlen, Eusebio et Chaix.
Greffier : M. Kurz.

Participants à la procédure

A. _____,
B. _____,
C. _____,
D. _____,

tous les quatre représentés par
Me Antoine Boesch, avocat,
recourants,

contre

Conseil d'Etat de la République et canton de Genève, rue de l'Hôtel-de-Ville 2, 1204 Genève.

Objet

Règlements sur le personnel de l'administration et
le corps enseignant : exercice d'un mandat électif, incompatibilités de fonctions,

recours contre les règlements du Conseil d'Etat de la République et canton de Genève du 26 mars 2014.

Faits :

A.

Le 26 mars 2014, le Conseil d'Etat du canton de Genève a modifié le règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux (RPAC, RS/GE B 5 05.01) ainsi que le règlement fixant le statut des membres du corps enseignant primaire, secondaire et tertiaire ne relevant pas des hautes écoles (RStCE, RS/GE B 5 10.04). Ces modifications portent sur les art. 11 RPAC et 12 RStCE, dont les teneurs (anciennes et nouvelles) sont les suivantes:

Art. 11 RPAC Exercice d'un mandat électif

(ancienne teneur)

1 Les conditions de l'exercice d'un mandat électif font l'objet d'un accord entre le membre du personnel et le chef du département.

2 Cet accord fixe, notamment, le temps de congé nécessaire et une éventuelle réduction de traitement.

(nouvelle teneur)

1 Les membres du personnel ne peuvent exercer un mandat électif incompatible avec leur fonction ou qui porte préjudice à l'accomplissement des devoirs de service.

2 Une autorisation de l'autorité compétente est nécessaire si le mandat est exercé pendant les heures de travail. L'absence doit être compensée. L'autorisation fixe les modalités de la compensation.

3 Si la compensation s'avère impossible, l'autorité compétente fixe soit un congé sans traitement soit le taux et la durée de la diminution d'activité avec réduction proportionnelle du traitement.

Art. 12 RStCE Exercice d'un mandat électif

(ancienne teneur)

1 L'exercice d'un mandat électif est garanti. Ses conditions font l'objet d'un accord entre la maîtresse ou le maître, sa direction et la conseillère ou le conseiller d'Etat chargé du département.

2 Cet accord fixe, notamment, le temps de congé nécessaire et une éventuelle réduction de traitement.

(nouvelle teneur)

1 Les membres du corps enseignant ne peuvent exercer un mandat électif incompatible avec leur fonction ou qui porte préjudice à l'accomplissement des devoirs de service.

2 Une autorisation de l'autorité compétente est nécessaire si le mandat est exercé pendant les heures de travail. L'absence doit être compensée. L'autorisation fixe les modalités de la compensation qui peut être de nature pédagogique ou administrative.

3 Si la compensation s'avère impossible, l'autorité compétente fixe soit un congé sans traitement soit le taux et la durée de la diminution d'activité avec réduction proportionnelle du traitement.

Cette modification réglementaire a été publiée le 1er avril 2014 dans la feuille d'avis officielle.

B.

Par acte du 16 mai 2014, A. _____, B. _____, C. _____ et D. _____, fonctionnaires (à l'exception du premier) et députés au Grand Conseil genevois, forment un recours en matière de droit public par lequel ils demandent l'annulation des deux dispositions réglementaires précitées. Ils invoquent la séparation des pouvoirs et la garantie des droits politiques.

Le Conseil d'Etat s'en rapporte sur la recevabilité du recours, en relevant que le canton de Genève dispose, en vertu d'une modification de la loi cantonale sur l'organisation judiciaire entrée en vigueur le 14 juin 2014, d'une Chambre constitutionnelle connaissant des recours contre les règlements du Conseil d'Etat. Sur le fond, il conclut au rejet du recours.

Les recourants ont répliqué, maintenant leurs conclusions sur le fond sans s'opposer à ce que la cause soit transmise à la Chambre constitutionnelle genevoise. Le Conseil d'Etat a persisté dans ses motifs et conclusions.

Considérant en droit :

1.

Selon l'art. 82 let. b LTF, le recours en matière de droit public est ouvert contre les actes normatifs cantonaux. En font notamment partie les règlements adoptés par l'exécutif cantonal.

1.1. En vertu de l'art. 87 LTF, le recours est directement recevable contre les actes normatifs cantonaux qui ne peuvent faire l'objet d'un recours cantonal (al. 1). Lorsque le droit cantonal prévoit un recours contre les actes normatifs, l'art. 86 LTF est applicable (al. 2); dans une telle hypothèse, le Tribunal fédéral ne statue qu'après épuisement des instances cantonales.

En l'occurrence, les recours ont été interjetés avant l'entrée en fonction de la nouvelle Chambre constitutionnelle genevoise (cf. art. 130B al. 1 let. a de la loi genevoise d'organisation judiciaire, disposition entrée en vigueur le 14 juin 2014). L'exigence d'épuisement préalable des instances cantonales n'était dès lors pas encore opposable aux recourants. L'art. 143 ch. 12 de la loi genevoise d'organisation judiciaire précise certes que dès l'entrée en vigueur de la modification législative, les procédures de recours, notamment contre les règlements, sont reprises par la chambre constitutionnelle de la Cour de justice. Toutefois, la condition de l'épuisement des voies de recours doit être examinée d'office en principe au moment du dépôt du recours: le recourant doit en effet pouvoir se déterminer à ce propos au moment de la notification de l'acte attaqué et sur le vu d'une éventuelle indication des voies de droit. Le dépôt du recours crée la litispendance et le Tribunal fédéral ne saurait ainsi se dessaisir en application d'une loi cantonale entrée en vigueur après-coup.

1.2. La qualité pour recourir contre un acte normatif cantonal dépend, selon l'art. 89 al. 1 let. b et c LTF, d'une simple atteinte virtuelle; il suffit donc, avec un minimum de vraisemblance, que les recourants puissent être un jour touchés directement par l'acte normatif attaqué afin que ceux-ci soient à même d'agir (ATF 136 I 17 consid. 2.1 p. 21). Les recourants remplissent cette exigence: ils sont tous députés au Grand Conseil et trois d'entre eux sont également fonctionnaires. La réglementation attaquée s'applique ainsi directement à leur situation. Elle pourrait aussi s'appliquer au quatrième recourant si celui-ci devait être engagé en tant que fonctionnaire, ce qui n'apparaît pas a priori exclu. La qualité pour recourir doit ainsi être admise, sans qu'il y ait lieu de rechercher si les recourants peuvent également, en tant qu'électeurs, se plaindre des éventuelles restrictions apportées aux élus dans l'exercice de leur mandat.

1.3. Le recours a par ailleurs été déposé dans le délai prévu à l'art. 101 LTF, de sorte qu'il y a lieu

d'entrer en matière.

2.

Invoquant le principe de la séparation des pouvoirs, les recourants estiment que ni la Constitution genevoise (notamment son art. 83 relatif aux incompatibilités), ni la loi générale sur le personnel de l'administration cantonale (LPAC, RS/GE B 5 05) ou la loi sur l'instruction publique (LIP, RS/GE C 1 10) ne permettraient au Conseil d'Etat d'adopter par voie réglementaire des clauses d'incompatibilité. Jusqu'à présent, le droit genevois garantirait l'exercice par les fonctionnaires d'un mandat électif. Les dispositions litigieuses consacraient une nouvelle restriction à ce droit, qui ne reposerait sur aucun fondement constitutionnel ou légal.

Pour le Conseil d'Etat, les dispositions litigieuses ne feraient que concrétiser le devoir de fidélité des employés publics et l'interdiction des activités portant préjudice à l'accomplissement des devoirs de service, lesquels figurent déjà aux art. 20 et 21 RPAC, respectivement 120 LIP, 20 et 21 RStCE. Aucune incompatibilité ne serait introduite. Les nouvelles dispositions feraient suite à l'intervention de l'un des recourants qui avait notamment demandé à pouvoir recevoir son traitement sans retenue lorsqu'il siégeait au Grand Conseil. Elles ne feraient que préciser la pratique suivie jusque-là, sans limiter le droit à l'exercice d'un mandat électif.

2.1. Dans le cadre d'un contrôle abstrait des normes, le Tribunal fédéral examine librement la conformité d'un acte normatif au droit constitutionnel; il s'impose cependant une certaine retenue eu égard notamment aux principes découlant du fédéralisme et de la proportionnalité. Dans ce contexte, ce qui est décisif, c'est que la norme mise en cause puisse, d'après les principes d'interprétation reconnus, se voir attribuer un sens compatible avec les droits fondamentaux invoqués (ATF 138 I 321 consid. 2 p. 323). Le Tribunal fédéral n'annule dès lors une norme cantonale que lorsque celle-ci ne se prête à aucune interprétation conforme à la Constitution ou à la Convention européenne des droits de l'homme. Pour en juger, il faut notamment tenir compte de la portée de l'atteinte aux droits fondamentaux en cause, de la possibilité d'obtenir ultérieurement, par un contrôle concret de la norme, une protection juridique suffisante, et des circonstances concrètes dans lesquelles ladite norme sera appliquée (ATF 137 I 31 consid. 2 p. 39 s.; 135 II 243 consid. 2 p. 248). Le juge constitutionnel ne doit pas se borner à traiter le problème de manière purement abstraite, mais il lui incombe de prendre en compte dans son analyse la vraisemblance d'une application conforme aux droits fondamentaux. Les explications de l'autorité cantonale sur la manière dont elle applique ou envisage d'appliquer la disposition mise en cause doivent également être prises en considération (ATF 134 I 293 consid. 2 p. 295; 130 I 82 consid. 2.1 p. 86 et les arrêts cités).

2.2. Le principe de la séparation des pouvoirs est garanti au moins implicitement par toutes les constitutions cantonales (cf. en droit genevois l'art. 2 al. 2 Cst./GE). Il impose le respect des compétences établies par la Constitution et interdit à un organe de l'Etat d'empiéter sur les compétences d'un autre organe. En particulier, il interdit au pouvoir exécutif d'édicter des dispositions qui devraient figurer dans une loi, si ce n'est dans le cadre d'une délégation valablement conférée par le législateur (ATF 134 I 322 consid. 2.2 p. 326; 130 I 1 consid. 3.1 p. 5). Cette règle connaît des exceptions s'agissant en particulier de compétences législatives déléguées à l'exécutif ou découlant directement de la Constitution (cf. ATF 134 I 269 consid. 4.2 p. 279). Ainsi en droit fédéral, l'art. 164 al. 1 Cst. prévoit que doivent faire l'objet d'une législation formelle les règles de droit importantes, soit en particulier les dispositions fondamentales relatives à la restriction des droits constitutionnels (let. b) et aux droits et obligations des personnes (let. c). Une loi formelle peut prévoir une délégation législative, à moins que la Constitution ne l'exclue (al. 2).

Selon l'art. 109 al. 4 Cst./GE, le Conseil d'Etat promulgue les lois, est chargé de leur exécution et prend à cet effet les règlements et arrêtés nécessaires. Pour le surplus, c'est à la lumière des principes constitutionnels généraux qu'il y a lieu de définir les limites de l'activité réglementaire du Conseil d'Etat. Les règlements d'exécution ne peuvent contenir que des règles secondaires, qui ne font que préciser ce qui se trouve déjà dans la loi (ATF 130 I 140 consid. 5.1 p. 149 et les références). Le Conseil d'Etat peut également, bien que cela ne soit pas expressément prévu par la constitution cantonale, adopter des ordonnances de substitution dépendantes, lorsque le législateur le met au bénéfice d'une délégation législative (cf., en droit fédéral, l'art. 164 al. 2 Cst.), pour autant que celle-ci figure dans une loi au sens formel et que le cadre de la délégation, qui doit être clairement défini, ne soit pas être dépassé (ATF 132 I 7 consid. 2.2 p. 9). Les règles les plus importantes doivent en tout cas figurer dans la loi (ATF 133 II 331 consid. 7.2.1 p. 347; ATF 130 I 1 consid. 3.4.2 p. 7 et les arrêts cités). L'exécutif cantonal peut aussi, dans certains cas, adopter des ordonnances indépendantes, c'est-à-dire directement fondées sur la constitution ou sur la clause générale de police (cf. ATF 134 I 322 consid.

2.4 p. 327; 130 I 140 consid. 4.2 p. 146). La nouvelle constitution genevoise, entrée en vigueur le 1er juin 2013, n'apporte aucune modification à ces principes généraux.

2.3. Ni la LPAC, ni la LIP ne posent de règles d'incompatibilité avec le mandat de député. Ces règles figurent directement dans la Constitution cantonale qui prévoit, à son art. 83, que le mandat de membre du Grand Conseil est incompatible avec celui de Conseiller national ou Conseiller aux Etats, tout mandat électif à l'étranger, une fonction au sein de la magistrature judiciaire (al. 1) ainsi que les fonctions de collaborateur de l'entourage des membres du Conseil d'Etat, du secrétariat général du Grand Conseil ou de cadre supérieur de l'administration cantonale et des établissements autonomes (al. 2). S'agissant des assemblées législatives communales, les incompatibilités sont fixées à l'art. 142 Cst./GE, d'autres causes pouvant être fixées par la loi (al. 3).

2.4. Les précédentes dispositions du RPAC et du RStCE prévoyaient que les conditions d'exercice des mandats électifs faisaient l'objet d'un accord entre le membre du personnel et l'autorité compétente. L'art. 12 RStPE précisait expressément que l'exercice du mandat était garanti. L'accord avec l'employeur fixait notamment le temps de congé nécessaire et une éventuelle réduction de traitement. En soi, ces dispositions n'apportaient aucune restriction au droit d'exercer un mandat électif, mais permettaient aux parties de trouver, par voie conventionnelle, le moyen de conjuguer les deux activités. Il s'agit de simples dispositions d'exécution au sens notamment de l'art. 33 al. 1 LPAC.

2.5. Il n'en va pas différemment des modifications réglementaires litigieuses. Celles-ci prévoient que les membres du personnel ne peuvent exercer un mandat électif incompatible avec leur fonction ou qui porte préjudice à l'accomplissement des devoirs de service. On peut y voir un simple rappel du devoir de fidélité qui s'impose aux employés de l'Etat, devoir comprenant notamment une obligation de disponibilité (VERNIOURY/WAELTI, Le devoir de réserve des fonctionnaires, spécialement sous l'angle du droit genevois, AJP 2008/7 p. 810 ss, 812). Ce devoir général est concrétisé à l'art. 20 RPAC, selon lequel les membres du personnel sont tenus au respect de l'intérêt de l'Etat et doivent s'abstenir de tout ce qui peut lui porter préjudice, ainsi qu'aux art. 9 et 10 RPAC, dispositions prévoyant que les membres du personnel ne peuvent exercer aucune activité rémunérée sans autorisation; cette autorisation est refusée lorsque l'activité envisagée est incompatible avec la fonction de l'intéressé ou qu'elle peut porter préjudice à l'accomplissement des devoirs de service; une réduction de traitement peut être opérée lorsque l'activité accessoire empiète notablement sur l'activité professionnelle. Pour les membres de l'instruction publique, ce devoir figure à l'art. 120 LIP en ces termes: "les fonctionnaires de l'instruction publique doivent observer dans leur attitude la dignité qui correspond aux responsabilités leur incombant vis-à-vis du pays". Les art. 20 et 21 RStCE précisent que les membres du corps enseignant doivent observer dans leur attitude la dignité qui correspond aux responsabilités leur incombant, et prohibent notamment les occupations étrangères au service pendant les heures de travail.

2.6. En raison de la subordination hiérarchique propre à l'activité et à la structure de l'Etat, les employés de celui-ci se trouvent dans un rapport de droit spécial avec leur employeur; leurs obligations n'ont pas à être énumérées de façon précise et exhaustive, la loi se contentant en général de formulations vagues telles que celles qui ont été mentionnées ci-dessus. Inhérente à la notion d'employé de l'Etat, l'obligation de fidélité peut ainsi justifier certaines atteintes aux libertés des collaborateurs de l'Etat, sans que cela ne nécessite une base légale plus précise (MOOR, Droit administratif, vol. III Berne 1992, pp 213 et 223). Les activités accessoires peuvent ainsi être prohibées par voie réglementaire ou décisionnelle lorsqu'elles se révèlent contraires à l'accomplissement des tâches officielles. L'exercice simultané d'une fonction publique et d'une activité de député peut également apparaître problématique du point de vue de la séparation des pouvoirs, la même personne agissant comme organe de contrôle (en tant que membre du pouvoir législatif) et entité contrôlée (MOOR, op. cit. p. 227 s.). Pour les cadres supérieurs, également les plus proches du pouvoir exécutif, la loi ou la constitution prévoient généralement des incompatibilités (cf. art. 83 al. 2 Cst./GE). En revanche, pour les fonctionnaires de rang inférieur, le droit cantonal peut prévoir un régime d'autorisation dans le cadre duquel l'autorité doit tenir compte de la position de l'intéressé dans l'administration et des besoins du service.

Compte tenu de la large participation de la population au processus politique et du nombre important de mandats électifs assumés par des non-professionnels, les cantons permettent en général à leurs fonctionnaires d'assumer de tels mandats parallèlement à leur activité professionnelle. La majorité des cantons soumet toutefois cette activité à une autorisation, alors qu'une minorité (dont faisait partie le canton de Genève avant la modification réglementaire litigieuse) prévoit un simple aménagement des conditions de travail. Certains cantons posent en outre des interdictions d'exercer

des charges incompatibles avec la fonction (VERNIORY/WAELTI, op. cit. pp 818-819).

2.7. Selon les explications du Conseil d'Etat, la nouvelle réglementation n'introduit nullement de nouvelles clauses d'incompatibilité (ce qui relèverait de la loi), mais précise les aménagements qui doivent être pris afin d'assurer une disponibilité suffisante de l'agent public. Selon un arrêté du Conseil d'Etat entré en vigueur en juin 1999, le département auquel était rattaché la personne concernée évaluait pour chaque cas particulier dans quelle mesure le mandat électif empiétait sur le temps de travail et fixait d'entente avec l'intéressé une réduction proportionnelle du taux d'activité. En contrepartie, les indemnités liées à l'exercice du mandat politique demeurait acquises à l'intéressé. Selon une directive du Département cantonal de l'instruction publique, les personnes assumant un mandat politique pouvaient solliciter un congé extraordinaire sans traitement ou un aménagement du temps de travail avec compensation des heures non travaillées. Les alinéas 2 et 3 des dispositions réglementaires litigieuses (compensation des absences, congé sans traitement ou réduction du taux d'activité) se limitent à codifier cette pratique.

L'alinéa 1 des dispositions litigieuses semble interdire l'exercice d'un mandat électif "incompatible" avec la fonction ou portant préjudice à l'accomplissement des devoirs de service. Le Conseil d'Etat confirme toutefois qu'il ne s'agit que d'un simple rappel des devoirs de fidélité des membres du personnel de l'Etat. Il ne serait donc pas question d'instituer des incompatibilités supplémentaires à celles qui figurent dans la constitution et d'interdire par principe l'exercice d'un mandat électif, quand bien même la fonction et le travail quotidien de l'intéressé s'accorderaient mal avec le mandat envisagé (cf. VERNIORY/WAELTI, op. cit. p. 821-822 et les exemples proposés en note 93).

Comme cela a été rappelé ci-dessus (consid. 2.1), les explications de l'autorité cantonale compétente sur la manière dont elle envisage l'application des dispositions litigieuses constitue un facteur d'interprétation déterminant. En l'espèce, il en ressort que la nouvelle réglementation (de teneur comparable à celle de l'art. 91 OPers) ne pose aucune interdiction ou obligation nouvelle, mais se borne à concrétiser les obligations générales des agents de l'Etat inhérentes au devoir de fidélité. Cela ne nécessite pas de base légale formelle plus précise que celles qui ont été mentionnées ci-dessus. Les recourants se réfèrent à tort à l'ATF 134 I 322 qui concernait une ordonnance de substitution du Conseil d'Etat.

2.8. Le seul changement apporté par les modifications réglementaires n'est pas d'ordre matériel mais réside dans l'institution d'un régime d'autorisation alors qu'auparavant, les parties procédaient par voie conventionnelle. Cette modification, qui s'accorde avec le système genevois selon lequel l'engagement du personnel de l'Etat a lieu par voie décisionnelle (HOFMANN, L'engagement et la gestion du personnel, in: Tanquerel/Bellanger (éd.), Les réformes de la fonction publique, Genève 2012, p. 103 ss, 114), ne constitue pas une atteinte supplémentaire aux droits des fonctionnaires.

En effet, les dispositions réglementaires fixent désormais certains principes et critères applicables ce qui, du point de vue de la prévisibilité, de la transparence et de l'égalité de traitement, constitue une amélioration par rapport à la voie purement conventionnelle; jusqu'à présent, la pratique des autorités dans ce domaine était régie par une simple directive de l'office du personnel de l'Etat (VERNIORY/WAELTI, op. cit. p. 819). En outre, un éventuel refus d'autorisation revêt un caractère décisionnel et impose, en vertu de l'art. 29a Cst., une protection juridique. Dans le canton de Genève, le contentieux de la fonction publique est soumis aux autorités judiciaires; l'art. 132 de la loi cantonale sur l'organisation judiciaire prévoit une plénitude de juridiction en faveur de la Chambre administrative de la Cour de justice (HOFMANN, op. cit. p. 103 ss, 107). Dès lors, en cas de désaccord sur la décision de l'autorité, l'employé public pourra désormais saisir une autorité judiciaire en invoquant les principes généraux du droit constitutionnel ainsi que ses droits politiques. Il y a là une amélioration de la protection juridique par rapport à la situation prévalant sous l'ancien droit.

Le grief de violation de la séparation des pouvoirs apparaît ainsi mal fondé.

3.

Il en va de même du grief tiré d'une violation des droits politiques. Les recourants considèrent en effet à tort que la nouvelle réglementation restreindrait sérieusement la possibilité pour les fonctionnaires d'assumer des mandats électifs. Comme cela est relevé ci-dessus, les dispositions litigieuses ne consacrent aucune nouvelle incompatibilité, mais confirment les principes généraux applicables aux employés de l'Etat et permettent à l'employeur de prendre les décisions nécessaires afin d'assurer la disponibilité de son personnel. Rien dans le libellé des dispositions litigieuses ne permet de craindre que les employés publics puissent être empêchés d'exercer leurs mandats électifs au point de les rendre "moins éligibles" que les autres candidats. Les dispositions contestées apparaissent au contraire susceptibles d'une application respectueuse du principe de la proportionnalité et, partant, conforme à la Constitution. La pratique pourra en outre pallier l'imprécision dont les recourants se plaignent à propos de la notion de "mandats électifs".

4.

Sur le vu de ce qui précède, le recours doit être rejeté. Conformément à l'art. 66 al. 1 LTF, les faits judiciaires sont mis à la charge des recourants, qui succombent.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 2'000 fr., sont mis à la charge solidaire des recourants.

3.

Le présent arrêt est communiqué au mandataire des recourants et au Conseil d'Etat de la République et canton de Genève.

Lausanne, le 27 janvier 2015

Au nom de la Ire Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse

Le Président : Fonjallaz

Le Greffier : Kurz