du 2 février 1999

dans la cause

Monsieur B_____
représenté par Me Serge Rouvinet, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI

EN FAIT

1. Monsieur B_____ a été engagé dès le 1er août 1988 en qualité d'employé (inspecteur de l'emploi) et affecté à l'office cantonal de l'emploi relevant du département de l'économie publique (devenu depuis lors le département de l'économie, de l'emploi et des affaires extérieures – DEEE).

   Le 2 septembre 1991, le Conseil d'Etat a pris un arrêté nommant l'intéressé fonctionnaire dès le 1er septembre 1991 en qualité d'inspecteur de l'emploi. Sa fonction était colloquée en classe 13/03 de l'échelle des traitements, classe maximum 13. Au pied de l'arrêt de nomination figurait le rappel de l'article 12 de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale du 15 octobre 1987 (LPAC – B 5 05), aux termes duquel l'affectation du fonctionnaire dépend des besoins de l'administration. Elle peut être modifiée en tout temps.

2. Le 22 août 1997, M. E_____, directeur du service de la main d'œuvre étrangère (SMOE) a informé M. B_____ qu'il était en possession d'une lettre anonyme, adressée aux directions OCE, OCP et OCIRT, selon laquelle un M. P_____, administrateur directeur de la société SVP Déménagement, était en mesure de disposer de certaines informations qui lui sont communiquées par un membre de sa famille, collaborateur du "service des étrangers". M. B_____ a alors déclaré qu'il était effectivement cousin de M. P_____, qu'il ne s'était jamais occupé d'affaires qui relevaient de l'exploitation de la société SVP Déménagement et que lors d'enquêtes précédentes concernant cette société, il s'était toujours récusé. Cet entretien, qui s'est déroulé en présence des intéressés ainsi que de M. P_____, directeur adjoint du SMOE, a fait l'objet d'une notice écrite du même jour, dont copie a été adressée au directeur général de l'OCE.

3. Le 27 août 1997, M. B_____ s'est adressé par écrit à M. E_____ avec copie au directeur général de l'OCE. Après avoir pris connaissance de la lettre anonyme dont il a été question ci-dessus, il avait constaté qu'il ne s'agissait pas d'une lettre originale, mais d'un document télécopié émanant de l'OCP. La démarche de M. E_____ semblait accréditer l'hypothèse selon laquelle son implication allait d'elle-même. M.

B_____ a alors affirmé que dans le cadre de la relation familiale qui le liait à M. P_____, il n'avait jamais violé les dispositions réglementaires ayant trait à son obligation de garder le secret sur les affaires relevant de son activité professionnelle. Par ailleurs, le procès-verbal du 22 août 1997 ne contenait aucune information quant à la suite qui serait donnée à cette affaire. M. B_____ estimait donc qu'elle n'était pas classée. Or, les allégations auxquelles il était fait allusion portaient gravement atteinte à l'honneur de son destinataire et étaient manifestement de nature à entamer sa crédibilité. Ceci étant, il entendait déposer plainte pénale.

4. Le 2 mars 1998, le conseiller d'Etat chargé du DEEE a chargé une personne extérieure, M. S_____, ancien magistrat du pouvoir judiciaire, d'un audit concernant le SMOE. Il est ressorti du rapport établi par ce dernier le 12 mai 1998 que les rapports entre les inspecteurs du SMOE entre eux ainsi qu'avec leur direction étaient mauvais. Les inspecteurs étaient peu motivés, en raison des difficultés de leur travail et des obstacles juridiques ou administratifs, parfois mal compris. L'auteur du rapport a conclu son travail en proposant de "séparer les personnes qui actuellement sont liées organiquement tout en étant totalement désunies humainement et, de ce fait, incapables de collaborer. Une fois rétablie la confiance à l'intérieur du service, celui-ci devra être pourvu des outils nécessaires pour pouvoir fonctionner avec efficacité".

5. Le 2 juin 1998, le conseiller d'Etat chargé du DEEE a donné mission au directeur de l'OCE de proposer notamment l'affectation des personnes actuellement employées par le SMOE, "y compris les transferts à effectuer".

6. Le 8 septembre 1998, le conseiller d'Etat chargé du DEEE a invité tous les collaborateurs du SMOE à une séance d'information concernant "l'audit interne du service".

7. Il ressort du texte distribué à l'occasion d'une conférence de presse du 14 septembre 1998, à laquelle ont participé le conseiller d'Etat chargé du DEEE, le secrétaire général de son département, ainsi que le directeur général de l'OCE et le chef du SMOE, en présence de l'auteur de l'audit que le service visé serait réorganisé, une limitation de la durée de la fonction d'inspecteur étant notamment introduite.

8. Le 17 septembre 1998, le directeur administratif et financier de l'OCE a informé M. B_____ que dès le 1er octobre 1998, il était transféré dans l'un des service de l'OCE. Sa nouvelle fonction ainsi que son lieu de travail lui seraient communiqués d'ici la fin de mois.

9. Le 25 septembre 1998, le secrétaire général du DEEE a adressé une lettre à M. B_____ dans laquelle étaient rappelés les principes généraux comme le respect de l'intérêt de l'Etat, la conscience, la diligence à apporter à l'exécution du travail, l'interdiction d'accepter des dons et l'obligation de garder le secret.

10. Le 28 septembre 1998, le directeur général de l'OCE a informé M. B_____ que dès le 1er octobre 1998 il était transféré au sein de l'OCE, service de placement professionnel, agence des Minoteries II en qualité de contrôleur.

11. Le 30 septembre 1998, un avocat s'est constitué pour la défense des intérêts de M. B_____. Dans le contexte de l'enquête administrative actuellement en cours, M. B_____ n'avait d'autre issue que de considérer la décision dont il faisait l'objet comme une sanction administrative déguisée. L'intéressé contestait formellement son changement d'affectation et entendait demeurer à son poste le 1er octobre prochain. Il envisageait de saisir prochainement les autorités administratives compétentes pour s'opposer à cette sanction disciplinaire illégale et infondée.

Le jour même, le directeur général de l'OCE a confirmé au conseil de M. B_____ que la décision de transfert, avec effet au le 1er octobre 1998, au service de placement professionnel était maintenue. Faute de se conformer à cette décision, M. B_____ pourrait s'exposer aux reproches d'insoumission aux ordres de sa hiérarchie.

12. M. B_____ a saisi le Tribunal administratif par acte du 8 octobre 1998 d'un recours dirigé contre les décisions des 17 et 28 septembre 1998 relatives à son changement d'affectation. Il était soumis à la LPAC du 15 octobre 1987 (sic) et le changement d'affectation dont il avait fait l'objet était assimilable à une sanction administrative déguisée susceptible d'un recours au Tribunal administratif. Manifestement, aucun motif d'organisation de l'administration ne justifiait la décision prise par l'OCE. Bien au contraire, le

changement de poste qui lui était imposé s'apparentait plutôt à une mesure purement vexatoire destinée à le sanctionner pour des motifs totalement infondés. On ne pouvait lui reprocher ni faute, ni écart de comportement et encore moins une faute professionnelle. Jusqu'à la présente procédure, la hiérarchie s'était toujours montrée entièrement satisfaite s'agissant de ses états de service. Il a demandé préalablement l'apport de la procédure de l'audit réalisé par Monsieur S_____ et sur le fond il a conclu à l'annulation des "décisions précitées en tant qu'elles ont ordonné un changement d'affectation du recourant".

13. Le 16 novembre 1998, la conseillère d'Etat chargée du département des finances a déposé ses observations; elle conclut à ce que le recours soit déclaré irrecevable, voire rejeté dans la mesure où il serait recevable. L'intéressé et deux de ses collègues avaient été transférés du SMOE à d'autres services après une réunion ayant eu lieu le 14 septembre 1998 et à laquelle l'intéressé n'avait pas participé. La règle du transfert au bout de huit années de présence dans le service ne concernait donc pas seulement M. B_____. L'intéressé ne subirait aucune diminution de salaire et on ne saurait parler de rétrogradation. L'arrêté du Conseil d'Etat de changement de fonction du 11 novembre 1998 indiquait que le traitement de M. B_____ restait inchangé et précisait également : "classe 13/08 de l'échelle des traitements (droits acquis avec progression"). Le changement d'affectation décidé procédait des seuls besoins de l'administration comme le rapport de l'audit permettait de s'en persuader. La décision litigieuse constituait un acte de gestion propre d'administration et n'était pas équivalente à une sanction déguisée.

14. Le Tribunal administratif a ordonné l'apport de la procédure d'audit.

Le 11 décembre 1998, la conseillère d'Etat chargée du département des finances a versé à la procédure copie du rapport intermédiaire du 12 mai 1998 ainsi que le rapport du 16 juin 1998 et 11 pièces annexes. Compte tenu du fait que le rapport du 16 juin 1998 citait des personnes et des sociétés étrangères à M. B_____, les seuls passages concernant celui-ci ainsi que les pièces y relatives et les remarques générales de M. S_____ pouvaient être communiqués.

15. Invité à présenter ses observations, M. B_____ s'est déterminé le 20 janvier 1999. N'ayant

jamais été mis au courant de l'audit confié à M. S_____, il y avait manifestement eu violation flagrante de son droit d'être entendu. M. B_____ s'est en outre expliqué sur les différentes affaires évoquées et étudiées dans le rapport d'audit.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable pour autant que l'intéressé ait fait l'objet d'une sanction disciplinaire autre que l'avertissement et le blâme (art. 8 al. 1 ch. 9 de la loi sur le Tribunal administratif et le Tribunal des conflits du 29 mai 1970 – LTA – E 5 05; art. 63 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 – LPA – E 5 10).

2. Le recourant prétend que son droit d'être entendu n'a pas été respecté dans la mesure où il n'avait jamais été mis au courant de l'audit confié à M. S_____.

   Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le droit d'être entendu est une garantie constitutionnelle de caractère formel, dont la violation doit entraîner l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès de l'intéressé sur le fond. La décision est annulable si l'autorité de recours jouit du même pouvoir d'examen des questions litigieuses que celle intimée et si l'examen de ces questions ne relève pas de l'opportunité, car l'autorité de recours ne peut alors substituer son pouvoir d'examen à celui de l'autorité de première instance (ATF 120 V 357 consid. 2b p. 363; 118 Ib 269 consid. 3a p. 275-276; 117 Ib 64 consid. 4 p. 87; 116 Ia 94 consid. 2 p. 96; 114 Ia 307 consid. 4a p. 314; en droit genevois: cf. art. 61 al. 2 LPA; Pierre MOOR, Droit administratif: les actes administratifs et leur contrôle, vol. II, Berne 1991, ch. 2.2.7.4 p. 190).

   En l'espèce, même si l'on devait admettre avec le recourant que son droit d'être entendu a été violé durant la procédure non contentieuse, force est de constater que dans le cadre de la procédure devant le Tribunal administratif, dite violation a été purgée, le recourant ayant eu l'occasion de se prononcer, de manière spécifique, sur la procédure et sur le rapport de l'audit proposé à M. S_____.

Le premier grief du recourant est donc non fondé.

3. a. L'article 12 de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997, entrée en vigueur le 1er mars 1998 (et non plus celle du 15 octobre 1987) prévoit que l'affectation d'un membre du personnel dépend des besoins de l'administration ou de l'établissement concerné et qu'elle peut être modifiée en tout temps. Un changement d'affectation ne peut, en principe, entraîner de diminution de salaire.

b. Les fonctionnaires qui enfreignent leurs devoirs de service, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, peuvent faire l'objet :

- d'un avertissement prononcé par le chef de service;

- d'un blâme, prononcé par le secrétaire général du département concerné ou par le directeur général de l'établissement concerné;

- d'une suspension d'augmentation de traitement pendant une durée déterminée;

- d'une réduction de traitement à l'intérieur d'une classe ou de la rétrogradation dans une classe inférieure de traitement, prononcée par le chef du département ou par le chancelier d'État ou par la commission administrative de l'établissement concerné;

- d'une décision de retour au statut d'employé prononcée par le Conseil d'État ou l'administration cantonale et par la commission administrative, si le fonctionnaire travaille pour un établissement (art. 16 LPAC).

c. Selon l'article 30 LPAC, le contentieux relatif à un régime statutaire compète au Tribunal administratif. Un membre du personnel qui fait l'objet d'un avertissement ou d'un blâme peut porter l'affaire devant le chef du département ou le directeur général de l'établissement; il peut recourir au Tribunal administratif dans les autres cas de sanctions disciplinaires (art. 30, al. 1 et 2 LPAC).

4. a. La jurisprudence a eu l'occasion de préciser que

les changements d'affectation qui équivalaient à une sanction disciplinaire relevaient de la compétence du Tribunal administratif (ATA C. du 27 juin 1990 publié in SJ 1991, p. 501).

En revanche, le Tribunal administratif a déclaré irrecevable un recours lorsque le changement d'affectation était motivé par le souci d'assurer le bon fonctionnement d'un service (ATA B. du 30 août 1994 résumé in SJ 1995, p. 583 et 584). De même, le tribunal a jugé qu'un changement d'affectation ne constituait pas une sanction déguisée lorsque la personne concernée n'accomplit plus principalement ses tâches au profit de l'administration qui l'emploie (ATA Q. du 10 février et du 15 mai 1998). Enfin, dans une affaire B. jugée le 7 avril 1998, le tribunal de céans a jugé qu'une nouvelle affectation décidée dans un cadre conflictuel et dans laquelle le fonctionnaire aurait pu y voir une sanction déguisée n'en constituait néanmoins pas une puisqu'il ne s'agissait que de l'expression du souci d'affecter au mieux les ressources en personnel aux tâches publiques à accomplir.

Tout à fait récemment, soit le 12 janvier 1999, le Tribunal administratif a eu à connaître du cas d'un collègue du recourant transféré dans l'un des services de l'OCP, suite à l'audit. Il a jugé qu'il ne s'agissait pas d'une sanction disciplinaire déguisée, mais que le transfert était justifié, notamment en raison de la mauvaise ambiance régnant au sein du service tant entre inspecteurs qu'entre ceux-ci et la direction. Dans une situation de dysfonctionnement grave d'un service déterminé, il appartenait au supérieur hiérarchique compétent de renouveler le personnel du service et de réintégrer les personnes ainsi déplacées à des tâches nouvelles leur permettant de reprendre leur activité au sein de la communauté dans de meilleures conditions (ATA M. du 12 janvier 1999).

b. En l'espèce, et pour les mêmes motifs que ceux exposés par le tribunal de céans dans l'arrêt précité, le transfert du recourant ne constitue en aucune manière une sanction disciplinaire déguisée, mais bien un acte de gestion interne à l'administration, justifié par l'intérêt public à rétablir le bon fonctionnement d'un service dans lequel le climat de travail était insatisfaisant. S'agissant du recourant en particulier, le Tribunal administratif relève qu'il résulte tant de l'étude du dossier que du rapport de l'audit qu'aucun reproche, ni aucun grief d'aucune sorte ne lui ont jamais été formulés. Il s'ensuit que logiquement, et contrairement à ce qu'avance le recourant, aucune enquête administrative n'a jamais été ouverte à son encontre. A cet égard également, l'on ne saurait donc voir dans le transfert querellé une sanction disciplinaire déguisée.

5. Le Tribunal administratif fera donc droit aux conclusions principales de l'autorité intimée et le recours sera déclaré irrecevable sans qu'il y ait lieu de procéder à des mesures probatoires.

Vu l'issue du litige un émolument de CHF 500.-- sera mis à la charge du recourant (ATA M. précité).

PAR CES MOTIFS
le Tribunal administratif

déclare irrecevable le recours interjeté le 8 octobre 1998 par Monsieur B_____ contre la décision de l'office cantonal de l'emploi du 28 septembre 1998;

met à la charge du recourant un émolument de CHF 500.-;

communique le présent arrêt à Me Serge Rouvinet, avocat du recourant, ainsi qu'à l'office cantonal de l'emploi.

Siégeants : M. Schucani, président, M. Thélin, Mmes Bonnefemme-Hurni, Bovy, M. Paychère, juges.

Au nom du Tribunal administratif :
le secrétaire-juriste : le président :

O. Bindschedler D. Schucani

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :

Mme M. Oranci