

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2833/2015-FPUBL

ATA/69/2016

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 26 janvier 2016

dans la cause

Mme A_____

représentée par Me Christian Bruchez, avocat

contre

**DÉPARTEMENT DE L'INSTRUCTION PUBLIQUE, DE LA CULTURE ET DU
SPORT**

EN FAIT

- 1) Mme A_____ est fonctionnaire de l'État de Genève, dans un poste de psychologue conseillère en orientation à 70 % auprès de l'office pour l'orientation, la formation professionnelle et continue (ci-après : OFPC ou l'office), qui fait partie du département de l'instruction publique, de la culture et du sport (ci-après : DIP ou le département).
- 2) Durant l'année scolaire 2014-2015, son temps de travail était réparti entre une activité à 45 % dans les locaux de l'OFPC et une activité à 25 % dans trois permanences, à savoir la B_____, la prison C_____ et un atelier de transition professionnelle sis à D_____.
- 3) Le 23 avril 2015, Mme A_____ a eu, dans les locaux de l'office, une altercation avec une collègue, Mme E_____, incluant des insultes et des contacts physiques.
- 4) Mme A_____ a été entendue par son supérieur hiérarchique et directeur au sein de l'OFPC, M. F_____ (ci-après : M. F_____ ou le directeur), lors d'un entretien du 20 mai 2015, qui a fait l'objet d'un compte rendu daté du 22 juin 2015.
- 5) Par courriel du 23 juin 2015, M. F_____ a confirmé à Mme A_____ ce dont il lui avait fait part lors de l'entretien susmentionné au sujet de l'altercation du 23 avril 2015.

L'analyse effectuée par les ressources humaines du département avait débouché sur un constat de manquement chez Mme A_____ et Mme E_____. Il demandait à toutes deux un comportement de l'une envers l'autre en tout temps respectueux.

Par ailleurs, étant donné que Mme E_____ demandait qu'elles soient éloignées l'une de l'autre et qu'il y avait une permanence à repourvoir au cycle d'orientation (ci-après : CO) G_____, le directeur informait Mme A_____ que, dès la rentrée, elle reprendrait cette permanence à 60 %. Pour le 10 % restant, celle-ci pouvait partager son temps entre le CTP H_____ – puisqu'il y avait une classe à 5 % – et la consultation C_____ ; si la permanence C_____ requérait un 10 % complet et que l'intéressée souhaitait renoncer à la classe du CTP H_____, celle-ci devait le faire savoir dès que possible, au plus tard d'ici la fin du mois.

- 6) Par lettre de son conseil adressée le 26 juin 2015 à M. F_____, Mme A_____ a contesté tout manquement de sa part.

Son changement d'affectation, qui constituait selon elle une décision, était inacceptable, car elle n'avait pas été entendue auparavant et avait seulement été victime des insultes et voies de fait de sa collègue. Ce changement lui poserait des problèmes pratiques dans la mesure où elle devait suivre un traitement dentaire de longue durée dans un cabinet proche de son lieu de travail actuel et qu'elle risquait de revoir Mme E_____ lors des nombreuses réunions communes à toutes les personnes travaillant dans des cycles.

L'intéressée a donc demandé au directeur de revenir sur sa décision de changement d'affectation, à défaut de quoi elle serait contrainte d'interjeter recours.

- 7) Le directeur a répondu le 23 juillet 2015 qu'il n'avait pas été ouvert de procédure administrative suite aux événements en cause, au sens de l'art. 44 du règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 24 février 1999 (RPAC - B 5 05.01).

À chaque rentrée scolaire, il était tout à fait habituel que plusieurs changements de permanences soient effectués. Ces changements s'inscrivaient dans le cadre des activités relevant du cahier des charges de Mme A_____. Il ne s'agissait en aucune manière d'une réaffectation au sens de l'art. 12 de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 (LPAC - B 5 05), dès lors qu'elle restait affectée au sein du même service.

Dès lors que Mme A_____ souhaiterait faire état de difficultés pour assurer la permanence au CO G_____, il restait disposé à examiner les possibilités d'une rocade avec une autre de ses collègues, pour autant que cette possibilité existe.

- 8) Par courrier du 19 août 2015, le responsable de secteur RH du DIP a répondu à une lettre de Mme A_____ du 17 août 2015.

Après examen du dossier, aucune sanction n'avait été prise à l'encontre de Mmes A_____ et E_____, l'office souhaitant privilégier le retour au dialogue.

Mme A_____ pouvait consulter son dossier administratif, dans lequel ne figurait aucun document concernant d'autres collaborateurs.

- 9) Par pli du même jour, le directeur a notamment maintenu les termes de son précédent courrier et informé l'intéressée que, malgré une recherche, personne d'autre ne pouvait reprendre la permanence du CO G_____ et qu'il ne lui avait ainsi pas été possible de trouver une autre solution pour garantir la bonne délivrance des prestations auprès des élèves dudit CO.

- 10) Par acte expédié le 24 août 2015 au greffe de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), Mme A_____ a formé recours contre la décision de l'OFPC du 23 juin 2015, concluant à ce que ladite chambre, préalablement, ordonne au directeur de produire le procès-verbal d'audition de Mme E_____, principalement, annule la décision susmentionnée, dise qu'aucune mesure n'était prise à l'encontre de la recourante suite à l'altercation du 23 avril 2015, subsidiairement, annule ladite décision et renvoie l'affaire à l'intimé pour nouvelle décision, l'État de Genève devant être condamné en tous les frais de la procédure, y compris une équitable indemnité à titre de dépens.

Son droit d'être entendu avait été violé en ce sens qu'elle n'avait pas été entendue avant la communication du changement de lieux d'activité et n'avait pas eu accès au procès-verbal d'audition de Mme E_____.

Au regard des circonstances, en particulier de l'agression verbale et physique dont elle avait été victime de la part de sa collègue, lui imposer un changement d'affectation à la demande de cette dernière constituait une décision qui heurtait de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité et était arbitraire.

- 11) Par écriture spontanée du 9 septembre 2015, le DIP a, sur mesures provisionnelles, conclu principalement à l'irrecevabilité du recours faute de décision attaquant, subsidiairement au retrait de l'effet suspensif au recours formulé contre le courriel du 23 juin 2015 affectant la recourante au CO G_____ à un poste de psychologue – actuellement vacant –, ainsi qu'au déboutement de celle-ci de toute autre, plus ample ou contraire conclusion.

- 12) Par détermination du 25 septembre 2015, Mme A_____ a conclu au rejet de la requête de retrait de l'effet suspensif, contestant notamment la nécessité de son changement d'affectation, sur la base de ce qu'elle savait sur les souhaits et/ou la situation de plusieurs collègues, selon courriel à son avocat du 25 septembre 2015.

Notamment, la conseillère en orientation qui travaillait au CO G_____ y était depuis quatre ans et non cinq, de sorte qu'elle s'attendait à devoir y rester encore une année.

- 13) Par décision du 5 octobre 2015, la présidence de la chambre administrative a retiré l'effet suspensif au recours et réservé le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond.

- 14) Dans sa réponse au fond du 5 octobre 2015, le DIP a conclu à l'irrecevabilité du recours, subsidiairement à son rejet.

Il était exact que la conseillère en orientation qui travaillait au CO G _____ y était depuis quatre ans et non cinq comme l'avait cru de manière erronée le directeur.

Le souci de la hiérarchie d'éviter toute source éventuelle de nouveau conflit en séparant Mme A _____ et Mme E _____ avait été pris en compte dans l'attribution des permanences pour l'année scolaire 2015-2016, mais n'avait pas été le seul élément à être pris en considération, ni déterminant, les vœux des collaborateurs ayant fixé le cadre des nouvelles attributions des permanences. Le DIP regrettait qu'une erreur ait été commise dans la réponse apportée auxdits vœux.

À teneur du cahier des charges de Mme A _____ établi au deuxième semestre 2012, le psychologue conseiller en orientation assumait les tâches définies ci-dessous auprès d'une ou plusieurs institutions scolaires, dans les centres OFPC, à la B _____ et de la formation, selon les besoins institutionnels définis par la direction du service d'orientation.

Était en outre produit un courriel du directeur du 20 avril 2015 donnant aux psychologues conseillers en orientation la possibilité d'exprimer leurs vœux de changement, la règle étant qu'après cinq années passées au sein d'une permanence, ils pouvaient demander de la quitter sans que la direction puisse le refuser, aucune garantie ne pouvant toutefois être fournie quant à l'obtention de la permanence souhaitée.

- 15) Dans sa réplique du 20 novembre 2015, Mme A _____ a développé son argumentation et persisté dans ses conclusions.
- 16) Par lettre du 25 novembre 2015, la chambre administrative a informé les parties de ce que la cause était gardée à juger.
- 17) Pour le reste, les arguments des parties seront repris, en tant que de besoin, dans la partie en droit ci-après.

EN DROIT

- 1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable sous ces angles (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

Même si la recourante indique recourir contre une décision du 23 juin 2015, son recours porte en réalité contre la lettre du 19 août 2015 du directeur de

l'OFPC maintenant implicitement le changement des lieux de l'activité de l'intéressée tels qu'énoncés dans le courriel du 23 juin 2015.

2) a. Selon deux arrêts de la chambre de céans, un changement d'affectation d'un fonctionnaire relevait en principe de la gestion interne de l'administration, n'était pas une décision au sens de l'art. 4 LPA et n'était donc pas sujet à recours, quand bien même cette mesure intervenait en corollaire d'une procédure disciplinaire. Les conditions pour admettre une sanction déguisée étaient strictes. En principe, en l'absence de modification de traitement et en présence d'un poste concernant les sphères de compétences du fonctionnaire, il ne s'agissait pas d'une sanction déguisée, même si la mesure en cause était comprise comme une sanction par l'intéressé (ATA/475/2009 du 29 septembre 2009 consid. 6 ; ATA/221/2009 du 5 mai 2009 consid. 4).

b. Un recours constitutionnel subsidiaire interjeté contre l'ATA/221/2009 précité a été rejeté par le Tribunal fédéral, au motif que la chambre de céans était entrée en matière, avant de l'écarter, sur l'argumentation du recourant selon laquelle son déplacement dans un autre service de l'hôpital constituait une sanction déguisée et que l'intéressé ne prétendait pas qu'un simple changement d'affectation comme tel, au sens de l'art. 12 LPAC, devait bénéficier de la garantie de l'art. 29a de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) ; arrêt du Tribunal fédéral 8D_4/2009 du 3 mars 2010).

Un recours constitutionnel subsidiaire interjeté contre l'ATA/475/2009 précité a en revanche été admis par le Tribunal fédéral. Les premiers juges avaient retenu que la mesure dont le recourant avait fait l'objet avait été prise en vertu de l'art. 30 al. 3 de la loi cantonale genevoise sur la police du 26 octobre 1957 (LPol - F 1 05). Selon cette disposition, le commandant de la gendarmerie, le chef de la police judiciaire et le chef de la police de la sécurité internationale décidaient de l'affectation de leurs collaborateurs selon leurs aptitudes et les besoins. La durée de l'affectation à un poste de travail dépendait des exigences du service. Cette réglementation imposait au fonctionnaire l'obligation d'accepter un changement d'affectation tout en en fixant les limites. On pouvait déduire qu'un déplacement n'était justifié que s'il était nécessaire aux besoins du service et si l'attribution d'une nouvelle occupation répondait aux aptitudes du fonctionnaire. L'agent n'était pas tenu, en particulier, d'accepter une activité fondamentalement différente et qui soit sans rapport avec celle-ci. Il en résultait qu'une mutation qui intervenait en application de l'art. 30 al. 3 LPol, quand bien même elle n'avait pas de conséquences financières pour l'intéressé, relevait non seulement de l'organisation des services de police, mais était également susceptible d'affecter la situation juridique du fonctionnaire de police en tant que titulaire de droits et d'obligations à l'égard de l'État. Son objet allait au-delà de l'exécution des tâches qui incombaient au fonctionnaire dans sa sphère d'activité habituelle ou des instructions qui lui étaient données dans l'exercice de ces tâches. La contestation à

laquelle elle pouvait donner lieu était une contestation juridique qui bénéficiait de la garantie de l'accès au juge de l'art. 29a Cst. En l'espèce, le recourant exerçait avant son déplacement la fonction de chef de la brigade X. Il dirigeait un service avec des fonctionnaires sous son commandement. Dans son recours à l'autorité cantonale, il avait fait valoir que sa nouvelle fonction ne correspondait ni à ses aptitudes ni à son expérience. Son nouveau cahier des charges, pour autant que l'on puisse en juger à ce stade, avait un contenu totalement différent de celui d'un chef de brigade. Le recourant était fondé à invoquer de manière plausible l'art. 30 al. 3 LPol pour s'opposer à son déplacement. C'était à tort, par conséquent, que les premiers juges avaient déclaré son recours irrecevable au motif que le transfert ne constituait pas une sanction disciplinaire déguisée et qu'il représentait pour le reste une mesure d'organisation interne. Le jugement entrepris devait par conséquent être annulé et la cause renvoyée aux premiers juges pour examen du litige au fond, sous réserve des conditions habituelles de recevabilité non examinées ici (ATF 136 I 323 consid. 4.5 et 4.7).

c. Ultérieurement, la chambre administrative s'est référée à l'ATA/475/2009 précité sans le remettre en cause (ATA/575/2014 du 29 juillet 2014 consid. 9 à 11 ; ATA/238/2013 du 16 avril 2013 consid. 4 ; ATA/421/2010 du 22 juin 2010 consid. 9).

d. Il découle de ce qui précède que, contrairement à ce que soutient la recourante, le Tribunal fédéral n'a pas invalidé la jurisprudence de la chambre administrative contenue dans les ATA/475/2009 et ATA/221/2009 précités, mais en a précisé les contours et limites. En particulier, la Haute Cour a admis la recevabilité du recours contre l'ATA/475/2009 non pour des raisons de principe mais pour des motifs liés aux circonstances du cas tranché, à savoir parce que l'objet du déplacement en cause allait au-delà de l'exécution des tâches qui incombaient au fonctionnaire dans sa sphère d'activité habituelle ou des instructions qui lui étaient données dans l'exercice de ces tâches et que le nouveau cahier des charges de l'intéressé avait un contenu totalement différent de celui de sa fonction antérieure (ATF 136 I 323 consid. 4.5 et 4.7).

Le Tribunal fédéral a en outre rappelé deux critères permettant généralement de déterminer si on a affaire à une décision ou à un acte interne. D'une part, l'acte interne n'a pas pour objet de régler la situation juridique d'un sujet de droit en tant que tel et, d'autre part, le destinataire en est l'administration elle-même, dans l'exercice de ses tâches. Ainsi, un acte qui affecte les droits et obligations d'un fonctionnaire en tant que sujet de droit, par exemple la fixation de son salaire, d'indemnités diverses ou encore de sanctions disciplinaires, est une décision. En revanche, un acte qui a pour objet l'exécution même des tâches qui lui incombent en déterminant les devoirs attachés au service, telles que la définition du cahier des charges ou des instructions relatives à la manière de trancher une affaire, est un acte interne juridique (ATF 136 I 323 consid. 4.4 ; 131 IV 32 consid. 3).

e. En définitive, la jurisprudence de la chambre de céans émanant des ATA/475/2009 et ATA/221/2009 précités demeure applicable, et la question de savoir si la mesure en cause est en adéquation avec les aptitudes et l'expérience du collaborateur (ATA/575/2014 précité consid. 11) doit être examinée de manière rigoureuse.

- 3) a. En l'espèce, malgré le changement des lieux d'activité litigieux, la recourante garde la même fonction au sein du même office et exécute les mêmes tâches qu'auparavant dans sa sphère d'activité habituelle, étant relevé qu'elle n'a pas été nommée pour exercer son activité de psychologue conseillère en orientation à un endroit précis. Comme l'a exposé l'intimé, un tel changement est tout à fait normal et peut être effectué à chaque rentrée scolaire, la fonction de l'intéressée impliquant qu'elle soit disposée à changer de lieu de travail, comme expressément prévu dans son cahier des charges.

Ainsi, le changement de lieux d'activité litigieux ne constitue même pas un changement d'affectation au sens de l'art. 12 al. 2 LPAC, et demeure en outre dans le cadre des sphères de compétences de l'intéressée.

b. Il est exact que le changement des lieux d'activité de la recourante a fait suite à l'altercation survenue le 23 avril 2015 entre elle-même et Mme E_____ et au souhait de cette dernière que toutes deux soient éloignées l'une de l'autre. Cela étant, l'intimé n'a pas ouvert de procédure administrative et a, de manière constante, indiqué que ce changement ne constituait pas une sanction.

Rien ne permet de penser que ce changement des lieux d'activité constituerait une sanction déguisée au sens de la jurisprudence. Le fait de séparer deux collaboratrices dont les relations sont tendues ne saurait équivaloir à une telle mesure, mais peut parfaitement se justifier par l'intérêt du service et la protection des collaborateurs, y compris des personnes intéressées. Il importe peu de départager les torts entre l'intéressée et Mme E_____. Par surabondance, d'une part, ce souci n'a pas été la seule circonstance qui a conduit l'intimé à changer et choisir les lieux de travail de l'intéressée pour l'année scolaire 2015-2016 et, d'autre part, si tant est que cela puisse être pertinent, on ne voit pas en quoi le changement en cause serait objectivement stigmatisant pour la recourante, contrairement à ce que celle-ci prétend, dans un secteur d'activité où il ressort du cahier des charges des collaborateurs que ceux-ci peuvent être déplacés au sein des différentes institutions scolaires au gré des besoins institutionnels.

c. Vu ces circonstances, le changement de lieux d'activité en cause ne constitue pas une décision, mais un acte d'organisation interne, non sujet à recours, conclusion qui s'impose d'autant plus que l'intimé a examiné la possibilité d'une rocade.

En l'absence de décision, il n'y a pas lieu de déterminer si le changement des lieux d'activité est équitable ou non.

Il n'y a pas non plus lieu de se pencher sur le grief de violation du droit d'être entendu invoqué par la recourante qui se plaint de ne pas avoir été entendue avant la communication du changement des lieux d'activité le 23 juin 2015 et de ne pas avoir eu accès au procès-verbal d'audition de Mme E_____.

- 4) Vu ce qui précède, en l'absence d'une décision, le recours sera déclaré irrecevable.

Vue l'issue du litige, un émoulement de CHF 1'200.-, comprenant la procédure au fond et la procédure de mesures provisionnelles, sera mis à la charge de la recourante (art. 87 al. 1 LPA) et aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

déclare irrecevable le recours interjeté le 24 août 2015 par Mme A_____ contre le courrier de l'office pour l'orientation, la formation professionnelle et continue du 19 août 2015 maintenant le changement des lieux de son activité tels qu'énoncés dans le courriel du 23 juin 2015 ;

met un émoulement de CHF 1'200.- à la charge de Mme A_____ ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral ;

- par la voie du recours en matière de droit public, s'il porte sur les rapports de travail entre les parties et que la valeur litigieuse n'est pas inférieure à CHF 15'000.- ;

- par la voie du recours en matière de droit public, si la valeur litigieuse est inférieure à CHF 15'000.- et que la contestation porte sur une question juridique de principe ;

- par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, aux conditions posées par les art. 113 ss LTF, si la valeur litigieuse est inférieure à CHF 15'000.- ;

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, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communiqué le présent arrêt à Me Christian Bruchez, avocat de la recourante, ainsi qu'au département de l'instruction publique, de la culture et du sport.

Siégeants : M. Thélin, président, Mme Junod, M. Dumartheray, Mme Payot Zen-Ruffinen, M. Pagan, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler-Enz

le président siégeant :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :