

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3692/2007-FPUBL

ATA/616/2010

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 7 septembre 2010

dans la cause

Monsieur G_____

représenté par Me Doris Leuenberger, avocate

contre

CONSEIL D'ÉTAT

EN FAIT

1. Monsieur G_____, né en 1964, a été engagé en qualité de gardien surnuméraire à la prison de Champ-Dollon le 1^{er} mai 1987, alors qu'il effectuait parallèlement l'école des gardiens de prison.
2. Les évaluations de son travail effectuées les 19 août et 18 novembre 1987 ainsi que le 26 janvier 1988 par la prison, dans le cadre de sa formation, faisaient état d'un garçon discret, discipliné, disponible et très motivé. Hormis ses qualités physiques, considérées comme moyennes, ses prestations étaient qualifiées de bonnes, voire d'excellentes. Il était perçu comme une personne au grand cœur, ayant un côté bon enfant qui devait apprendre à maîtriser ces qualités.
3. Titulaire d'un certificat fédéral de capacités (CFC) de boulanger, M. G_____ a été affecté dès le début de son activité à l'atelier de boulangerie de la prison.
4. Par lettres des 20 et 28 novembre 1989, la direction de la prison a demandé au département de justice et police, devenu ensuite le département des institutions, puis le département de la sécurité, de la police et de l'environnement (ci-après : le département), la prolongation d'un an du délai d'épreuve de M. G_____.

Des critiques de nature professionnelle et relationnelle avaient été relevées par le chef de cuisine. Ces appréciations n'émanant que d'une seule personne et non de l'ensemble du personnel gradé de la prison, un délai supplémentaire d'un an était nécessaire pour confirmer ou infirmer leur bien-fondé.

5. Courant 1990, M. G_____ a été confirmé dans sa fonction et dans son affectation à la boulangerie de la prison, avec un taux d'activité de 100%.
6. Il est demeuré à ce poste plus de onze ans sans que sa hiérarchie n'ait jamais eu à se plaindre de lui.
7. En 1998, une restructuration de la boulangerie a conduit à des changements de personnel. Des tensions importantes sont survenues entre M. G_____ et un autre employé, qui ont conduit à un transfert de M. G_____ au quartier cellulaire de l'hôpital cantonal (ci-après : QCH).
8. Le 29 septembre 1998, M. G_____ a demandé à Monsieur C_____, directeur de la prison, une réduction de son taux d'activité de 100 à 50%.

Il le remerciait de l'avoir transféré au QCH. Il se sentait respecté et apprécié sur le plan professionnel. Sa situation familiale et financière était cependant difficile. En application d'un jugement de divorce sur mesures provisoires, il

devait payer CHF 4'100.- à son ex-épouse et ne pouvait vivre dignement avec les CHF 1'900.- restants. Cette situation perturbait très fortement sa santé physique et psychique. Il souhaitait obtenir une réduction de son temps de travail pour pouvoir s'occuper de ses enfants et de ses problèmes personnels. Il était conscient que le maintien dans son poste actuel à 50% serait problématique. Une affectation à mi-temps en brigade, au contact des détenus, marquait sa préférence. Il ne souhaitait pas retourner aux ateliers ou à la cuisine, mais s'en remettait à la direction pour le choix qu'il convenait de donner à sa carrière.

Ce courrier est demeuré sans suite.

9. Le 30 mai 2000, Monsieur G_____, gardien de prison, s'est plaint auprès de Monsieur S_____, gardien chef, M. G_____ avait dormi sur le lit de camp lorsque lui-même était au repos, avait ouvert la porte d'accès au QCH sans fermer les autres portes à l'intérieur du quartier alors que la présence de deux chariots pour les repas obstruait la visibilité de la caméra extérieure et l'avait laissé seul au QCH pour aller faire ses courses dans l'hôpital.

10. Le 29 juin 2000, M. S_____ a entendu l'intéressé sur ces faits.

M. G_____ avait immédiatement deviné le nom de la personne qui l'avait dénoncé, avec laquelle il ne s'entendait pas du tout. Il avait admis s'être allongé sur le lit de camp pendant que M. G_____ était au repos, comme le faisaient également ses autres collègues du QCH. Il lui avait fait part de sa situation personnelle qui demeurait difficile. Sans nouvelles de ses enfants depuis un mois et disposant de peu de ressources pour vivre, il se sentait très fragile physiquement et psychologiquement. Il pleurait souvent, prenait des médicaments, avait des palpitations et des pertes de connaissance, mais ressentait le besoin de travailler.

M. S_____ l'avait informé, à cette occasion, ne pouvoir le maintenir au QCH dans ces conditions, car il devait pouvoir compter sur les personnes responsables dans ce secteur. M. G_____ avait regretté cette décision tout en la comprenant. Il souhaitait retrouver un poste avec plus d'activité. Cependant, chaque fois qu'un retour en brigade lui avait été proposé lors de cet entretien, M. G_____ avait pleuré et s'était dit prêt à donner son congé.

M. S_____ lui avait alors conseillé de réfléchir avant de prendre une telle décision, d'examiner avec son médecin l'opportunité de prendre une semaine d'arrêt maladie pendant laquelle il pourrait faire des propositions de réaffectation. Une activité à la Pâquerette, dans un atelier ou dans un autre service, ainsi que la réduction de son taux d'activité avaient été évoquées mais l'intéressé s'était dit incapable de prendre une décision sous l'effet du traitement médicamenteux qu'il suivait.

Une note confidentielle relatant cet entretien a été adressée par M. S _____ au conseil de direction de la prison.

11. M. G _____ a été, à sa demande, une nouvelle fois entendu par M. S _____, le 7 juillet 2000. Il avait réfléchi et ne comprenait pas pourquoi il ne pouvait pas rester au QCH.

Pour M. S _____, cette décision de transfert avait été prise « suite aux paroles entendues par des collègues » dénonçant des agissements de M. G _____ propres à menacer la sécurité dans ce secteur. Bien qu'ils n'aient pas fait l'objet d'un rapport écrit, les manquements dénoncés avaient été jugés suffisamment équivoques pour remettre en question la confiance que la direction devait pouvoir placer dans la petite équipe du QCH.

Cette confiance étant rompue, M. G _____ était prié de revenir à la prison.

12. Suite à cet entretien, l'intéressé a été affecté à la brigade administrative.
13. Par courrier du 31 juillet 2000 adressé au directeur de la prison, M. G _____ s'est dit fortement bouleversé et écœuré par cette décision de transfert, qu'il trouvait injustifiée et fondée uniquement sur des rumeurs. Il ne souhaitait plus, dans ces conditions, travailler à 100% et demandait une réduction de son temps de travail à 70%. Dès que sa santé le lui permettrait, il souhaitait pouvoir effectuer un tournus d'un jour et d'une nuit, soit vingt-trois heures par tournus, au lieu de trente-quatre heures à 100%.
14. Par arrêté du 6 septembre 2000, le Conseil d'Etat a réduit le taux d'activité de M. G _____ à 70% dès le 1^{er} septembre 2000.
15. Le 13 novembre 2000, à la demande de Monsieur F _____, nouveau directeur de la prison, une entrevue à eu lieu entre MM. S _____, G _____ et lui-même pour permettre à l'intéressé d'exprimer ses critiques à son supérieur. Cet entretien est résumé dans une note du 13 novembre 2000, rédigée par M. S _____.

M. G _____ avait exposé avoir été « sorti » de la boulangerie en 1998 suite à un incident l'ayant opposé à un collègue qui avait fait l'objet d'un blâme pour l'avoir insulté et frappé et qui ne s'était pas excusé auprès de lui, malgré la demande express faite en ce sens par sa hiérarchie. Ce collègue étant particulièrement bien vu du directeur de l'époque, M. C _____, il avait proposé à ce dernier un entretien pour lui expliquer la situation. Plutôt que de lui demander les raisons pour lesquelles cet incident était survenu, le directeur lui avait demandé dans quel service il désirait être transféré. Il avait subi ce transfert sans rien pouvoir faire et aurait préféré avoir été sanctionné pour les fautes éventuelles qui lui auraient été reprochées et faire valoir ses droits. Il ne se sentait plus motivé dans son travail, se plaignait de ne plus avoir le temps d'échanger avec les détenus

et ne se sentait pas reconnu dans son activité. Il se sentait « mobbé » par M. S_____. Il avait demandé une diminution de son taux d'activité sur un coup de tête et souhaitait retourner à la boulangerie trois jours par semaine. A la fin de cette note, M. S_____ précisait que le directeur et lui-même avaient trouvé M. G_____ dans un état « très inquiétant » lors de cet entretien, se demandant s'il était sous l'effet de médicaments et s'il pouvait continuer à travailler dans le cellulaire. Son transfert dans un autre service serait peut-être envisagé.

16. En janvier 2001, M. G_____ a été réaffecté à la boulangerie.
17. Son taux d'activité a été augmenté à 90% par arrêté du 21 mars 2001.
18. Le 11 décembre 2001, M. G_____ a demandé à Monsieur B_____, nouveau directeur de la prison, une augmentation de son taux d'activité de 10% à la fonction de gardien boulanger qu'il occupait et souhaitait conserver.
19. Le 18 décembre 2001, M. G_____ a été entendu par sa hiérarchie pour avoir exercé une activité secondaire sans autorisation et porté le pantalon de l'uniforme de la prison en dehors de son horaire de travail.

Il avait tenu un stand au marché aux puces un samedi, vêtu du pantalon de la prison et alors qu'il se trouvait en arrêt de travail pour cause de maladie depuis le lundi précédent.

20. Par arrêté du 10 avril 2002, le Conseil d'Etat a augmenté le taux d'activité de M. G_____ à 100%. L'affectation de ce dernier est restée inchangée et son horaire a été réparti sur quatre jours, lui laissant le mercredi et le samedi, jours du marché aux puces, à disposition, sans lui permettre pour autant d'y participer.
21. Par plis des 18 et 24 mars 2003, M. G_____ a demandé à M. B_____ l'autorisation d'exercer son activité de pucier en dehors de ses heures de travail. Il sollicitait également une réduction de son taux d'activité à 50% pour raisons de santé.

Il subissait de fortes pressions professionnelles qui altéraient son état de santé physique et psychique. Une amélioration de son état ne pouvait se réaliser que par des changements professionnels. Sa demande de réduction d'activité était motivée par cette seule raison. Il acceptait de revoir le médecin conseil pour l'examen du bien-fondé de sa demande.

22. Le 28 mars 2003, M. G_____ a été entendu par M. B_____, qui lui a adressé plusieurs reproches au sujet de son activité de pucier et de l'incident du 18 décembre précédent.
23. Le soir même, M. G_____ a quitté la prison à 17h30 et s'est trouvé en incapacité complète de travail pour cause de maladie immédiatement après.

24. M. S_____ a indiqué n'avoir pas trouvé M. G_____ au marché aux puces les jours suivants.
25. Par courrier du 7 avril 2003 adressé au directeur de l'office pénitentiaire (ci-après : OFPEN), M. B_____ a demandé qu'une sanction disciplinaire soit prise à l'encontre de M. G_____. Il avait entendu ce dernier, suite à plusieurs propos qui lui avaient été rapportés quant à la poursuite de son activité de pucier. Il l'avait surpris lui-même en train de travailler au marché aux puces récemment. Régulièrement, M. G_____ se trouvait en arrêt maladie les lundis et mardis, ses reprises coïncidant avec le mercredi, jour de marché aux puces. Un article du journal Genève Home Information du 20 mars 2003 semblait confirmer cette activité. M. G_____ avait reconnu, lors de l'entretien précité, avoir exercé une autre activité professionnelle sans autorisation et ainsi avoir contrevenu à la loi. La gravité du cas justifiait la prise d'une sanction.
26. Par lettre du 3 avril 2003 adressée à M. B_____, M. G_____ a demandé à rencontrer le médecin conseil de l'Etat. Lors de l'entretien du 28 mars 2003, le directeur lui avait reproché avoir subi de courtes absences pour cause de maladie. Il appartenait au médecin conseil de juger du bien-fondé de ses arrêts de travail et non au directeur de l'établissement. Le hobby qu'il exerçait avec ses deux filles au marché aux puces lui permettait de faire face aux pressions professionnelles qu'il subissait et de se ressourcer. Cette activité ne nuisait nullement à sa profession, bien au contraire. On ne lui reprochait pas de faute professionnelle, mais un choix relevant de sa vie privée. Il souhaitait être entendu par la conseillère d'Etat en charge du département, Madame Micheline Spoerri.
27. Par lettre du 11 avril 2003, M. G_____ a fait parvenir à M. B_____ deux certificats médicaux appuyant sa demande de réduction de son taux d'activité. Il a réitéré ses demandes d'être vu par le médecin conseil de l'Etat et d'entretien avec Mme Spoerri.
28. Le même jour, M. B_____ a adressé un courrier à M. G_____.
- Il l'informait avoir saisi l'autorité compétente pour lui faire part de sa présence répétée au marché aux puces. L'entretien que M. G_____ aurait prochainement avec Mme Spoerri s'inscrirait dans ce cadre. Il était surpris d'apprendre que ce dernier subissait des pressions professionnelles, n'en ayant pas été informé auparavant. Il préavisait défavorablement la demande de réduction à 50% du taux d'activité de l'intéressé, les besoins de la boulangerie nécessitant sa présence à 100%. Il prenait acte de sa volonté d'être convoqué par le médecin conseil à la demande de son employeur. Enfin, il lui reprochait d'avoir quitté sa place de travail avant la fin de son service à l'issue de l'entretien du 28 mars 2003, sans en informer sa hiérarchie et sans signer le rapport journalier de l'atelier.

-
29. En mai 2003, M. G_____ a exposé sa situation à Mme Spoerri lors d'un entretien.
30. Conformément à ce qui avait été convenu à cette occasion, il lui a adressé par écrit, le 14 juillet 2003, une demande d'autorisation de travailler à l'extérieur pour les 50% restants. Financièrement, il ne pouvait honorer le paiement de ses pensions alimentaires et de ses charges sans cette activité complémentaire.
31. Le 21 mai 2003, le Docteur Danilo Janjic, médecin conseil de l'Etat, a confirmé que M. G_____ souffrait d'une affection médicale justifiant entièrement son arrêt de travail depuis le 31 mars 2003 et que les médecins traitants de ce dernier soutenaient sa demande de réduction d'activité pour raison de santé.
32. Par courrier du 24 juin 2003 adressé à M. G_____, M. B_____ a déclaré être désormais favorable à sa demande de réduction de taux d'activité. Depuis septembre 1998, quatre modifications de taux d'activité avaient été acceptées.
33. Par courrier du 23 juillet 2003, M. G_____ a précisé sa demande d'autorisation d'exercer une activité secondaire et indiqué qu'il souhaitait exercer une activité de vendeur étalagiste dix à vingt heures par semaine au marché aux puces de Plainpalais, les mercredis et samedis. Les médecins encourageaient cette activité qui l'équilibrait. D'autres fonctionnaires, notamment des enseignants, s'étaient vu accorder une telle autorisation.
34. Le 30 juillet 2003, le directeur de l'OFPEN a préavisé défavorablement la demande de M. G_____ d'exercer un 50% à l'extérieur.
- Ce dernier avait sollicité à quatre reprises une modification de son taux d'activité au cours des quatre dernières années. Récemment, il avait obtenu une telle réduction pour raison de santé. Il n'était médicalement pas logique qu'il diminue son taux d'activité à la prison, d'une part, et qu'il exerce une autre activité professionnelle pour compenser le manque à gagner de cette réduction, d'autre part. Il était permis de penser qu'un taux d'activité supérieur à 50% porterait atteinte à la santé de l'intéressé et, partant, ne lui permettrait plus d'exercer ses tâches de gardien de prison. Enfin, l'exercice accessoire de la profession de vendeur étalagiste ne lui paraissait pas compatible avec la fonction de gardien de prison.
35. Par arrêté du 27 août 2003, le Conseil d'Etat a réduit le taux d'activité de M. G_____ à 50% à compter du 1^{er} août 2003. A partir de cette date, M. G_____ a été rémunéré en conséquence.
36. Le 9 septembre 2003, la direction du département a demandé au médecin conseil de l'Etat son avis au sujet du souhait de M. G_____ d'exercer une
-

activité lucrative à 50% en plus de sa fonction et si un prononcé de l'assurance-invalidité pour une incapacité de travail à 50% devait être envisagé.

37. Courant septembre 2003, M. G_____ a informé son supérieur hiérarchique que la boulangerie ne fonctionnait pas avec un boulanger à 50%, ce que le chef de l'intéressé a confirmé.

En raison de cette situation, M. G_____, après un entretien avec M. B_____ le 30 septembre 2003, a été affecté contre son gré à l'atelier de reliure, le désir de l'intéressé étant de rejoindre les quartiers cellulaires de la prison.

38. Le 26 novembre 2003, la hiérarchie de M. G_____ lui a reproché de ne pas donner satisfaction, de ne pas adopter une attitude digne et correcte envers elle et d'exercer des occupations étrangères au service pendant ses heures de travail (lecture, téléphones personnels, etc.).

39. Le 3 décembre 2003, Monsieur I_____, gardien principal adjoint, a adressé un rapport à M. B_____.

Il avait aperçu M. G_____ lire pendant plus de trois quarts d'heure pendant son travail à l'atelier. Afin de s'assurer de ces faits, il s'y était rendu. L'intéressé était assis au bureau « [les] jambes bien croisées afin [qu'il] puisse voir ses chaussettes bleues claires ». Il l'avait ensuite interpellé par ces mots : « tu vois, malgré que tu aies gueulé je bosse autant qu'avant ». Il déplorait l'attitude et l'arrogance de M. G_____, qui nuisaient à la bonne marche du service.

40. Le lendemain, Monsieur A_____, également gardien principal adjoint, a demandé le départ de M. G_____ de l'atelier de reliure.

Ce gardien restait assis sur une chaise à boudier. Il n'était pas du tout motivé par le travail de l'atelier et il n'était plus possible de le garder dans ce service.

41. Le 8 décembre 2003, M. G_____ a confirmé par écrit à M. B_____ qu'il n'aimait pas travailler à la reliure et qu'il prenait des médicaments pour supporter ce travail. Il demandait à être traité de la même manière que ses autres collègues travaillant à 50%, soit en faisant des grandes journées (et non plusieurs fractions de quelques heures) dans le cellulaire, soit dans la brigade administrative.

42. Le 16 janvier 2004, M. B_____ a répondu à la demande de changement d'affectation de M. G_____.

L'affectation litigieuse avait fait suite à sa demande de réduction du taux d'activité. Le directeur mettait en garde M. G_____ contre des éventuelles sanctions disciplinaires qui pourraient être prises en raison de son absence de collaboration et de ses occupations étrangères au service pendant les heures de

travail (lecture, téléphones privés, etc.). S'agissant de son activité professionnelle accessoire, un de ses collaborateurs avait constaté, le 13 décembre 2003, que l'intéressé exerçait une activité de pucier alors que la veille, il était au bénéfice d'un certificat médical attestant de son incapacité complète de travailler. Il avait exercé cette activité alors que sa requête la concernant était en cours et que l'autorité n'avait, en conséquence, pas encore statué. Les suites disciplinaires relatives à ce comportement étaient réservées. Concernant son changement d'affectation, les faits qui lui étaient reprochés à l'atelier de reliure permettaient de constater que les tâches inhérentes à la surveillance des détenus et, partant, à la sécurité générale de l'établissement, étaient accomplies de manière lacunaire et négligente. Cette situation, ainsi que la prise de médicaments entraînant une somnolence et des difficultés de concentration, ne rendaient pas envisageable une affectation dans le secteur cellulaire où les aspects sécuritaires étaient prépondérants. Une activité dans la brigade administrative ne permettrait pas d'assurer l'encadrement dont M. G_____ prétendait avoir besoin sur le plan professionnel. Il resterait donc affecté au secteur des ateliers. Les faits susceptibles de sanction disciplinaire, évoqués ci-dessus, étaient portés à la connaissance de l'OFPEN.

43. Le 29 janvier 2004, le Dr Janjic a répondu à la demande du département du 9 septembre 2003.

La capacité de travail de M. G_____ était vraisemblablement de 100%, mais sa capacité de fonctionner en qualité de gardien de prison était probablement réduite à 50% en raison des difficultés professionnelles qu'il rencontrait. Cette incapacité était de nature conflictuelle et, par définition, passagère.

44. Le 5 avril 2004, le Dr Janjic a informé le service des ressources humaines du département que M. G_____ poursuivait son activité à la prison à 50% sans suivre de traitement médical.

45. Le 3 mai 2004, M. G_____ a sollicité de l'OFPEN un congé d'une année sans solde pour pouvoir s'occuper de son épouse actuelle, qui souffrait d'un cancer du sein, attesté par un certificat médical.

Il ne se sentait pas apte, psychologiquement, à affronter en même temps cette difficulté et son travail à 50% à la reliure, qu'il n'aimait pas, et souhaitait éviter de tomber en dépression.

46. Appuyant le préavis favorable de M. B_____, l'OFPEN a admis cette demande, le 21 mai 2004.

47. Par arrêté du 28 juillet 2004, le Conseil d'Etat a prononcé le congé sans traitement de M. G_____ du 1^{er} juillet 2004 au 30 juin 2005.

48. Le 30 janvier 2005, ses précédentes demandes étant demeurées sans réponse, M. G_____ a réitéré sa requête d'autorisation d'exercer son activité de pucier à raison de deux jours par semaine.
49. Le 2 juin 2005, soit près d'un mois avant son retour au travail, M. G_____ a été informé par sa hiérarchie qu'il serait affecté à la brigade administrative dès son retour.
50. A son arrivée, le 1^{er} juillet 2005, la hiérarchie l'a cependant affecté à l'atelier de reliure, pour les besoins du service et sans consultation préalable.
51. Par courrier du 19 juillet 2005, M. G_____ a demandé à pouvoir rejoindre la brigade administrative ou un poste de gendarme armé.
52. Dans un courrier du 25 juillet 2005 adressé à M. B_____, l'intéressé a fait part de son ressentiment par rapport à la manière dont s'était déroulée son affectation à son retour de congé. Il s'est plaint de mauvais traitement et a proposé une médiation.
53. Le 31 août 2005, M. B_____ a informé M. G_____ que son affectation à la reliure avait été décidée suite à une demande motivée du sous-chef responsable des ateliers. Une entrevue aurait lieu en septembre.
54. Le 12 septembre 2005, M. G_____ a réitéré sa demande de changement d'affectation et s'est plaint des différences de traitement entre ses autres collègues à temps partiel et lui-même quant aux affectations et aux horaires. Il l'informait également d'actuelles difficultés financières et de la possibilité d'être mis aux poursuites.
55. Suite à plusieurs échanges de courriers et à un entretien de situation avec son supérieur hiérarchique direct, une réunion a eu lieu entre M. G_____ et sa hiérarchie le 11 octobre 2005. La direction reprochait à ce dernier de ne pas respecter les voies de service lorsqu'il formulait ses doléances. Sa manière d'entrer en communication ne respectait ni les directives, ni les notes et ordres de service en cours. Si M. G_____ ne changeait pas cette attitude, il demeurerait toujours incompris.

L'intéressé était prêt, pour entrer dans le secteur cellulaire, à augmenter son taux d'activité. Il ne comprenait pas pourquoi il ne pouvait effectuer des remplacements de collègues durant la nuit.

La direction n'était pas favorable à l'augmentation du taux d'activité de M. G_____, qui devait d'abord « faire ses preuves ». Quant au travail de nuit, il se concentrait majoritairement « au synoptique » et nécessitait du personnel formé, ce qui n'était pas son cas. Quant à la demande de médiation, il n'y avait pas lieu d'y donner suite. Enfin, seules deux surveillantes travaillaient à 60% en

raison de leur maternité. Ceci constituait une lourde tâche dans la gestion des horaires du personnel.

56. Le 18 octobre 2005, M. B_____ a informé M. G_____ qu'il l'affecterait à la brigade administrative dès le 9 janvier 2006. Il lui rappelait par ailleurs que son statut ne l'autorisait pas à exercer une seconde activité professionnelle en dépit de ses problèmes financiers.

57. Après avoir reçu une copie des revendications adressées par M. G_____ à sa hiérarchie, l'OFPEN a adressé un courriel au service des ressources humaines du département.

Il priait ce dernier de traiter le dossier de M. G_____. Toute intervention de l'OFPEN étant perçue par la direction de la prison comme une immixtion de ses activités, l'exercice des activités de contrôle et la restitution des analyses et décisions de cet office se faisaient dans un contexte de « stress psychique ». La direction de l'OFPEN n'entendait pas exposer la santé de ses collaborateurs à des actes qui relevaient d'ordinaire de la gestion courante.

58. Le 24 octobre 2005, M. G_____ a saisi Monsieur W_____, médiateur, pour lui faire part de sa situation. Tout le monde connaissait, à la prison, son activité au marché aux puces mais feignait de l'ignorer. Ce mensonge et cette hypocrisie étaient insupportables. Il n'était pas acceptable, de la part de son employeur, de refuser ses offres d'augmentation du taux d'activité d'une part et de ne pas l'autoriser à exercer une activité complémentaire d'autre part. On lui déniait par ailleurs le droit d'effectuer ses horaires sur de grandes journées, comme le faisaient ses collègues, et de réaliser ainsi son 50% sur deux jours, comme il le souhaitait.

Le 1^{er} novembre 2005, alors qu'il était encore affecté à la reliure, M. G_____ a postulé pour effectuer des remplacements temporaires de gardiens absents pour quelques journées à la brigade administrative, ce qui lui a été refusé par son supérieur hiérarchique, Monsieur M_____, le 4 novembre 2005.

Affecté aux ateliers, il devait répondre aux missions dévolues à ceux-ci. Depuis sa reprise d'activité le 1^{er} juillet 2005 et jusqu'à ce jour, il avait été malade deux jours, avait pris onze jours de vacances et dix-sept jours de congé en rattrapage d'heures supplémentaires. Il était dès lors important que l'institution puisse compter avant tout sur son engagement dans le secteur dans lequel il avait été affecté.

Le 8 novembre 2005, M. G_____ a demandé à son chef hiérarchique direct de pouvoir remplacer un collègue en « grande journée » les 27 et 28 décembre 2005, ce qui lui a également été refusé.

59. Le 11 novembre 2005, M. G_____ a affiché dans le couloir de la cafétéria le courrier que M. M_____ lui avait adressé le 4 novembre 2005, après l'avoir caviardé.

60. Le 14 novembre 2005, M. G_____ a écrit un courrier à M. B_____.

La réponse précitée de M. M_____ était en totale contradiction avec les multiples demandes qu'il avait faites auprès de ses collègues des ateliers pour que ceux-ci remplacent en brigade les collègues temporairement absents, ainsi que cela ressortait de différents procès-verbaux des rapports de ces ateliers. Tous les gardiens de prison étaient interchangeables et pouvaient se remplacer mutuellement selon les besoins de l'établissement. Il avait par ailleurs droit aux jours de congé qu'il avait pris et s'était conformé au souhait de sa hiérarchie à cet égard.

61. Par lettre du 15 novembre 2005, la hiérarchie de M. M_____ a appuyé la réponse de ce dernier du 4 novembre 2005.

62. Par lettre du 16 novembre 2005 adressée à M. G_____, M. M_____ est revenu sur l'incident du 11 novembre précédent. Celui-ci reprochait à celui-là d'avoir affiché, sur un panneau réservé à la direction, son courrier du 4 novembre 2005. M. G_____ l'avait en outre menacé de déposer une copie de ce courrier sur les pare-brise de toutes les voitures stationnées dans le parking du personnel si cela s'avérait nécessaire. Ce comportement n'était pas acceptable et la direction attendait de M. G_____ une volonté réelle de progresser dans une dynamique positive et constructive.

63. Le 17 novembre 2005, M. B_____ a proposé à M. G_____ de rencontrer, en sa présence, un responsable du service des ressources humaines du département.

64. Quelques jours plus tard, M. G_____ a affiché une nouvelle fois, dans le couloir de la cafétéria, les copies caviardées du courrier de M. M_____ du 4 novembre 2005 et de celui qu'il avait adressé à M. B_____ le 14 novembre 2005.

65. Le 21 novembre 2005, M. M_____ a pris acte de cette situation et a informé M. G_____ qu'à l'avenir de tels agissements seraient sanctionnés.

66. Le 23 novembre 2005, M. G_____ a adressé un courrier à M. M_____.

Les horaires qui lui étaient imposés avaient pour seul et unique but de l'empêcher d'avoir congé le mercredi, jour de marché aux puces. Il ne pouvait y avoir de dynamique constructive entre lui-même et la direction dans cette situation et alors que son emploi à 50% ne lui permettait pas de subvenir à ses besoins et à

ceux de famille, qu'il n'avait pas le droit de travailler à l'extérieur, ni d'augmenter son taux d'activité.

67. Le 27 janvier 2006, M. G_____ s'est entretenu avec la directrice administrative du département au sujet de sa demande d'exercer une activité professionnelle secondaire.
68. Suite à cet entretien, le 14 février 2006, l'OPEN a préavisé favorablement ladite demande à la condition que M. G_____ maintienne à l'avenir son taux d'activité à 50% et respecte ses horaires à long terme, les mercredis et les samedis de congé lui étant accordés.
69. Par arrêté du 29 mars 2006, le Conseil d'Etat a autorisé M. G_____ à exercer une activité professionnelle secondaire rémunérée, eu égard à son taux d'activité de 50%.
70. Un horaire de quatre jours, tenant compte de ses impératifs, a consécutivement été établi.
71. Le 15 juin 2006, M. G_____ a requis de M. M_____ une autorisation d'aller vivre en Valais, aux motifs que son épouse n'avait plus d'activité professionnelle en raison de sa maladie et souhaitait changer de mode de vie. Il désirait la suivre dans ce projet et sollicitait la mise en place d'un horaire à 50% réparti sur deux jours, comme ses autres collègues à 50%.

Des échanges de courriers ainsi qu'un entretien se sont déroulés entre les intéressés entre les 15 juin et 31 août 2006.

Se référant à sa lettre du 14 février 2006, la hiérarchie de M. G_____ s'est opposée à toute modification de son horaire de travail.

72. Le 6 octobre 2006, M. G_____ a demandé une nouvelle fois à être affecté dans le cellulaire, au moins une grande journée par semaine, et sollicité qu'on lui expose les raisons pour lesquelles ce travail lui était refusé alors qu'il disposait, comme ses autres collègues, d'une formation de gardien de prison.
73. Dans la nuit du 22 au 23 octobre 2006, alors que M. G_____ effectuait une mission au QCH avec un de ses collègues, un détenu étant parvenu à se rendre dans le bureau des infirmières, à voler dans le sac à main de l'une d'entre elles des cartes bancaires et de l'argent, ainsi que d'autres affaires personnelles, puis était retourné dans sa cellule où il avait dissimulé les objets volés, le tout sans être remarqué des deux gardiens précités.

Le 6 novembre 2006, M. G_____ a déclaré que, bien qu'assis sur une chaise perpendiculaire au couloir devant le bureau des gardiens, il n'avait pas vu

de détenu passer, probablement en raison du fait que le couloir n'était pas allumé à cette heure de la nuit.

74. Le 17 novembre 2006, un entretien sollicité deux mois auparavant par M. G_____ a eu lieu entre ce dernier, la hiérarchie et le service des ressources humaines, pour permettre à l'intéressé d'exprimer ses doléances par rapport au conflit qui l'opposait à ses supérieurs.

La direction de la prison avait fourni de nombreux efforts pour accéder aux diverses demandes de M. G_____ (congé sans solde, modifications de taux d'activité, affectation à la brigade, autorisation d'exercer une activité professionnelle secondaire). Ses horaires avaient été arrêtés en tenant compte de ses besoins et de ceux de l'institution et ne pouvaient être une nouvelle fois modifiés.

75. Courant novembre 2006, M. G_____ a été nommé comme représentant du personnel au sein de la commission du personnel.

76. Par plis des 5 et 7 décembre 2006, il a réitéré sa demande auprès de la direction de la prison et du service des ressources humaines du département d'être affecté dans le secteur cellulaire une grande journée par semaine au moins.

77. Cette demande a été refusée le 28 décembre 2006 par le directeur de la prison.

78. Le 18 janvier 2007, M. G_____ a informé le gardien chef adjoint qu'il était en incapacité de travail pour cause de maladie.

79. Le même jour, ce dernier lui a envoyé un courrier.

Il avait demandé à M. G_____ des précisions sur les raisons de son absence et la durée approximative de sa maladie. Celui-ci lui avait répondu qu'il devait s'adresser au médecin conseil pour avoir des réponses. Cette attitude ne contribuait pas à favoriser des rapports de travail dignes et corrects. En outre, il avait reproché à M. G_____ de ne pas avoir informé le sous-chef de son absence, plutôt que lui-même, conformément aux consignes liées à sa fonction.

80. Le 21 février 2007, M. H_____, gardien chef, a infligé à l'intéressé un avertissement pour violation de son devoir de vigilance en raison de l'incident survenu dans la nuit du 22 au 23 octobre 2006 à l'hôpital cantonal, qu'il a refusé de signer.

81. Le 9 mars 2007, M. G_____ a recouru auprès du directeur de la prison contre ledit avertissement, contestant les faits à l'appui de ce dernier.

La violation de son devoir de diligence n'était pas établi. Le détenu avait pu dérober le porte-monnaie de l'infirmière dans sa blouse pendant qu'elle lui administrait des soins. Il s'interrogeait en outre sur divers aspects de la procédure, liés à la sécurité du QCH.

82. En avril 2007, M. G_____ a été informé de la disparition prochaine de la brigade administrative et du fait qu'il serait affecté à la maintenance de la prison à compter du 7 mai 2007.

83. Le 10 avril 2007, le directeur de la prison a rejeté le recours déposé par M. G_____ contre l'avertissement précité.

L'infirmière avait déclaré que son porte-monnaie se trouvait dans son sac, déposé dans le local des infirmières. Le détenu avait avoué le lui avoir volé pendant le service de nuit. Le supérieur hiérarchique de l'intéressé, présent cette nuit-là à ses côtés, avait également été sanctionné et avait reconnu sa faute. En cas de nouveau manquement, des mesures plus sévères seraient prises à son encontre.

84. Le 1^{er} mai 2007, M. G_____ a été affecté à la maintenance contre son souhait.

Le 6 mai 2007, il a refusé de monter sur le toit du bâtiment pour aider un collègue à intervenir sur une caméra située à cet endroit. Il avait le vertige et se sentait en danger.

Le même jour, il s'est installé avec une chaise et un parasol sur un chantier à surveiller. Prié par son supérieur d'exercer sa surveillance debout avec une casquette, il a refusé d'obéir.

85. Suite à cet incident, le chef du service de la maintenance a demandé à la direction de la prison de changer l'affectation de M. G_____.

86. Le 21 mai 2007, ce dernier a refusé d'entrer dans la chaufferie avec les ouvriers, invoquant des raisons médicales.

87. Le 22 mai 2007, alors qu'il devait assurer la sécurité d'un ouvrier d'une entreprise venant travailler dans une douche, il a quitté son poste pour se rendre dans le local du chef d'unité afin d'y lire le journal, après avoir introduit l'employé dans le lieu où il devait travailler. Sans le savoir, le personnel de surveillance des détenus a introduit ceux-ci dans la douche, qu'ils ont fermée à clé, laissant l'ouvrier seul avec les détenus.

88. Par courrier du 30 mai 2007, Monsieur R_____, gardien chef adjoint, s'est plaint auprès du directeur de la prison du comportement de M. G_____ depuis qu'il était à la maintenance.

Par son comportement, M. G_____ mettait en danger la sécurité de l'établissement.

89. Le lendemain, l'intéressé a été affecté au QCH en qualité de gardien surnuméraire quatre après-midis par semaine à compter du 11 juin 2007.

Cette affectation était prononcée en raison de son insuffisance de prestations et de son inaptitude à remplir les exigences du poste (lettre de M. M_____ à l'intéressé du 8 juin 2007).

90. Le 7 juin 2007, M. G_____ a été entendu par M. B_____ au sujet de son comportement et des faits qui lui avaient été reprochés à la maintenance.

91. Par courrier du 11 juin 2007 adressé à Monsieur Laurent Moutinot, nouveau conseiller d'Etat en charge du département, M. G_____ a sollicité un entretien.

Il était employé en qualité de gardien à la prison depuis vingt ans. Il demandait depuis plusieurs années à exercer son activité en contact avec les détenus. Il avait cessé son activité de boulanger à cette fin et proposait ses services comme gardien. Malgré ses demandes répétées en ce sens, hormis pour de courtes périodes, il n'avait pu exercer son activité dans le secteur cellulaire. Bien qu'aucune faute grave n'ait pu lui être reprochée, il avait été informé que M. B_____ souhaitait obtenir sa révocation. Il avait été récemment affecté au QCH en tant que gardien surnuméraire, alors que ce poste était généralement occupé par des personnes en début de formation.

92. Par lettre du 16 juin 2007, M. B_____ a informé M. G_____ qu'il avait demandé au Conseil d'Etat la résiliation de ses rapports de service pour insuffisance de prestations et inaptitude à remplir les exigences du poste.

En manquant plusieurs fois à ses devoirs dans la maintenance (incidents du parasol, de la caméra, de la chaufferie et de la douche), M. G_____ avait démontré son incapacité à répondre aux ordres et à fournir les prestations qui étaient attendues de sa part. Au cours des dernières années, des mesures de développement professionnel lui avaient été proposées par la direction de la prison, qui avait répondu favorablement à ses demandes de changement de taux d'activité. Elle avait donné suite à sa demande de changement d'affectation en automne 2003 et avait accédé à sa demande de congé d'une année sans traitement en 2005. A l'issue de l'entretien du 7 juin 2007, M. G_____ avait déploré l'impasse dans laquelle sa hiérarchie et lui-même se trouvaient et avait parlé de « gâchis ». Il avait ensuite quitté la pièce en sifflotant. La continuation des rapports de service n'était plus possible dans ces circonstances et plus compatible avec le bon fonctionnement de la prison.

93. M. G_____ a répondu à ce courrier le 28 juin 2007.

Sa hiérarchie lui reprochait le comportement qu'il avait eu à la maintenance. Or, cette affectation avait duré en tout dix demi-journées alors qu'il était employé de la prison depuis vingt ans. Les tâches qui lui avaient été assignées à la maintenance étaient difficilement compatibles avec les problèmes médicaux dont il souffrait. Il contestait ne pas vouloir remplir ses fonctions, mais il changeait d'affectation sans cesse et de manière inhabituelle.

94. Par lettre du même jour, M. Moutinot a confirmé à l'intéressé que les conditions d'une révocation n'étaient pas remplies mais qu'une résiliation des rapports de service pour motifs fondés était envisagée.

95. Le 21 août 2007, le Conseil d'Etat a prononcé le licenciement de M. G_____ avec effet au 30 novembre 2007.

La décision était exécutoire nonobstant recours.

La résiliation des rapports de service se fondait sur l'art. 14A de la loi sur l'organisation et le personnel de la prison du 21 juin 1984 (LOPP - F 1 50). L'incapacité de M. G_____ à remplir les exigences de sa fonction résultait de ses manquements répétés. En décembre 1989, une prolongation de sa période probatoire avait été déposée en raison de problèmes professionnels et personnels. En juin 2000, l'intéressé avait dormi pendant son service, n'avait pas fermé les portes qui obstruaient la visibilité d'une caméra de surveillance au QCH et quitté son service pour faire ses courses. En décembre 2001, il avait tenu un stand au marché aux puces vêtu du pantalon de l'uniforme de la prison alors qu'il se trouvait en arrêt de travail à 100% pour cause de maladie. En avril 2003, il avait à nouveau travaillé au marché aux puces sans autorisation. Le même mois, il avait quitté la prison avec ses effets personnels avant la fin de son service sans en informer sa hiérarchie ni signer le rapport journalier de l'atelier. En décembre 2003, il avait refusé de travailler et était resté assis sur sa chaise. En novembre 2005, il avait affiché un courrier caviardé de son supérieur hiérarchique et avait menacé ce dernier de déposer ledit courrier sur le pare-brise des véhicules stationnés dans le parking du personnel. En octobre 2006, il n'avait pas correctement assuré la surveillance d'un détenu au QCH, qui était parvenu à sortir de sa cellule pour voler le porte-monnaie d'une infirmière. Le 8 mai 2007, il s'était rendu sur un chantier à surveiller avec un parasol et une chaise de cafétéria et s'était opposé aux ordres qui lui avaient été donnés ensuite. Le 10 mai 2007, il avait refusé d'aider un collègue à poser une caméra sur le toit. Le 21 mai 2007, il n'avait pas voulu entrer dans la chaufferie. Le 22 mai 2007, il n'avait pas assuré la sécurité d'un employé d'une entreprise qui s'était retrouvé enfermé avec des détenus dans un local de douche.

De nombreux aménagements de l'horaire de travail et des réaffectations avaient été proposés à M. G_____, tenant compte de ses aptitudes et de ses difficultés personnelles, d'une part, ainsi que des besoins de l'institution, d'autre

part. Les aménagements, assimilables à des mesures de développement et de reclassement interne en institution, n'avaient pas eu les conséquences attendues, soit une amélioration des prestations fournies par l'intéressé. Les spécificités de la fonction de gardien de prison ne permettaient pas un reclassement dans un autre secteur de l'administration.

96. Le 26 septembre 2007, M. G_____ a recouru contre cet arrêté auprès de la commission de recours des fonctionnaires de police et de la prison (ci-après : la commission). Il concluait à son annulation et à ce que sa réintégration soit prononcée, sous suite de frais et dépens. Subsidiairement, il demandait à cette juridiction d'inviter le Conseil d'Etat à ordonner une mesure de reclassement dans un autre service de l'Etat.

L'arrêté attaqué devait être annulé pour défaut de motivation.

Les faits qui lui étaient reprochés n'avaient pas été établis. En effet, les « problèmes relationnels et professionnels » liés au prolongement de sa période probatoire ne consistaient qu'en une critique émise par M. G_____ contre le chef de cuisine qui lui avait valu un préavis défavorable de la part de ce dernier. Il avait dormi lors d'un service de nuit sur le lit de camp de service comme il l'était généralement admis. L'obstruction de caméras de surveillance par des portes qu'il aurait prétendument laissées ouvertes était impossible car aucune caméra ne se trouvait à l'intérieur du quartier cellulaire. Il n'avait jamais quitté son poste pour aller « faire des courses », ni n'avait été sanctionné pour cela. Bien que tous ses collègues et supérieurs connaissaient son activité de pucier, il avait attendu trois ans pour obtenir une réponse à sa requête d'autorisation d'exercer une activité secondaire. Il lui était reproché d'avoir quitté un jour son travail à 17h30 sans en informer son supérieur et sans signer le rapport journalier, mais son horaire se terminait à 17h00 ce jour-là, qui était un vendredi. Il n'avait d'ailleurs pas été sanctionné pour ces faits. Il n'avait jamais refusé de travailler en restant assis sur une chaise en décembre 2003. Aucun incident de la sorte ne lui avait été reproché à l'époque. Par l'affichage des courriers caviardés dans les couloirs de la cafétéria, il avait crié l'injustice dont il était victime par rapport aux autres gardiens, qui pouvaient exercer leur fonction dans le secteur cellulaire. Il avait installé un parasol et une chaise alors qu'il devait surveiller des ouvriers pendant quatre heures sous un soleil de plomb. Ceci n'avait rien d'extravagant, les gardiens de la promenade des détenus disposant également d'un tel parasol et d'une chaise. Ceci avait toutefois provoqué la colère de son chef. Il souffrait de vertiges et monter sur un toit pour la pose d'une caméra lui était impossible. Bien qu'il n'avait pu demeurer dans le local exigü de la chaufferie avec les ouvriers, il avait néanmoins assumé pleinement sa mission de surveillance en restant devant la porte. Le 22 mai 2007, il avait laissé seul dans les douches l'ouvrier d'une entreprise mais était resté devant la porte à discuter avec le chef d'étage. Les détenus étaient à la

promenade à ce moment-là et aucun incident ne s'était produit. Personne ne lui avait d'ailleurs fait de reproches à ce sujet par la suite.

Les changements de taux d'activité dont il avait fait l'objet avaient soit été demandés par sa hiérarchie, soit été motivés par des raisons de santé. Quant aux affectations successives, elles n'avaient jamais correspondu à ses demandes réitérées de travailler dans le secteur cellulaire au contact des détenus. Or, il était gardien de prison de formation, au même titre que ses collègues. Son poste à la boulangerie lui avait plu, mais ne pouvait être exercé à 50%. La réduction de son taux d'activité pour raisons de santé avait conduit à son affectation à l'atelier de reliure, ce qui l'avait dégradé dans sa santé et fortement démotivé. Les relations avec ses supérieurs s'étaient alors détériorées. Son licenciement avait ensuite été programmé. Son court passage dans la brigade administrative s'était bien passé, mais après la disparition de celle-ci, la direction l'avait placé à la maintenance dans le but de l'excéder.

La décision devait être annulée pour constatation inexacte des faits pertinents au sens de l'art. 60 al. 1^{er} let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10) .

En refusant sans motif, pendant des années, à un gardien de prison une affectation dans le secteur cellulaire alors qu'il en avait fait la demande et en s'acharnant à vouloir l'affecter à des tâches qu'il n'aimait pas, la direction avait commis un harcèlement constitutif d'une violation de la personnalité de M. G _____ au sens de l'art. 6B LOPP.

La fréquence et la persistance de ses demandes avaient eu pour seul but de trouver une solution à une situation invivable pour lui.

Une résiliation des rapports de service était disproportionnée et constituait un abus du pouvoir d'appréciation. Cette mesure ne visait pas à punir les intéressés mais à adapter la composition de la fonction publique aux exigences de fonctionnement du service concerné. La proportionnalité commandait, selon l'exposé des motifs du Conseil d'Etat (PL 9904) du 6 novembre 2006, de tenter un reclassement. Il convenait, selon ce document, d'aider l'intéressé à retrouver un emploi dans d'autres secteurs de l'administration ou de prendre des mesures destinées à accompagner l'employé dans la suite de sa carrière professionnelle. En l'espèce, aucune de ces mesures n'avait été proposée par la direction ou par le service des ressources humaines. Aucun reclassement n'avait été envisagé dans un autre établissement de détention.

Ce licenciement après vingt ans de service était très grave pour lui, alors âgé de 43 ans.

97. Le Conseil d'Etat, soit pour lui le département, a répondu au recours le 5 novembre 2007 et conclu à son rejet.

Il résultait des plaintes innombrables et répétées de M. G_____ qu'il ne s'était jamais plu dans son métier de gardien de prison. En raison du problème de surpopulation carcérale que connaissait l'établissement, la direction devait pouvoir compter sur des gardiens motivés, compétents et fiables. Tel n'était pas le cas de M. G_____ dont les manquements étaient particulièrement illustrés par certains incidents (portes ouvertes obstruant les caméras, départ de son service à 17h30 avant la fin de ses heures de travail, refus de travailler et reste assis sur sa chaise, vol du portemonnaie par un détenu et incident des douches). L'attitude de M. G_____ consistant à défier de manière répétée sa hiérarchie en contestant ses affectations, en refusant d'exécuter les ordres ou en les exécutant de façon fantaisiste n'avait cessé de nuire au bon fonctionnement des secteurs dans lesquels il avait été affecté.

Le recourant prétendait vouloir travailler dans le secteur cellulaire pour être en contact avec les détenus, alors qu'un tel contact existait également dans les ateliers.

Selon l'art. 13 al. 1^{er} du règlement sur l'organisation et le personnel de la prison du 30 septembre 1985 (ROPP - F 1 50.01), les gardiens étaient affectés soit au secteur cellulaire, soit à celui des ateliers. La répartition de ces collaborateurs résultait ainsi de réflexions organisationnelles et objectives.

En aménageant à plusieurs reprises les horaires de M. G_____ pour permettre à celui-ci de concilier sa vie professionnelle et sa vie de famille, l'établissement avait proposé les mesures de développement et de réinsertion professionnelle requises par la loi et recherché si un autre poste de l'administration cantonale correspondait aux capacités de l'intéressé au sens de l'art. 21 al. 3 de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 (LPAC - B 5 05). En outre, M. G_____ étant incapable d'exercer la fonction de gardien de prison, il aurait été contradictoire de la part de l'établissement de lui proposer un poste de surveillant d'une maison d'arrêt et de fin de peine, qu'il n'aurait pas davantage été capable d'assumer.

98. Le 23 novembre 2007, M. G_____ a demandé à la commission la restitution de l'effet suspensif au recours.

99. Le 29 novembre 2007, la commission a convoqué les parties en audience de comparution personnelle.

a. M. G_____ a exposé que depuis le 11 juin 2007, il était gardien surnuméraire au QCH, ce qui signifiait concrètement que pendant cinq heures,

quatre jours par semaine, il restait assis sur une chaise à attendre, sans travailler. Ce traitement équivalait à une dégradation et à un harcèlement. Il avait demandé à faire des remplacements, ce qui lui avait été refusé. Les deux seules modifications de taux d'activité qu'il avait lui-même initiées étaient son passage à 70% après son affectation au QCH et sa demande de réduction de son taux d'activité à 50% en 2003. Les autres avaient été demandées par son employeur pour les besoins du service. Après de nombreuses années passées à la boulangerie, il avait souhaité changer d'activité et rejoindre une véritable équipe dans le secteur cellulaire, car cette fonction était davantage reconnue et au contact des détenus. Les relations avec les détenus à la cuisine étaient différentes ; ceux-ci parlaient plus librement de leurs problèmes que dans le secteur cellulaire et cela lui devenait pénible. Il se sentait très dévalorisé à la reliure, où il n'avait aucune compétence. Il avait été heureux d'apprendre à son retour de congé d'un an qu'il serait affecté à la brigade administrative et son affectation brutale à la reliure, sans concertation préalable, l'avait catastrophé. Le médiateur n'avait pas donné suite à sa demande. Dans la maintenance, il n'y avait aucune relation avec les détenus. Il n'avait tenu qu'un mois. Il avait donné pleine satisfaction dans la brigade administrative, hormis lors de l'incident du porte-monnaie qui lui avait valu un avertissement. Il n'avait jamais fait l'objet d'une évaluation en vingt ans de service.

b. M. B_____ a contesté que les modifications de taux d'activité aient été initiées par les supérieurs de M. G_____, même si celles-ci avaient fait suite à des discussions entre eux. Il y avait deux femmes à temps partiel à Champ-Dollon. Certaines personnes employées à la maintenance ne provenaient pas de professions du bâtiment. Une large part de l'activité de gardien consistait à surveiller sans rien faire. C'était le propre de la profession. Il avait eu des difficultés à placer M. G_____ dans le secteur cellulaire. Il était très difficile, voire impossible, d'employer un gardien à 50% dans ce secteur, car une nuit représentait plus de la moitié de l'horaire hebdomadaire. En outre, il avait attendu de M. G_____ qu'il « fasse ses preuves » auparavant dans les brigades dans lesquelles il avait été affecté. Ces éléments lui avaient été régulièrement communiqués. Depuis qu'il était devenu directeur de la prison, M. G_____ ne lui avait pas demandé de travailler dans le secteur cellulaire. Si l'intéressé avait été affecté si brutalement à la reliure lors de son retour de congé, c'était en raison de la demande formée dans ce sens par les responsables de cet atelier. Les évaluations du personnel avaient débuté en 2005 et commencé par le haut de la hiérarchie. Tout le personnel n'avait pas encore été évalué. Le transfert de M. G_____ dans un autre établissement n'avait pas été envisagé et il s'y serait opposé pour le bien de M. G_____ comme pour celui de l'établissement concerné.

100. Le 13 décembre 2007, M. G_____ a versé à la procédure un courrier qu'il avait adressé au directeur de l'OFPEN.

Il souhaitait rejoindre, en qualité de surveillant, l'équipe qui serait mise en place pour assurer la sécurité du nouvel établissement pénitentiaire de la Brenaz.

101. Le 14 décembre 2007, le directeur adjoint de l'OFPEN a informé M. G_____ qu'il était favorable à sa requête et que l'OFPEN était disposé à procéder à un bilan actualisé de ses « connaissances métier ».
102. Le même jour, le Conseil d'Etat a répondu à la requête de restitution de l'effet suspensif formée par M. G_____ et conclu à son rejet.
103. Le 17 décembre 2007, le service des ressources humaines du département a écrit à M. G_____.

Il avait exposé devant la commission, dans la procédure de licenciement, les raisons pour lesquelles un reclassement du recourant comme surveillant n'était pas envisagé. L'OFPEN avait pris une décision ne relevant pas de sa compétence, qui ne pouvait être prise en compte.

104. Le 20 décembre 2007, la commission a rejeté la requête en restitution de l'effet suspensif formée par M. G_____.
105. Les 24 avril, 15 mai et 26 juin 2007, elle a entendu plusieurs témoins déliés du secret de fonction.

a. Monsieur D_____ était gardien principal à Champ-Dollon où il exerçait depuis 1987. Il avait travaillé avec M. G_____ à la cuisine et à la brigade administrative, le tout pendant environ deux ans et demi. M. G_____ était travailleur. Il avait pleine confiance en ses qualités professionnelles. Son côté un peu « direct » n'était pas toujours apprécié de la hiérarchie. Celle-ci n'avait pas donné suite à ses demandes pour l'empêcher d'exercer son hobby au marché aux puces, connu de tout le monde à la prison. Chaque fois qu'il s'absentait, chacun le croyait au marché aux puces. Des plaintes, relayées par M. H_____, étaient parvenues à la direction. Les chefs avaient alors mis sur pied des horaires ne permettant pas à l'intéressé d'exercer cette activité, ce qui était très difficile à supporter pour celui-ci. L'horaire en brigade était habituellement de trois jours de travail (un après-midi et une journée, suivis de deux nuits), d'un jour de repos et de trois jours de congé. L'affectation en surnuméraire, comme celle de M. G_____, alors que la prison manquait d'effectifs, était une façon d'écarter les gardiens que M. B_____ ne voulait pas voir à la prison. Suite à des difficultés qu'il avait lui-même rencontrées avec une collègue, ceci lui était également arrivé. Il s'était senti complètement inutile, car il n'y avait personne à remplacer. La gestion du personnel de la prison était mauvaise et plusieurs gardiens s'en plaignaient. M. G_____ entretenait de bonnes relations avec ses collègues, comme avec les détenus. Il exécutait correctement les tâches qui lui étaient confiées. Au QCH, le contact avec les détenus était assuré par les infirmières. La

nuit, un des gardiens dormait pendant que l'autre veillait. Ce dernier bénéficiait d'un lit de camp et d'une télévision. Lorsqu'un rapport était adressé à la direction par un collègue, l'intéressé n'en était pas informé. M. G_____ avait été démotivé. Il n'était pas possible, à sa connaissance, de masquer une caméra en laissant une porte ouverte.

b. Monsieur T_____ avait travaillé pendant environ deux ans à la brigade administrative avec M. G_____, dont il avait été le supérieur hiérarchique. Sa collaboration avec ce dernier était bonne. Il lui donnait du travail mais le voyait peu, en raison de ses horaires. La direction relayait les tâches à accomplir, mais donnait assez souvent à M. G_____ des travaux de « bouche-trous » autres que ceux prévus dans le planning. Il se demandait si la direction ne cherchait pas à punir le recourant. Des ordres lui avaient été donnés, l'interdisant de mettre M. G_____ dans le secteur cellulaire, mais les motifs ne lui avaient pas été communiqués. M. G_____ faisait bien son travail et il n'avait pas compris pourquoi ce gardien était affecté à des tâches subalternes, alors qu'il était prêt à effectuer des journées pleines. M. G_____ entretenait de bons rapports avec ses collègues et avec les détenus. Le témoin avait confiance en lui s'agissant de la sécurité. Il ne lui semblait pas possible de masquer des caméras au QCH en laissant des portes ouvertes.

c. Monsieur L_____, gardien de prison, avait collaboré avec M. G_____ à l'atelier de reliure. L'atelier était en sous-effectif. Il avait demandé une cinquième personne. Il n'avait pu former le recourant à la reliure en raison des horaires réduits de ce dernier et du fait que la surveillance de la promenade des détenus était presque systématiquement confiée à M. G_____ l'après-midi. Le responsable de l'atelier en avait décidé ainsi, bien que d'ordinaire, cette surveillance était exercée en tournus par les gardiens. Cette situation avait conduit à ne confier au recourant que les tâches ne nécessitant pas de formation. Leur collaboration s'était bien passée. Il avait confiance en lui, bien qu'il l'ait senti démotivé par son travail. Lorsqu'il lui avait proposé le poste, M. G_____ lui avait dit vouloir travailler dans le secteur cellulaire. Il considérait l'affectation à la reliure comme une punition. Il avait compris par la suite qu'il avait eu raison. En effet, un jour où M. G_____ lui avait demandé des informations au sujet de ses vacances, il était allé consulter sur son ordinateur la fiche du mémento des instructions de l'office du personnel de l'Etat, ce qui avait duré deux minutes. Une demi-heure plus tard, tous ses chefs lui étaient tombés sur le dos et lui avaient reproché d'être allé sur internet pendant ses heures de travail. Il avait perçu, à ce moment-là, une volonté de sa hiérarchie de punir M. G_____. Les relations de ce dernier avec ses collègues étaient normales, avec des hauts et des bas. Elles étaient particulièrement difficiles avec l'un de ses chefs. Les rapports que M. G_____ entretenait avec les détenus étaient excellents.

d. Monsieur J_____, gardien de prison, travaillait à la prison depuis 1988. Il était collègue de M. G_____ au QCH. Ses rapports avec lui étaient bons. L'intéressé était jovial et ses relations avec les détenus étaient bonnes. Il ne voyait pas comment des chariots pouvaient obstruer les caméras, sauf en passant. De jour comme de nuit, il y avait deux gardiens au QCH. Lorsque l'un se reposait dans la salle de repos, l'autre disposait d'une télévision et d'un fauteuil pour surveiller et répondre aux sonnettes. A la commission du personnel, M. G_____ était très juste et objectif dans sa façon de penser et analysait bien ce qui se passait dans l'établissement. Il n'y avait pas de conflit particulier avec les collègues ou les chefs dans ce cadre. Le recourant avait eu en revanche des problèmes avec MM. B_____ et H_____, qui influençaient les autres membres de la direction. Les discussions étaient franches et le ton montait parfois. M. G_____ voulait rejoindre le secteur cellulaire. Il n'avait jamais compris pourquoi ceci lui avait toujours été refusé. Les rapports conflictuels de M. G_____ avec la direction avaient vraisemblablement eu des répercussions sur ses différentes affectations et sur la fixation de ses horaires.

e. Monsieur G_____ travaillait à la prison depuis 1987. Il avait parfois croisé M. G_____ à la boulangerie et avait collaboré avec lui dans la brigade administrative. Les rapports de M. G_____ avec ses collègues et lui-même étaient bons. Celui-ci était jovial avec les détenus, ce qui permettait d'apaiser les tensions. Il était compétent pour « sentir » l'ambiance dans la maison et prévenir d'éventuels risques. Le témoin avait confiance en lui. Il ne savait pas pourquoi l'intéressé n'avait pas été affecté au secteur cellulaire, conformément à son souhait. Il avait eu le sentiment que son affectation au QCH en qualité de gardien surnuméraire relevait de la punition.

f. M. H_____ était gardien chef à la prison depuis 2004. Il n'avait jamais travaillé directement avec M. G_____, mais le côtoyait comme collègue. La direction avait passé beaucoup de temps à répondre aux demandes de M. G_____, qui voulait régulièrement procéder à des changements, ce qui était compliqué pour l'ensemble des collaborateurs. L'attitude de l'intéressé était difficile pour les cadres, car lorsqu'il était affecté à la maintenance, il ne remplissait pas les tâches qui lui étaient confiées. Il s'opposait aux directives et prenait des libertés. Il avait pris par exemple un parasol et une chaise pour surveiller un chantier. Or, les fonctionnaires de la prison n'étaient pas des « travailleurs mexicains ». Il était contraire à la ligne de l'établissement de tolérer qu'un gardien soit confortablement assis sous un parasol pendant que des ouvriers creusaient une fouille. Les vœux de M. G_____ de travailler dans le secteur cellulaire n'avaient pu être exaucés en raison de son horaire à 50%. Pour des raisons de sécurité et de qualité du travail, il était nécessaire que les gardiens effectuent la journée entière. C'était la seule façon de « prendre le pouls » des détenus et de garantir la sécurité. Dans le secteur des femmes, deux gardiennes travaillaient à temps partiel dans le cellulaire. Il n'y avait toutefois qu'une

vingtaine de détenues, contre une cinquantaine ou plus chez les hommes. Cette situation rendait un horaire groupé en début ou en fin de semaine incompatible avec la sécurité dans ce secteur. Le rôle de M. G_____ lorsqu'il était surnuméraire était de permettre à des collègues de prendre des congés ou de rattraper des heures supplémentaires. Malheureusement, cela ne s'était pas produit, ou très peu, ce qui avait diminué l'intérêt de cette affectation. M. G_____ avait refusé de signer l'avertissement qu'il lui avait signifié. Le témoin avait considéré cette attitude comme inadmissible. Lors de l'incident des douches, M. G_____ était allé lire le journal. M. H_____ l'avait su par ses collaborateurs. Des dysfonctionnements de collaborateurs surgissaient une dizaine de fois par an. Cet incident était toutefois le plus grave qu'il ait lui-même connu. Il avait décidé de l'affectation de M. G_____ à la maintenance dans laquelle désormais tous les gardiens et gardiennes à temps partiel étaient affectés. Pour lui, M. G_____ était le parfait exemple du « rond de cuir », qui cherchait surtout à tirer le maximum de profit de l'Etat, sans jamais chercher à améliorer le bon fonctionnement de l'établissement. Il n'avait jamais collaboré avec lui mais le connaissait bien. Il n'avait pas de griefs à faire valoir à son encontre concernant ses rapports avec les détenus. La direction n'avait pas donné de consignes d'utiliser l'intéressé comme « bouche-trou ». Les gardiens affectés à temps plein à la brigade administrative pouvaient travailler dans le secteur cellulaire. M. G_____ n'était pas un exemple pour les jeunes collaborateurs de la prison. Il était le roi de la « triangulation » ; il s'adressait à lui sans respecter les voies hiérarchiques. Le personnel devait obéir aux instructions sans les discuter.

Lors de cette audition, le recourant a indiqué qu'il ressentait de la haine de la part de M. H_____, ce à quoi ce dernier a répondu que ce genre d'attitude était typique de la part de M. G_____, qui ne supportait pas que l'on ne soit pas d'accord avec lui et qui « partait tout de suite dans des attitudes dignes des opéras italiens ».

Le recourant a précisé qu'il n'avait jamais été informé par le service des ressources humaines du fait qu'il ne pouvait travailler dans le secteur cellulaire en raison de son temps partiel. Les femmes qui y travaillaient à 50% à l'époque faisaient une grande journée et une journée partielle tous les six jours. Son conflit avec M. H_____ avait beaucoup pesé sur son chef direct, qui ne « savait plus ou le mettre ».

g. Monsieur N_____ était sous-chef responsable des ateliers à la prison. Il avait collaboré directement avec M. G_____. Lorsqu'il était à la maintenance, ce dernier disait toujours ne pas pouvoir collaborer ; il avait le vertige, ne pouvait rester dans la poussière, ne supportait pas les mauvaises odeurs ou se protégeait du soleil au moyen d'une casquette. Il fallait changer les plannings prévus au départ, ce qui était compliqué. Le témoin avait demandé à la direction de placer M. G_____ ailleurs. Il ne savait pas pourquoi ce dernier avait été affecté à la

maintenance. Dans ce service, les gardiens assuraient la sécurité de l'établissement et des ouvriers pendant les travaux d'entretien. Il n'y avait pas de contact direct avec les détenus. Le temps partiel de l'intéressé ne posait pas de problème d'organisation. Il ne connaissait pas les détails de l'incident des douches. Il savait que M. G_____ avait demandé de pouvoir travailler dans le secteur cellulaire. Il ignorait les raisons pour lesquelles cette demande n'avait pas abouti. Les gardiens de la maintenance avaient été affectés dans ce service parce qu'ils l'avaient demandé. Il ne savait pas si M. G_____ avait fait une telle demande lors de son affectation dans ce secteur, mais avait appris qu'une solution était recherchée pour le placer. Ce dernier avait ensuite été affecté à la maintenance « ad aeternam ». Les détenus n'avaient jamais accès à la chaufferie, seuls les employés des entreprises pouvaient s'y rendre, accompagnés d'un gardien. Si les gardiens de la promenade avaient disposé auparavant d'un parasol et d'une chaise dans leur cabine blindée, tel n'était pas le cas à la maintenance, car laisser un tel objet à l'intérieur de l'enceinte de la prison était exclu pour des raisons pratiques et de sécurité.

h. M. R_____, gardien chef adjoint à Champ-Dollon, avait été le supérieur hiérarchique de M. G_____ à la boulangerie. La collaboration avait été bonne. L'intéressé était parti en raison de sa réduction d'activité à 50%, qui n'était plus compatible avec cette fonction. Il lui avait dit qu'il ne se plaisait pas à la reliure. Le travail de M. G_____ ne posait pas de problème, seul le choix de sa fonction au sein de l'établissement était problématique. La maintenance ne lui convenait pas du tout. Il ne pouvait accompagner les ouvriers dans tous les lieux de la prison et répondre aux exigences de sécurité. Il était attendu de lui qu'il se forme à la reliure, mais il était souvent affecté à la promenade pour que les autres gardiens de l'atelier puissent effectuer les tâches administratives qui leur incombaient. M. G_____ n'était pas formé pour cet atelier, qui requérait des compétences spécifiques. A la brigade administrative, il y avait un aspect « bouche-trou », car les tâches étaient définies en fonction des besoins des autres brigades. Elle avait été créée pour permettre aux gardiens plus âgés de moins travailler la nuit. En tout temps, la direction pouvait s'adresser à elle pour affecter un gardien à une tâche particulière. Le responsable désignait le gardien. Il était cependant difficile d'utiliser dans le secteur cellulaire un gardien à 50%, car il n'y avait pas de temps prévu permettant à la personne terminant son service de donner des informations à son remplaçant. M. G_____ travaillait cinq jours par semaine, alors que les gardiens à plein temps travaillaient trois jours. Il ne savait pas pourquoi M. G_____ n'avait jamais été engagé dans le secteur cellulaire. Il ne connaissait pas non plus les raisons de son affectation à la maintenance. Avant cette dernière affectation, il avait été satisfait de son travail. Il avait rendu un rapport sur les problèmes survenus à la maintenance. Des tâches rébarbatives étaient confiées aux personnes à temps partiel. Celles-ci risquaient de se voir vite usées, alors que les personnes à temps plein avaient de l'alternance dans leurs activités.

M. G_____ a précisé, à cette occasion, qu'il avait toujours indiqué qu'il était souple dans ses horaires et avait souvent demandé à faire des remplacements dans le secteur cellulaire, ce qui lui avait toujours été refusé.

i. Monsieur Z_____ était gardien principal adjoint dans une brigade cellulaire à la prison. Il avait été collègue de M. G_____ au QCH et son chef à la brigade administrative. La collaboration avait été bonne. M. G_____ était un bon collègue. Il avait travaillé avec lui de janvier 2006 à mai 2007. Il connaissait son désir de travailler dans le secteur cellulaire. Il lui était arrivé de remplacer le chef de la brigade administrative. Le témoin avait voulu confier des tâches dans ce secteur à M. G_____, mais s'était fait réprimander par son chef, M. H_____, qui l'avait convoqué dans son bureau et l'avait enjoint de ne pas le faire. Seul le recourant était concerné par cette restriction. Les autres gardiens ne l'étaient pas. M. G_____ avait vingt ans d'expérience. C'était un collègue apprécié, en qui l'on pouvait avoir confiance et qui avait de très bons contacts avec les détenus. Ce gardien était systématiquement affecté à la surveillance de la promenade ou à la distribution des paquets dans les étages. Pendant leur deux années de collaboration au QCH, M. G_____ ne s'était jamais absenté pour aller « faire ses courses » dans l'hôpital. Il ne se souvenait pas que ce dernier ait dormi pendant son service au QCH, à un moment où il n'était pas autorisé à le faire. Le recourant avait des problèmes avec la direction, qui avaient vraisemblablement eu des effets sur ses affectations. L'arrivée à la direction de M. B_____, qui était auparavant assistant social et que les gardiens tutoyaient, avait été difficile pour les gardiens. Il avait soudain fallu l'appeler « Monsieur le directeur ». Celui-ci avait en outre des relations tendues avec sa hiérarchie, qui avaient eu des répercussions sur M. G_____.

M. G_____ a relevé qu'en cas de conflit avec la direction, un gardien ne pouvait plus s'adresser à l'OPEN du fait de cette situation. Les problèmes ne pouvaient ainsi plus être résolus.

j. Monsieur U_____ travaillait à Champ-Dollon depuis 1982. Il exerçait la fonction de gardien dans le secteur cellulaire. Il avait travaillé avec M. G_____ à la boulangerie, à la brigade administrative et au QCH. M. G_____ était un excellent pâtissier. Lui-même était pâtissier de métier. M. G_____ était un collègue agréable, qui faisait du bon travail et qui entretenait de bons rapports avec les détenus. A la boulangerie, le chef de cuisine avait rendu la vie de M. G_____ difficile. Malgré cela, il lui semblait que celui-ci était en bons termes avec la direction. Plus tard, au QCH, leur collaboration s'était bien passée. Il n'avait jamais trouvé M. G_____ endormi pendant son temps de veille. Il ne lui semblait pas que les portes ouvertes ou les chariots puissent obstruer la vue des caméras. Il ne se souvenait pas que M. G_____ se soit absenté pendant son service au QCH. Il avait entière confiance en lui. Il n'avait jamais refusé d'exécuter au QCH un ordre de sa hiérarchie. Il s'était plaint d'être utilisé comme

surnuméraire au QCH, alors qu'il manquait des gardiens à Champ-Dollon. Cette affectation signifiait qu'il « valait plus rien » pour la direction. Il était exceptionnel qu'un gardien soit placé en surnuméraire dans ce secteur.

k. Monsieur O _____ avait été gardien principal adjoint avant de prendre sa retraite. Il avait travaillé avec M. G _____ au cours de ses dernières années d'activité à la brigade administrative, sans l'avoir côtoyé tous les jours. Le témoin en organisait le planning. M. G _____ était un collègue aimable et serviable. Les missions qu'il lui avait confiées avaient été parfaitement exécutées. Les relations du recourant avec ses collègues et les détenus étaient bonnes. En raison du temps partiel de ce dernier, il n'avait pu confier à M. G _____ des tâches variées. Lorsqu'on l'appelait, celui-ci se rendait immédiatement disponible et réagissait plus rapidement que les autres. Le recourant avait un conflit avec la direction qui rendait son affectation dans le secteur cellulaire difficile. Le témoin n'avait pas reçu de directives visant à empêcher le recourant d'accéder au secteur cellulaire, mais il pensait que de telles directives existaient. Celles-ci n'étaient pas liées à la qualité du travail de l'intéressé, en lequel on pouvait avoir toute confiance. Il était possible que M. G _____ ait subi un mobbing. Il ne se souvenait d'aucun incident survenu dans les douches en mai 2007. Il était chef de l'étage à ce moment-là et aurait appris tout événement propre à mettre en danger la sécurité de cet étage.

l. Monsieur X _____, gardien à Champ-Dollon depuis vingt ans, avait travaillé avec M. G _____ à la cuisine. L'ambiance y était mauvaise. A son arrivée, les cuisiniers ne voulaient pas lui parler. M. G _____ était venu à son secours et l'avait aidé. Plus tard, ils avaient travaillé ensemble à la brigade administrative, où tout s'était bien passé. Il lui semblait qu'à un moment donné, M. G _____ avait été interdit dans le secteur cellulaire, sans pouvoir toutefois préciser l'origine de cette interdiction. Il y avait un autre gardien dans cette situation, interdit en raison de problèmes médicaux. M. G _____ était fiable. On pouvait lui faire confiance s'agissant de la sécurité de la prison. Il entretenait de bonnes relations avec ses collègues comme avec les détenus.

106. Le 28 juillet 2008, le Conseil d'Etat a déposé ses observations après enquêtes et persisté dans ses conclusions.

La plupart des témoins entendus étaient des collègues de M. G _____ qui l'avaient côtoyé essentiellement au début de sa carrière. Les informations données étaient fortement subjectives et, par conséquent, de peu de valeur. L'intéressé avait été en contact avec les détenus lors de ses différentes affectations, contrairement à ses allégués. Il était admissible de dormir pendant les gardes de nuit au QCH, mais pas pendant que le collègue était en repos, comme l'avait fait M. G _____.

Dans l'ensemble, les enquêtes avaient démontré que l'intéressé était inapte à remplir sa fonction.

107. Le recourant a déposé ses écritures après enquêtes le 31 juillet 2008 et repris ses précédentes conclusions.

Il ressortait des témoignages recueillis qu'il exerçait ses tâches avec sérieux, qu'il avait fait l'objet d'un traitement particulièrement défavorable de la part de la direction, qu'il était apprécié des autres gardiens et que ceux-ci avaient confiance en lui, s'agissant de la sécurité. L'antipathie du gardien chef H_____ à son égard était nettement apparue lors de son témoignage. Le licenciement était intervenu moins de vingt-deux jours après l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions sur le licenciement, en assouplissant les conditions. Non seulement aucune mesure de reclassement ou de réinsertion professionnelle ne lui avait été proposée, mais le Conseil d'Etat avait refusé, pour des raisons incompréhensibles, de réexaminer sa situation suite à la réponse favorable de l'OFPEN. Si le recours était admis, l'autorité intimée ne pouvait refuser sa réintégration en raison de l'application de l'art. 20A LOPP.

108. Le 1^{er} juin 2010, le juge délégué a écrit aux parties.

Suite à un enchaînement d'incidents regrettables, la procédure était restée en suspens. Après la suppression de la commission, le Tribunal administratif était compétent pour statuer. Un délai leur était donné pour lui faire part d'éventuels éléments nouveaux.

109. Le 28 juin 2010, M. G_____ a répondu à ce courrier.

Il n'avait pas retrouvé d'emploi et ne bénéficiait plus d'indemnités de chômage. Il s'était présenté dans plusieurs entreprises de sécurité, qui avaient été rebutées par son licenciement.

110. Le 30 juin 2010, le Conseil d'Etat a précisé qu'aucun fait nouveau n'était intervenu.

111. Ensuite de quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. a. Le 18 septembre 2008, le Grand Conseil de la République et canton de Genève a modifié la loi d'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ - E 2 05). Cette nouvelle, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009, répond à l'art. 29a de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) qui garantit l'accès au juge et à l'art. 86 de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110) qui oblige les cantons à instituer des tribunaux supérieurs statuant en dernière instance comme autorités précédant immédiatement le Tribunal fédéral.

b. Selon la disposition transitoire figurant à l'art. 162 al. 3 LOJ, les recours interjetés avant l'entrée en vigueur de la modification du 18 septembre 2008 et pendants devant une autre juridiction sont transmis d'office au Tribunal administratif, s'ils entrent dans sa compétence en vertu des dispositions du nouveau droit.

Avant le 1^{er} janvier 2009, l'art. 20 aLOPP prévoyait que la résiliation des rapports de service pouvait être attaquée, dans un délai de trente jours, auprès de la commission. Au vu de ce qui précède, le Tribunal administratif est compétent pour connaître du cas d'espèce.

Interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, le recours est ainsi recevable.

2. Le droit d'être entendu, garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., implique notamment pour l'autorité l'obligation de motiver sa décision. Il ne lui impose cependant pas d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties ; l'autorité peut, au contraire, se limiter à ceux qui, sans arbitraire, lui paraissent pertinents. Dès lors que l'on peut discerner les motifs qui ont guidé la décision de l'autorité, le droit à une décision motivée est respecté. Pour le reste, la motivation peut être implicite et résulter des différents considérants de la décision (Arrêt du Tribunal fédéral 2C_514/2009 du 25 mars 2010 consid. 3.1). Il suffit que le justiciable puisse apprécier correctement la portée de la décision et l'attaquer à bon escient (Arrêt du Tribunal fédéral 8C.639/2009 du 9 octobre 2009, consid. 4.2 ; ATF 134 I 83 consid. 4.1 p. 88 ; ATA/320/2010 du 11 mai 2010).

En l'espèce, l'arrêté attaqué contient tous les éléments permettant de déterminer les faits sur lesquels l'autorité intimée s'est fondée pour prononcer le licenciement et les bases légales sur lesquelles ce dernier repose.

Le grief de violation du droit d'être entendu sera donc rejeté.

3. Selon l'art. 14A LOPP, après la période d'épreuve, le Conseil d'Etat peut résilier les rapports de service d'un fonctionnaire de la prison pour motif fondé, notamment en raison de l'inaptitude à remplir les exigences du poste, lorsque leur continuation n'est pas compatible avec le bon fonctionnement de la prison (al. 1^{er}). Les art. 12 al. 3, 18, 19 et 21 al. 3 LPAC s'appliquent par analogie. L'art. 22 LPAC, intitulé « motif fondé » et qui donne des exemples de ce qui peut constituer un tel motif, n'est pas applicable, faute de renvoi. Cette circonstance souligne le caractère particulier du milieu carcéral et de la mission assignée dans ce cadre aux membres de l'administration, dont la gestion obéit à des aspects prioritairement sécuritaires. L'art. 14A LOPP doit donc s'interpréter de manière autonome, en tenant compte des particularités du milieu.

La prison de Champ-Dollon connaît depuis plusieurs années des difficultés liées à la surpopulation carcérale, qui ne sont pas sans conséquence sur le personnel de la prison. Les gardiens travaillent au sein d'une structure exigeante et soumise à une forte pression, dans laquelle toute perturbation est rapidement ressentie comme mettant en danger la mécanique du système, dont le bon fonctionnement est basé sur une organisation hiérarchisée et organisée.

Dans un tel cadre, une insuffisance de prestations peut naître de comportements ou de manquement qui, objectivement et pris individuellement, peuvent apparaître comme peu graves, mais qui dénotent une attitude générale affectant la confiance absolue que la prison doit pouvoir mettre dans ses gardiens notamment.

En l'espèce, les manquements établis reprochés à M. G_____ sont l'incident des douches, que le recourant n'a pas contesté dans sa version retenue par sa hiérarchie à l'époque, le vol du porte-monnaie au QCH, qui a donné lieu à des auditions ayant permis d'établir que cet objet avait été volé dans le local des infirmières, l'incident du parasol (non contesté), l'exercice d'une activité accessoire de pucier sans autorisation à deux reprises, dont l'une alors que l'intéressé était en arrêt pour cause de maladie (non contesté), celui du port du pantalon de la prison en dehors des heures de travail (non contesté) et l'affichage des courriers caviardés dans le couloir de la cafétéria (non contesté). Les autres manquements, dont le recourant conteste la véracité, ne sont basés que sur des dénonciations et n'ont pas fait l'objet d'une instruction suffisante pour affirmer leur bien-fondé (portes laissées ouvertes ou chariots obstruant la vue des caméras de surveillance, endormissement de M. G_____ pendant une surveillance au QCH, départ de ce dernier avant la fin de son horaire de travail, courses effectuées à l'hôpital pendant le service, notamment).

Les faits retenus sont certes survenus dans un contexte conflictuel, après des affectations imposées et souvent désapprouvées par M. G_____, mais l'attitude de ce dernier consistant à revendiquer sans cesse de nouvelles affectations ou des changements dans sa situation, à prendre des libertés face aux ordres et aux injonctions qui lui étaient données, en refusant parfois de collaborer dans le sens qui lui était demandé ou en adoptant un ton provocateur et arrogant, a porté atteinte de manière compréhensible à la confiance que la direction avait en ce gardien, qui a refusé de faire ce qui était exigé de lui, soit d'accepter, au moins temporairement, de travailler dans des secteurs d'activité qu'il n'aimait pas, et de démontrer ainsi qu'il était capable de faire passer les besoins de l'institution devant les siens propres et de rester courtois avec ses supérieurs même en cas de difficulté.

Les problèmes de santé ont également influé sur les capacités de M. G_____ à remplir les exigences du poste, en le rendant plus versatile, moins prévisible et psychologiquement plus difficile à satisfaire et à gérer.

Physiquement, il était moins apte à exercer sa fonction (particulièrement à la maintenance ou à la reliure) et la prise de médicaments le rendait somnolent, ainsi qu'il l'exprimait lui-même.

Dans le contexte de la prison tel que développé ci-dessus, ces comportements n'étaient pas admissibles et l'existence d'un motif fondé de résiliation pouvait être retenu.

4. a. Selon l'art. 21 al. 3 LPAC, entré en vigueur le 31 mai 2007, auquel l'art. 14A LOPP renvoie par analogie, l'autorité compétente est tenue, préalablement à la résiliation, de proposer des mesures de développement et de réinsertion professionnels et de rechercher si un autre poste au sein de l'administration cantonale correspond aux capacités de l'intéressé. Les modalités sont fixées par règlement.
5. b. Lors du licenciement de M. G _____, la disposition réglementaire précisant le contenu de cette obligation n'était pas encore adoptée (l'actuel art. 46A du règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics du 24 février 1999 - RPAC - B 5 05.01 - entré en vigueur le 11 octobre 2007). L'obligation existait néanmoins de par la loi. Sa portée doit donc être déterminée en application du principe de la proportionnalité consacré par cette disposition.
6. c. Selon l'exposé des motifs du Conseil d'Etat à l'appui du PL 9904, modifiant la LPAC, « au nom du respect du principe de la proportionnalité », une résiliation des rapports de service d'un agent public au bénéfice d'une nomination, implique l'obligation préalable pour l'Etat d'aider l'intéressé et de tenter un reclassement (art. 21 al. 3). Cela correspond d'ailleurs à ce que l'on est en droit d'attendre aujourd'hui d'un employeur responsable. Il s'agit tout d'abord de proposer des mesures dont l'objectif est d'aider l'intéressé à retrouver ou maintenir son « employabilité », soit sa capacité à conserver ou obtenir un emploi, dans sa fonction ou dans une autre fonction, à son niveau hiérarchique ou à un autre niveau. Il est utile de rappeler ici que durant toute la relation d'emploi déjà, cette responsabilité est partagée par l'employeur et chaque membre de la fonction publique. Il a le devoir de préserver, de développer et de partager son précieux capital de savoirs professionnels. Avant qu'une résiliation ne puisse intervenir, différentes mesures peuvent être envisagées et prendre de multiples formes. A titre d'exemples, on pense au certificat de travail intermédiaire, au bilan de compétences, à un stage d'évaluation, aux conseils en orientation, aux mesures de formation et d'évolution professionnelles, à l'accompagnement personnalisé, voire à « l'outplacement ». Il s'agit ensuite de rechercher si une solution alternative de reclassement au sein de la fonction publique cantonale peut être trouvée. Le règlement en déterminera les modalités. En contrepartie, la garantie du niveau salarial atteint en cas de changement d'affectation, qui est maintenue dans les situations ordinaires, peut être abrogée dans ce cas (art. 12 al. 3). L'obligation

procédurale de motiver la décision est également ancrée dans la loi (art. 21 al. 3) en écho à la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (ci-après LPA) qui, en sa qualité de loi générale, s'applique par ailleurs. L'obligation porte autant sur le motif fondé que sur l'impossibilité de confier à l'intéressé un autre poste correspondant à ses capacités (MCG 2005-2006/XIA, D/52 ; 2006-2007/VIA, D/29)

d. D'après cet exposé, « les principes qui ont conduit aux modifications légales concernant la LPAC ont été transposés dans les lois spécifiques concernant le personnel enseignant, le personnel de la police et celui de la prison. Ils s'appliquent de manière identique. Cette démarche d'unification des législations du droit de la fonction publique, voulue par le Conseil d'Etat, est indispensable à ses yeux. Elle permet de garantir une application cohérente, dans l'ensemble de la fonction publique, de la politique des ressources humaines de l'Etat employeur ». Dans ses commentaires relatifs à cette transposition, le Conseil d'Etat expose que pour la police comme pour la prison, l'intérêt public commande que l'Etat puisse se séparer d'un fonctionnaire pour des motifs fondés liés au bon fonctionnement du service, indépendamment d'une éventuelle violation des devoirs de service de nature à entraîner une révocation, mais que le pendant de l'art. 22 LPAC figurant dans les lois spéciales à ces deux domaines (art. 14A LOPP pour la prison) emporte les mêmes garanties procédurales que celles instaurées en faveur des autres fonctionnaires (MCG 2005-2006/XIA, D/52 ; 2006-2007/VIA, D/29).

7. En l'espèce, suite au conflit survenu avec la direction, provoqué par son départ de la boulangerie en 1998 puis du QCH en 2000, M. G_____ a certes fait l'objet de plusieurs tentatives d'affectation. Il en a lui-même initiée quelques unes, mais la plupart ont été décidées unilatéralement par la direction en application de l'art. 4 al. 2 LOPP et contre son gré (départ de la boulangerie et affectation au QCH en 2000, départ de la boulangerie après son retour à ce poste suite au prononcé du 50% qui ne lui permettait pas de rester dans cette fonction en 2003, affectation à la reliure avant le congé d'un an sans traitement en 2003, affectation à la bridage administrative changée au dernier moment pour la reliure à son retour de congé en 2005, affectation à la maintenance en 2007, puis au QCH en surnuméraire en 2007). Ces changements d'affectation imposés ont maintenu M. G_____ dans le même cadre conflictuel, au sein d'un même établissement, sous l'autorité des mêmes supérieurs hiérarchiques avec lesquels il ne parvenait pas à s'entendre. Ils ne peuvent dès lors être considérés comme des mesures de développement et de réinsertion professionnels au sens de l'art. 23 al. 1^{er} LPAC, qui doivent s'analyser dans une perspective plus vaste, destinée à tenter, autant que faire se peut, de préserver le potentiel d'employabilité du fonctionnaire, au besoin dans un poste différent. Cette recherche sort du cadre de la stricte affectation et des modifications de taux d'activité. Elle doit se faire en collaboration avec l'intéressé et poursuivre l'objectif d'un reclassement en dehors

du service ou de l'établissement concerné, lorsque celui-ci n'est pas à même d'offrir un éventail de solutions suffisantes.

Hormis le secteur cellulaire que M. G_____ souhaitait rejoindre mais qui ne pouvait lui être accordé, très peu d'affectations correspondant à son 50%, à ses capacités et à son expérience professionnelle ont pu lui être proposées. Le recourant ne disposait d'aucune formation en reliure ou dans le bâtiment mais d'une expérience très supérieure à celles des jeunes gardiens habituellement employés en qualité de gardiens surnuméraires. Titulaire d'un CFC de boulanger, disposant de bonnes compétences en pâtisserie et d'un diplôme de gardien, M. G_____, qui entretenait par ailleurs de bonnes relations avec les détenus, n'était pas « a priori » inclassable.

Le refus du service des ressources humaines d'examiner toute possibilité de reclasser M. G_____ dans un établissement autre que la prison de Champ-Dollon, soumis à une moins grande pression, sans qu'aucun bilan de compétence n'ait été établi, aucune discussion engagée à ce sujet, ni aucune recherche effectuée pour examiner si des postes correspondant à ses capacités existaient n'est pas explicable.

Cette attitude n'est pas conforme aux exigences imposées par le principe de la proportionnalité, consacrées à l'art. 21 al. 3 LPAC.

Pour les raisons qui précèdent et conformément à la lettre de l'art. 21 al. 3 LPAC, dont l'exposé des motifs indique que cette disposition s'applique sans restriction « aux fonctionnaires nommés », le service des ressources humaines aurait dû, si aucune solution ne s'offrait à Champ-Dollon ou dans les établissements qui lui sont rattachés, étendre ses recherches à toute l'administration cantonale.

Sous cet aspect, l'arrêté entrepris est contraire à la loi, ce que le Tribunal administratif constatera.

8. Selon l'art. 20A LOPP, Le Tribunal administratif qui retient que la résiliation des rapports de service, le non-renouvellement ou la révocation est contraire au droit, peut proposer à l'autorité compétente la réintégration. En cas de décision négative de l'autorité compétente, le Tribunal administratif fixe une indemnité dont le montant ne peut être inférieur à un mois et supérieur à vingt-quatre mois du dernier traitement brut à l'exclusion de tout autre élément de rémunération ; concernant le fonctionnaire en période d'épreuve, l'indemnité ne peut être supérieure à six mois.

En application de cette disposition, la réintégration de M. G_____ au sein des fonctionnaires de l'Etat sera proposée. En effet, si l'autorité intimée a laissé entendre qu'elle ne souhaitait pas, même en cas d'admission du recours, réintégrer

M. G_____ au sein d'un établissement pénitentiaire, elle ne s'est pas prononcée sur les autres possibilités de reclassement correspondant aux capacités du recourant existant, cas échéant, dans l'administration cantonale, faute d'avoir envisagé cette alternative et rempli ses obligations sur ce point. La cause lui sera ainsi renvoyée pour qu'elle procède à cette analyse. En cas de refus de réintégration, le Conseil d'Etat devra transmettre sa décision au Tribunal administratif pour que ce dernier fixe l'indemnité due, en application de l'art. 20A LOPP.

9. Au vu de ce qui précède, le recours sera admis.
10. Un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge du Conseil d'Etat qui succombe. Une indemnité de procédure de CHF 2'000.- sera allouée au recourant, qui a pris des conclusions dans ce sens (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 26 septembre 2007 par Monsieur G_____ contre la décision du Conseil d'Etat du 21 août 2007 ;

au fond :

l'admet ;

constate que l'arrêté du Conseil d'Etat du 21 août 2007 est contraire au droit ;

propose au Conseil d'Etat la réintégration de l'intéressé au sein de la fonction publique ;

ordonne au Conseil d'Etat, en cas de refus de procéder à cette réintégration, de transmettre sa décision au Tribunal administratif pour fixation d'une indemnité ;

met à la charge du Conseil d'Etat un émolument de CHF 1'500.- ;

alloue à M. G_____ une indemnité de CHF 2'000.- , à la charge de l'Etat de Genève ;

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 articles 113 et suivants 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, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'article 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Doris Leuenberger, avocate du recourant ainsi qu'au Conseil d'Etat.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, M. Thélin, Mmes Hurni et Junod, M. Dumartheray, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. :

F. Glauser

la présidente :

L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

