

du 19 février 2002

dans la cause

Madame S

représentée par Me Benoît Frey, avocat

contre

CONSEIL D'ÉTAT

EN FAIT

1. Le 31 août 2001, l'inspection cantonale des finances a établi un rapport destiné au Conseil d'Etat concernant les offices des poursuites et des faillites (OPF). Ce rapport est à disposition sur le site de l'Etat de Genève à l'adresse <http://www.geneve.ch/chancellerie/conseil/1997-2001/communiqu/2001/icf010903.html>.
2. Par arrêté du 3 septembre 2001 (ACE), le Conseil d'Etat a prononcé l'ouverture de 37 enquêtes administratives à l'encontre des 37 collaboratrices et collaborateurs ayant acquis directement ou indirectement à bon compte divers objets destinés à des ventes forcées, dites enquêtes administratives étant confiées à un collège de trois personnes, formé de Messieurs K_____, R_____ et de Madame R_____.
3. Par ACE du 12 septembre 2001, le Conseil d'Etat a prononcé l'ouverture d'une enquête administrative à l'encontre de Mme S_____ et précisé les points soumis à ladite enquête, mesure entraînant la suspension provisoire de l'intéressée avec maintien des prestations à charge de l'Etat, le prononcé d'une décision de suppression de toute prestation à la charge de l'Etat demeurant toutefois réservé. Dite décision a été déclarée exécutoire nonobstant recours et mentionnait expressément les voie et délai de recours.
4. Le 18 septembre 2001, Mme S_____ a adressé un courrier au Président du Conseil d'Etat. A teneur des éléments en sa possession, il semblait que les faits qui lui étaient reprochés tiendraient à l'achat de quelques bouteilles de vin. Elle n'avait plus souvenir d'avoir fait une telle acquisition mais dans toutes les hypothèses si elle avait soupçonné la moindre irrégularité, elle se serait abstenue. A l'époque, elle était liée aux OPF par un contrat de durée déterminée. Elle n'était ni fonctionnaire, ni cadre supérieur. Les faits qui lui étaient reprochés étaient anciens et antérieurs à son engagement à la police en qualité de directrice du service juridique depuis le 1er janvier 1997. Dans ce contexte, et ne travaillant plus aux OPF depuis près de cinq ans, une suspension provisoire n'était pas de nature à protéger l'intérêt légitime de la collectivité.

5. Mme S_____ a été entendue le 21 septembre 2001 dans le cadre de l'enquête administrative. Elle a relevé à cette occasion que le bulletin qui lui était présenté, établi au nom de "M. S_____" ne comportait aucune date ni indications au sujet de la marchandise. Elle ne reconnaissait pas son écriture sur le bulletin et elle a insisté sur son prénom "F_____" sans deuxième prénom. A premier examen, le "M" devrait signifier l'abréviation de monsieur. Elle a encore précisé que son contrat à durée limitée dès l'automne 1995 avait été prolongé jusqu'à fin 1996. Géographiquement, elle n'avait pas de contacts avec la division faillites, et un peu plus avec la division poursuites. Il lui était donc difficile d'avoir connaissance d'éventuelles occasions d'acquérir du vin dans des conditions contraires à l'article 11 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (LP - RS 281.1).
6. Mme S_____ a saisi le Tribunal administratif par acte du 24 septembre 2001. Préalablement et sur mesures provisionnelles, elle a conclu à la restitution, avec effet immédiat, de l'effet suspensif au recours et sur le fond à la comparution personnelle des parties et à l'annulation de la mesure attaquée avec suite de frais et dépens à charge de l'Etat de Genève (cause no A/966/2001).
7. Dans sa réponse sur effet suspensif du 1er octobre 2001, le Conseil d'Etat s'est opposé à la restitution de celui-ci en se référant à la jurisprudence du Tribunal administratif en la matière.
8. Le 5 octobre 2001, Mme S_____ a complété son dossier de pièces en produisant les contrats d'engagement auprès de l'Etat de Genève dès le 1er octobre 1995 ainsi que l'ACE du 14 avril 1999 la nommant à la fonction de directrice du service administratif et juridique, EM police, dès le 1er avril 1999.
9. Suite au rapport intermédiaire de la commission d'enquête communiqué au Conseil d'Etat le 28 septembre 2001, le Conseil d'Etat a, par ACE, du 3 octobre 2001, levé la suspension provisoire de Mme S_____, cette dernière étant invitée à reprendre l'exercice de sa fonction. Pour le surplus, le dispositif de l'arrêté d'ouverture d'enquête du 12 septembre 2001 était maintenu.
10. Mme S_____ a déposé un recours contre l'ACE

précité au greffe du Tribunal administratif le 15 octobre 2001 (cause no A/1033/01). A l'origine, soit lors du premier arrêté querellé, le Conseil d'Etat ne disposait pas des éléments nécessaires à légitimer l'ouverture d'une enquête administrative à l'encontre de Mme S_____. S'il était vain maintenant de discuter d'un excès du pouvoir d'appréciation du Conseil d'Etat à l'occasion des mesures prises lors du premier arrêté, la question d'un tel excès se posait manifestement s'agissant du second arrêté. Cet excès était désormais si apparent qu'il ne saurait être toléré. Rien n'empêchait le Conseil d'Etat d'entendre préalablement Mme S_____ à titre de témoin ou de renseignement avant de décider, le cas échéant, l'ouverture d'une enquête administrative à son encontre. A l'issue du rapport intermédiaire de la commission administrative, le Conseil d'Etat devait à l'évidence renoncer purement et simplement aux mesures prises à l'occasion du premier arrêté. En tout état, le Conseil d'Etat pouvait décider de réouvrir l'enquête administrative si d'aventure de nouveaux éléments venaient à être découverts ultérieurement. Sur le fond, il était inadmissible que l'ouverture d'une enquête administrative soit ordonnée à l'encontre d'un fonctionnaire sans même que des faits concrets, précis et personnels puissent être invoqués à l'appui de la prise d'une telle mesure. Or, l'ACE du 12 septembre 2001 ne mentionnait strictement rien de concret vis-à-vis de Mme S_____. Celle-ci n'avait été entendue ni par l'inspection cantonale des finances, ni par le Conseil d'Etat, respectivement par une délégation de celui-ci. La décision entreprise était contraire au principe de la proportionnalité et de l'adéquation. Mme S_____ conclut à l'annulation de l'ACE entrepris.

11. Dans ses observations du 8 novembre 2001, le Conseil d'Etat a conclu à l'irrecevabilité du recours, aucune disposition légale ou réglementaire n'ouvrant la voie de recours au Tribunal administratif, eu égard à la procédure d'enquête administrative au sens de l'article 27 de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 (LPAC - B 5 05).
12. Par décision du 23 novembre 2001, le Tribunal administratif a prononcé la jonction des causes A/966/2001 et A/1033/2001 sous son no A/1033/2001.
13. A la demande de Mme S_____, le Tribunal administratif a ordonné un deuxième échange d'écritures.

a. Mme S_____ s'est exprimée dans sa réplique du 14 décembre 2001. La compétence du Tribunal administratif était donnée en application de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101). S'agissant du pouvoir d'examen du Tribunal administratif, ce dernier était compétent pour connaître du recours avec un libre et plein pouvoir d'examen, dès lors que la décision d'ouvrir l'enquête administrative était dans le cas d'espèce arbitraire ab initio et la décision de la maintenir davantage encore.

b. Dans sa duplique du 30 janvier 2002, le Conseil d'Etat a persisté dans ses précédentes conclusions et en particulier celles ayant pour objet l'incompétence ratione materiae du Tribunal administratif.

EN DROIT

1. Depuis le 1er janvier 2001, le Tribunal administratif dispose d'une attribution générale de compétence, dont le but principal est de combler les lacunes de la protection juridique et d'aménager une voie de recours conformément aux exigences des articles 98a de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ - E 2 0) et 6 § 1 CEDH (cf. ATF 127 I 115 consid. 3b). Selon l'article 56A de la loi genevoise du 1er janvier 1942 sur l'organisation judiciaire genevoise (ci-après : LOJ/GE), le Tribunal administratif est ainsi l'autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative. L'article 56B alinéa 4 lettre a LOJ/GE précise cependant que le recours au Tribunal administratif n'est recevable à l'encontre d'une décision concernant le statut ou les rapports de service des agents de l'Etat que dans la mesure où une disposition légale (ou d'une autre nature) le prévoit expressément.
2. En sa qualité de fonctionnaire de l'Etat de Genève, la recourante est soumise à la LPAC.
3. Selon l'article 27 alinéa 2 LPAC, le Conseil d'Etat ou le conseil d'administration peut en tout temps ordonner l'ouverture d'une enquête administrative qu'il confie à un ou plusieurs magistrats ou fonctionnaires, en fonction ou retraités. Il doit le faire dans les

hypothèses visées aux articles 16 alinéa 1 lettre c (retour au statut d'employé en période probatoire), 21 alinéa 2 lettre b et 22 (résiliation pour un motif objectivement fondé).

Dans l'attente du résultat d'une enquête administrative ou d'une information pénale, le Conseil d'Etat ou le conseil d'administration peut, de son propre chef ou à la demande de l'intéressé, suspendre provisoirement le membre du personnel auquel il est reproché une faute de nature à compromettre la confiance ou l'autorité qu'implique l'exercice de sa fonction (...) (art. 28 al. 1 LPAC).

Aucune voie de recours n'est ouverte au Tribunal administratif à l'encontre de la procédure d'enquête administrative (ATA M. du 9 janvier 2001).

4. Ainsi, au regard du droit cantonal, le présent recours est irrecevable.
5. Il convient toutefois d'examiner si la décision d'irrecevabilité prise en application stricte du droit cantonal est contraire à l'article 6 paragraphe 1 CEDH, dans la mesure où la recourante prétend avoir le droit de porter sa cause devant un tribunal indépendant et impartial disposant d'un plein pouvoir d'examen en fait et en droit.
6. L'article 6 § 1 CEDH donne à toute personne le droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial établi par la loi, qui décidera soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale et dirigée contre elle.
7. En l'espèce, pour la recourante, le comportement incriminé qui lui est reproché constitue une accusation pénale au sens de l'article 6 § 1 CEDH.

Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, trois critères permettent de déterminer l'existence d'une "accusation en matière pénale": a) la qualification juridique de l'infraction litigieuse en droit national b) la nature même de celle-ci et c) la nature et le degré de sévérité de la "sanction" prévue (ATF 125 I 417 consid. 2a; 121 I 379

consid. 3a; 121 II 22 ss et les références citées).

8. En l'occurrence, il est fait grief à la recourante d'avoir acquis trois bouteilles de vin pour la somme de CHF 53,80. En l'état actuel, ces faits sont les seuls qui sont reprochés à la recourante. Dans son arrêté du 12 septembre 2001, le Conseil d'Etat a estimé que sur la base des investigations opérées par l'inspection cantonale des finances, les faits qui pouvaient être reprochés à titre personnel à la recourante relevaient de comportements potentiellement constitutifs d'une infraction pénale, au sens des articles 312 et 314 du Code pénal suisse (CPS). Cela étant, il ne ressort pas du dossier que, en raison des faits précités, l'Etat de Genève aurait déposé une plainte pénale à l'encontre de la recourante. Le Conseil d'Etat ne le prétend d'ailleurs pas. Ce nonobstant, l'on comprend mal à quel titre le Conseil d'Etat affirme, dans ses observations du 30 janvier 2002, que la recourante ne saurait valablement soutenir qu'elle fait l'objet d'une accusation pénale au sens de l'article 6 § 1 CEDH. En effet, les faits mêmes qui sont reprochés par le Conseil d'Etat à la recourante ont été assimilés par celui-ci à des actes tombant sous le coup des articles 312 et 314 CPS. Il faut dès lors admettre qu'ils ont la qualification juridique d'une infraction pénale en droit national.
9. Cela étant, - au vu des faits qui en l'état sont reprochés à la recourante - la question de savoir si le recours doit être déclaré irrecevable au regard de l'article 6 § 1 CEDH souffre de rester indécise, celui-ci devant de toute façon être rejeté pour les motifs suivants.
10. L'article 61 alinéa 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), consacre le principe selon lequel le Tribunal administratif n'a pas la faculté de revoir l'opportunité des décisions qui lui sont soumises. Il suffit que le choix de l'autorité ne soit pas arbitraire, c'est-à-dire insoutenable et ne constitue ni un excès ni un abus de pouvoir (ATA A. du 6 novembre 2001). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il sied de relever que des exigences de l'article 6 § 1 CEDH sont satisfaites si le juge peut revoir librement l'état de fait et l'application du droit. Un contrôle de l'opportunité n'est pas exigé dans le cadre de la juridiction administrative (ATF 115 Ia p. 189).

Du texte même de l'article 27 alinéa 2 dernière phrase LPAC, il résulte que la décision d'ouverture d'enquête administrative procède à l'évidence de la libre appréciation de l'administration. On est donc bien dans le cas d'une "Kannvorschrift" qui laisse entière la liberté la liberté d'appréciation de l'autorité. Cette dernière se définit comme la faculté octroyée à l'administration, dans l'application des règles de droit dûment interprétées et des faits dûment établis, d'opter entre plusieurs solutions justes au regard de la loi pour retenir celle qui est la plus opportune dans le cas particulier (A. GRISEL, Traité de droit administratif, 1984, vol. I, p. 329; B. KNAPP, Précis de droit administratif, 2ème éd., 1982, no 108). Par conséquent, elle ne saurait être considérée comme une exigence légale que le tribunal de céans pourrait revoir librement (ATA H. du 12 décembre 1990).

11. Au vu de ce qui précède, il apparaît que le Tribunal administratif n'est pas compétent pour revoir l'opportunité de l'ouverture d'une enquête administrative. Cela étant, les droits de la recourante ne sont à l'évidence pas lésés. En l'occurrence, l'ouverture d'une enquête administrative ne préjuge nullement de l'issue de la procédure puisqu'il s'agit d'établir les faits afin de permettre au Conseil d'Etat de statuer. Il apparaît, à ce stade de l'enquête administrative, que les faits qui pourraient être reprochés à la recourante ne sont en l'état pas avérés. Cette dernière a donc tout intérêt à ce que l'enquête administrative se poursuive avec comme très probable résultat qu'elle sera totalement blanchie pour autant bien évidemment que de nouveaux éléments n'apparaissent pas dans le cours de ladite enquête. Dans ce contexte troublé - c'est le moins que l'on puisse dire - de la situation qui régnait au sein des OPF en été 2001, l'autorité intimée n'a manifestement pas pris de décision arbitraire ni abusé de son pouvoir d'appréciation.

12. Les recours seront donc rejetés dans la mesure où ils sont recevables.

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 250.- sera mis à la charge de la recourante.

PAR CES MOTIFS
le Tribunal administratif
à la forme :

déclare recevables les recours interjetés les 24 septembre et 15 octobre 2001 par Madame S_____ contre les arrêtés du Conseil d'Etat des 12 septembre et 3 octobre 2001;

au fond :

les rejette;

met à la charge de la recourante un émolument de CHF 250.-;

communique le présent arrêt à Me Benoît Frey, avocat de la recourante, au Conseil d'Etat, et à la commission d'enquête administrative, pour information.

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

Au nom du Tribunal administratif :
la greffière-juriste adj. : le
vice-président:

M. Tonossi

F. Paychère

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

Mme M. Oranci