RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1658/2021-FPUBL **ATA/658/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 24 juin 2021

sur effet suspensif

dans la cause

Madame A_____
représentée par Me E_____, avocat

contre

DÉPARTEMENT DU B_____

Attendu, en fait que :

1) Madame A_____ a été engagée dès le 1er avril 2019 comme directrice des ressources humaines par le département du B_____ de la République et canton de Genève (ci-après : le département). Le contrat prévoyait que le rapport de service était régi par les dispositions de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 (LPAC - B 5 05) et par son règlement d'application (RPAC - B 5 05.01) et que le traitement était fixé conformément à la loi concernant le traitement et les diverses prestations alloués aux membres du personnel de l'Etat, du pouvoir judiciaire et des établissements hospitaliers du 21 décembre 1973 (LTrait - B 5 15) ainsi que son règlement d'application (RTrait - B 5 15.01).

2) Le 19 octobre 2020, Mme A_____ a été à l'arrêt avec un certificat médical permettant du télétravail à 50 % pour la durée de deux semaines, certificat renouvelé le 2 novembre 2020 pour une période de treize jours, également à 50 %, le travail pouvant être repris le 15 novembre 2020 à 100 %.

3) L'entretien d'évaluation et de développement du manager (ci-après : EEDM) prévu le 11 février 2021 entre Monsieur C_____, secrétaire général du département et responsable hiérarchique direct, Mme A_____ et Madame D_____ a dû être déplacé à cause d'un arrêt de travail à 100 % de Mme A_____ pour raisons médicales dès le 3 février 2021 pour une durée de quatre semaines.

4) Par courriel du 12 février 2021, Me E_____ représentant Mme A_____, en réponse à un mail du même jour de M. C_____ proposant une éventuelle libération de l'obligation de travailler, a contesté l'accord de sa cliente sur ce point.

5) Le 24 février 2021, Me E_____ a reçu, à sa demande, le dossier de sa mandante.

6) Le 3 mars 2021, M. C_____ a adressé à Mme A_____ l'EEDM rempli par l'employeur lui donnant un délai de dix jours pour compléter les parties qui la concernaient. Le courrier précisait que l'entretien qui aurait dû se réaliser oralement n'avait pas pu avoir lieu le 11 février 2021, et qu'arrivant prochainement à l'échéance de la période probatoire, l'employeur était contraint de procéder à cet entretien par la voie écrite.

L'EEDM du 3 mars 2021 signalait plusieurs problèmes intervenus avec Mme A_____. Selon ce document, lorsqu'elle se trouvait sous pression, Mme A_____ pouvait perdre en qualité d'écoute et se braquer. Par ailleurs, la compréhension du cadre juridique et des pratiques RH spécifiques à l'État de Genève restaient totalement insuffisantes, de sorte qu'elle devait fortement s'appuyer sur sa hiérarchie et sur les juristes de l'office du personnel de l'État, ce qui n'était pas

possible sur le long temps alors que c'était admissible dans une phase d'apprentissage. Mme A_____ avait des problèmes de communication et donnait l'impression d'être excessivement pointilleuse. Cela avait nui à la dynamique d'équipe qui était devenue mauvaise. Mme A_____ ayant des difficultés dans les relations interpersonnelles, la situation de conflit n'était pas résorbée et l'équipe RH n'était pas soudée. La façon de communiquer de Mme A_____ était clairement inadaptée. Elle devait améliorer sa capacité à transmettre des messages clairs et simples. Le résultat n'était pas à la hauteur des attentes et Mme A_____ avait tendance à procrastiner face aux difficultés. Bien que reconnaissant que l'équipe n'était pas toujours facilitante et peinait à se remettre en question, la situation sanitaire ayant compliqué les choses, l'évaluation concluait que l'espoir de pouvoir débloquer la situation paraissait infime et supposerait une remise en question personnelle majeure de Mme A_____. Compte tenu de son absence pour cause de maladie, sa hiérarchie ne proposait donc pas sa nomination mais envisageait de prolonger dans un premier temps la période probatoire pour la durée d'une année.

7) À la demande de M. C_____, le certificat médical produit le 1er mars 2021 et attestant d'un arrêt à 100 % de durée indéterminée a été complété le 11 mars 2021 par le Docteur F_____, médecin interne FMH. L'arrêt se justifiait pour raisons médicales pour une durée de quatre semaines.

8) Par courrier du 15 mars 2021, le conseil de Mme A_____ écrivait à M. C_____ que sa mandante n'était pas en mesure de retourner l'EEDM du 3 mars 2021 dûment complétée dans le délai imparti et a fortiori de faire des observations sur les reproches élevés à son encontre. Elle contestait globalement les prétendues insuffisances qui lui étaient imputées, ainsi que la prolongation envisagée de sa période probatoire.

9) Par décision du 24 mars 2021, le conseiller d'État en charge du département a confirmé la décision de prolongation de la période probatoire de douze mois, soit jusqu'au 31 mars 2022, en rappelant les éléments contenus dans l'EEDM du 3 mars 2021 et considérant que Mme A_____ avait eu l'occasion de s'exprimer par courrier de son avocat du 15 mars 2021. Elle n'avait pas produit de certificat médical spécial attestant de son incapacité absolue à pouvoir être entendue par écrit ou oralement et à s'entretenir avec son conseil.

10) Le 29 mars 2021, Mme A_____ a produit un nouveau certificat d'arrêt de travail à 100 % pour la durée d'un mois.

11) Dans un nouveau certificat du 1er avril 2021, le Dr F_____ a attesté avoir suivi régulièrement Mme A_____ qui était au bénéfice d'un arrêt de travail ayant débuté le 3 février 2021 et se poursuivant dès le 1er avril 2021 pour une durée d'un mois. Une atteinte à la santé de Mme A_____ la rendait dorénavant inapte à communiquer et à s'entretenir personnellement par écrit ou oralement avec sa hiérarchie directe. Il était contre-indiqué de lui soumettre des messages,

questionnaires ou évaluations sur ses capacités de travail durant la période d'incapacité. Elle devait se faire représenter pour les questions administratives liées à son emploi.

12) Le 10 mai 2021, Mme A_____ a saisi la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) d'un recours contre la décision de prolongation de la période probatoire du 24 mars 2021. Elle a conclu principalement à son annulation et à ce que l'affaire soit renvoyée à l'autorité intimée pour qu'elle la nomme fonctionnaire. L'effet suspensif devait être restitué à son recours. La décision litigieuse consacrait une violation du droit d'être entendu, l'employeur ayant conscience de l'état de santé de la recourante et de son incapacité de faire valoir ses observations et arguments dans le court délai imparti. Mme A_____ n'avait pas pu faire valoir son point de vue et ses arguments. Si l'autorité intimée avait un doute concernant sa capacité à être entendue, elle aurait dû exiger un certificat médical détaillé de la recourante, ce qu'elle n'avait pas fait. La recourante était susceptible d'encourir un préjudice irréparable sans la restitution de l'effet suspensif. Le caractère exécutoire nonobstant recours n'était pas justifié par un intérêt public prépondérant.

13) Dans ses observations du 14 juin 2021, le département a conclu au rejet de la demande de restitution de l'effet suspensif et au rejet du recours dans la mesure où il était recevable. La recourante n'avait pas établi qu'elle subirait un préjudice irréparable sans la restitution de l'effet suspensif. En cas de recours déposé contre une décision de prolongation de la période probatoire, la restitution de l'effet suspensif aurait pour effet de donner à la recourante l'entier de ses conclusions au fond, car elle obtiendrait un statut équivalent à celui d'une personne nommée, de sorte que son employeur ne pourrait plus ensuite que résilier les rapports de service pour un motif fondé en application de l'art. 21 al. 3 LPAC. Il y avait au contraire un intérêt public prépondérant évident à ce que la recourante ne soit pas nommée à ce poste de directrice RH n'ayant pas pu, en deux ans, s'approprier son cahier des charges, ne maîtrisant pas encore des procédures simples et présentant d'importantes lacunes en matière de gestion, notamment de ses subordonnées. En 2020 déjà, il avait été constaté que le taux de confiance des subordonnées à l'égard de la directrice des RH était jugé faible. Dans un rapport du 7 mai 2021 du « directeur de l'administration et de la qualité du département », des lacunes importantes dans la communication de la reourante avaient été soulignées. Par ailleurs, le climat de travail et de santé des collaborateurs de Mme A_____ s'était nettement amélioré depuis que la direction RH avait été reprise ad interim par le secrétaire général et le « directeur de l'administration et de la qualité du département ».

Considérant en droit que :

1) Aux termes de l'art. 66 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA – E 5 10), sauf disposition légale contraire, le recours a effet suspensif à moins que l'autorité qui a pris la décision attaquée n'ait ordonné l'exécution nonobstant recours (al. 1) ; toutefois, lorsqu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose, la juridiction de recours peut, sur la demande de la partie dont les intérêts sont gravement menacés, retirer ou restituer l'effet suspensif (al. 3).

2) Les décisions sur mesures provisionnelles sont prises par le président ou le vice-président de la chambre administrative ou, en cas d'empêchement de ceux-ci, par un autre juge (art. 21 al. 2 LPA et art. 9 al. 1 du règlement interne de la chambre administrative du 26 mai 2020).

3) L'autorité peut d'office ou sur requête ordonner des mesures provisionnelles en exigeant au besoin des sûretés (art. 21 al. 1 LPA).

4) Selon la jurisprudence constante de la chambre administrative, des mesures provisionnelles - au nombre desquelles compte la restitution de l'effet suspensif (Philippe WEISSENBERGER/Astrid HIRZEL, Der Suspensiveffekt und andere vorsorgliche Massnahmen, in Isabelle HÄNER/Bernhard WALDMANN [éd.], Brennpunkte im Verwaltungsprozess, 2013, 61-85, p. 63) - ne sont légitimes que si elles s'avèrent indispensables au maintien d'un état de fait ou à la sauvegarde d'intérêts compromis (ATF 119 V 503 consid. 3 ; ATA/1244/2015 du 17 novembre 2015 consid. 2 ; ATA/1110/2015 du 16 octobre 2015 consid. 3 ; ATA/997/2015 du 25 septembre 2015 consid. 3).

Elles ne sauraient, en principe tout au moins, anticiper le jugement définitif ni équivaloir à une condamnation provisoire sur le fond, pas plus qu'aboutir abusivement à rendre d'emblée illusoire la portée du procès au fond (arrêts précités). Ainsi, dans la plupart des cas, les mesures provisionnelles consistent en un minus, soit une mesure moins importante ou incisive que celle demandée au fond, ou en un aliud, soit une mesure différente de celle demandée au fond (Isabelle HÄNER, op. cit., p. 265).

5) L'octroi de mesures provisionnelles présuppose l'urgence, à savoir que le refus de les ordonner crée pour l'intéressé la menace d'un dommage difficile à réparer (ATF 130 II 149 consid. 2.2 ; 127 II 132 consid. 3 = RDAF 2002 I 405).

6) Lorsque l'effet suspensif a été retiré ou n'est pas prévu par la loi, l'autorité de recours doit examiner si les raisons pour exécuter immédiatement la décision entreprise sont plus importantes que celles justifiant le report de son exécution. Elle dispose d'un large pouvoir d'appréciation qui varie selon la nature de l'affaire. La restitution de l'effet suspensif est subordonnée à l'existence de justes motifs, qui résident dans un intérêt public ou privé prépondérant à l'absence d'exécution

immédiate de la décision ou de la norme (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1161/2013 du 27 février 2014 consid. 5.5.1).

7) Pour effectuer la pesée des intérêts en présence qu'un tel examen implique, l'autorité de recours n'est pas tenue de procéder à des investigations supplémentaires, mais peut statuer sur la base des pièces en sa possession (ATF 117 V 185 consid. 2b ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_435/2008 du 6 février 2009 consid. 2.3 et les arrêts cités).

8) En l'espèce, la recourante conteste la prolongation déclarée exécutoire nonobstant recours de sa période probatoire prononcée pour une durée d'un an en application des art. 5A let. e RTrait et 47 al. 1 RPAC.

Selon l'art. 5A let. e RTrait, la période probatoire de deux ans peut être prolongée exceptionnellement d'un an au maximum, en cas de prestations insuffisantes. Selon l'art. 47 al. 1 RPAC, la nomination intervient au terme de la période probatoire de deux ans, sous réserve de la prolongation de cette dernière. En l'espèce, dès lors, à défaut de prolongation, la nomination de Mme A_____ interviendrait automatiquement.

La restitution de l'effet suspensif, si elle était accordée, aurait à première vue pour effet de donner à la recourante l'entier de ses conclusions au fond. L'intéressée obtiendrait en effet, au terme de la période probatoire, un statut équivalent à celui d'une personne nommée. Son employeur ne pourrait dès lors, avant que la décision ne soit définitive et exécutoire, résilier les rapports de service que pour un motif fondé, en application de l'art. 21 al. 3 LPAC.

Les chances de succès du recours apparaissent, toujours prima facie, relativement faibles dans la mesure où le fait de prolonger la période probatoire d'une employée, dont la qualité des prestations est litigieuse et qui n'a pu venir, pour des raisons de santé, à un entretien de service, convoquée dans le cadre d'une procédure visant à éventuellement la licencier, cela peu de temps avant le terme de la période probatoire, apparaît respecter le principe de la proportionnalité et vise probablement à permettre à l'autorité de ne pas trancher la situation dans l'urgence.

9) Le but de la période probatoire étant de permettre à l'employeur de jauger des prestations fournies par l'employé et les chances de succès de la coopération future et permettre à l'employeur d'y mettre fin si nécessaire avant la nomination annulation (ATA/992/2018 du 25 septembre 2018 consid. 2c), l'intérêt public poursuivi prime l'intérêt privé de la recourante à ne pas voir prolongée sa période probatoire.

10) Au vu de ce qui précède, la demande de restitution de l'effet suspensif sera rejetée étant précisé que le sort des frais de procédure est réservé jusqu'à droit jugé au fond.

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

refuse de restituer l'effet suspensif au recours ;

réserve le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond ;

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

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

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

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

le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être jointes à l'envoi ;

communique la présente décision à Me E_____, avocat de la recourante ainsi qu'au département du B_____.

La présidente :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :