RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2400/2003-EPM **ATA/311/2005**

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 26 avril 2005

dans la cause

Madame B._____
représentée par Me Jean-Marie Crettaz, avocat

contre

HÔPITAUX UNIVERSITAIRES DE GENÈVE
représentés par Me Pierre Martin-Achard, avocat

EN FAIT

1. Madame B._____, a été engagée par les Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après : HUG) dès le 1er janvier 2000 en qualité d'aide-soignante au département des neurosciences cliniques et dermatologiques (neuclid), clinique d'ORL.

2. A l'issue de la période d'essai, le 14 mars 2000, la responsable hiérarchique directe, Mme D._____, infirmière responsable d'unité, a procédé à un entretien d'évaluation et de développement des compétences.

   L'évaluation était jugée globalement « bonne » (quatre valeurs possibles : « excellente », « bonne », « peu satisfaisante » et « inacceptable »). Neufs critères d'évaluation avaient été pris en compte dans une grille comportant quatre niveaux : « point fort », « ok pour la fonction », « à améliorer » et « insuffisant ». Cinq critères étaient jugés au niveau maximum, deux adéquats pour la fonction et deux autres devaient être améliorés.

3. A l'issue de la première année d'emploi, le 27 janvier 2001, la même responsable hiérarchique a procédé à un entretien d'évaluation. L'évaluation était jugée globalement « bonne ». Deux des objectifs étaient considérés comme atteints et un autre, concernant la prise d'initiative, n'était que partiellement atteint.

   Sur les dix critères évalués, sept étaient jugés adéquats pour la fonction. L'autonomie et la relation avec le patient étaient jugées comme points forts et l'intégration au service/à l'équipe devait être améliorée. Des objectifs étaient fixés concernant les connaissances professionnelles, la méticulosité et le comportement avec les collègues.

4. Après la deuxième année d'emploi, le 8 janvier 2002, un entretien d'évaluation a été conduit par Mme D._____. L'évaluation globale était jugée « bonne ». Les objectifs fixés étaient atteints pour deux d'entre eux mais la méticulosité pouvait encore être améliorée. Sur les neufs critères examinés, huit étaient jugés adéquats pour la fonction et seule l'organisation du travail devait être améliorée. Deux objectifs étaient fixés : « continuer à profiter des formations proposées par les HUG selon les besoins et les désirs et vérifier que les actions entreprises soient terminées avant de commencer autre chose ».

5. Le 27 septembre 2002, Mme D._____ a procédé à l'évaluation de nomination de Mme B._____. La fiche d'évaluation contenait deux croix sur les appréciations globales « bonne » et « peu satisfaisante ». L'un des objectifs fixés était jugé atteint et l'autre partiellement, Mme B._____

devant continuer à profiter des formations proposées par les HUG. Huit critères étaient jugés adéquat pour la fonction, l'un d'entre eux, « comportement, coopération, communication information » étant jugé également à améliorer et était accompagné du commentaire suivant : « Mme B._____ a de bons contacts avec les patients. Bonnes transmissions orales, doit écrire de façon plus systématique dans le dossier de soin infirmiers ». Deux autres critères devaient être améliorés : la qualité des prestations et la prise d'initiatives surtout en ce qui concerne le rangement du matériel de soins et de l'unité. Sur cette base, l'évaluateur proposait la poursuite de la collaboration à condition d'une nouvelle évaluation à six mois qui tienne compte des objectifs fixés. Ces objectifs étaient que « Mme B._____ s'investisse dans l'acquisition de nouvelles connaissances. Elle était jeune et pouvait apprendre énormément ; elle devait suivre un cours sur la désinfection du matériel de soins proposé par les HUG et faire un effort dans la constance de la qualité apportée à son travail ». La proposition de nomination a été jugée défavorable par les supérieurs hiérarchiques, par le chef du département neuclid et la responsable des ressources humaines. Le médecin d'entreprise était favorable à la nomination et la direction des ressources humaines y était défavorable en raison de la qualité des prestations fluctuantes et en baisse.

Le 17 janvier 2003, le directeur général des HUG a informé Mme B._____ que sa période probatoire était prolongée d'un an, soit au 1er janvier 2004 en raison des prestations professionnelles insuffisantes.

6. Le 29 avril 2003 a eu lieu un nouvel entretien d'évaluation visant à évaluer les objectifs fixés précédemment. Les trois objectifs étaient atteints et l'évaluation était jugée globalement « bonne ». Neuf critères étaient jugés « ok pour la fonction ». L'organisation du travail devait être améliorée et Mme B._____ devait travailler l'empathie avec les patients (écoute, sourire, disponibilité). Elle devait suivre une formation sur ce thème pour l'y aider. Trois objectifs étaient fixés : continuer à acquérir de nouvelles connaissances. Améliorer l'asepsie avec le matériel utilisé et bien respecter les directives établies ; parvenir à faire preuve de plus d'empathie avec les patients. Prendre plus d'initiatives avec eux (promenades, etc).

7. Le 15 octobre 2003 un entretien d'évaluation en vue de la nomination a eu lieu. Il était conduit par Mme J._____, infirmière-coordinatrice, supérieure hiérarchique de Mme D._____ puis de Mme C._____, nouvelle infirmière responsable de l'unité. L'évaluatrice constatait que Mme B._____ avait su maintenir les progrès faits et était plus à l'aise dans son travail. Les derniers objectifs fixés étaient entièrement atteints. Tous les critères portaient la mention « ok pour la fonction ». Le document indiquait une prise de position favorable à la nomination. Pour l'année 2004, les objectifs consistaient en la poursuite du développement des connaissances et le

développement de son savoir-être face aux patients agressifs ou ayant un problème d'alcool. Les cours proposés à ce sujet devaient être suivis.

8. Le 27 octobre 2003, Mme J._____ a rédigé une note en complément à l'évaluation du 15 octobre 2003. Suite à un incident survenu dans le service, rapporté par Mme C._____, le préavis concernant la nomination de Mme B._____ était défavorable, malgré l'évaluation positive effectuée la semaine précédente.

Cette note rapportait que selon Mme C._____, Mme B._____ était venue la chercher, car la mère d'un enfant s'impatientait. La mère se serait plainte de l'attitude de Mme B._____ qui lui aurait dit « si vous voulez une infirmière que pour votre fils vous n'avez qu'à aller en clinique » puis lui aurait tourné le dos. La version de Mme B._____ également reportée dans la note, différait quelque peu. La mère de l'enfant avait sonné pour demander un suppositoire et Mme B._____ avait demandé à un infirmier de venir. Celui-ci s'était fait insulté et avait aussi dit à la patiente d'aller en clinique. Plus tard, la mère avait sonné à nouveau pour demander que l'on enlève la canule veineuse courte de son enfant. Mme B._____ lui avait dit que l'infirmière en charge de son enfant était occupée et qu'elle viendrait lorsqu'elle aurait fini un pansement. La mère s'était alors impatientée et avait insulté Mme B._____ qui lui avait effectivement dit qu'il fallait aller en clinique mais qui niait avoir tourné le dos.

Mme J._____ constatait que Mme B._____ avait de la peine à montrer de l'empathie face à une mère anxieuse et de ce fait exigeante. Il n'y avait pas de compréhension de l'inadéquation de son attitude et aucune remise en question. Cette situation montrait qu'à long terme, elle n'avait pas atteint son objectif.

9. Le 10 novembre 2003, M. L._____, directeur des soins infirmiers, a adressé un courrier à Mme M._____, responsable des ressources humaine du département neuclid. Il préavisait négativement la nomination de Mme B._____ en raison du fait que deux jours après son évaluation considérée comme « bonne », la mère d'un enfant hospitalisé s'était plainte du comportement arrogant de Mme B._____. Il notait également que la première évaluation pour nomination du 27 septembre 2002 avait été peu satisfaisante. En conséquence, l'incident conjugué à des prestations qui s'étaient avérées fluctuantes ne donnaient pas suffisamment de garanties concernant la qualité des prestations professionnelles de Mme B._____.

10. Le 12 novembre 2003, Mme B._____ a exposé par écrit à Mme J._____, sa version de l'incident qui concordait en substance avec celle relatée dans la note du 27 octobre 2003. Elle reconnaissait ses torts et se disait prête à présenter des excuses.

11. Le 27 novembre 2003, un entretien a eu lieu en présence de Mmes B._____ et M._____. Mme B._____ a été informée qu'elle serait licenciée en raison de l'incident du mois d'octobre.

12. Par courrier du 28 novembre 2003, posté le 1er décembre 2003, les HUG ont résilié les rapports de service de Mme B._____ au 29 février 2004. Le nouvel incident avec une patiente s'avérait être de même nature que ceux qui avaient amené la hiérarchie à reporter la nomination et en conséquence, les relations de confiance n'étaient plus respectées.

13. Courant décembre 2003, deux courriers ont été adressés à la direction des soins infirmiers par deux médecins dans les services desquels Mme B._____ avait travaillé.

- Le Dr X._____, médecin adjoint de l'unité de rhinologie à la clinique d'ORL soulignait que l'équipe et lui-même étaient très étonnés du licenciement de Mme B._____ qui se révélait être l'une des aides-soignantes les plus efficaces et s'acquittait de son travail à leur entière satisfaction depuis quatre ans. Il proposait le transfert de Mme B._____ à l'unité des soins ambulatoires ORL.

- Le Dr Y._____, médecin adjoint responsable des consultations de chimiothérapie en ORL, indiquait qu'il avait toujours été extrêmement satisfait des prestations de Mme B._____ Il n'y avait eu à aucun moment de conflits avec les patients ou leur famille. Au contraire, elle avait toujours été de contact très agréable. Il espérait qu'une solution raisonnable pourrait être trouvée.

A ces courriers, le directeur des soins infirmiers a répondu que selon les informations qui lui étaient parvenues de ses responsables hiérarchiques, Mme B._____ avait eu une attitude inacceptable avec un membre de la famille d'un patient. Il ne s'agissait malheureusement pas d'un incident isolé qui ne saurait d'ailleurs à lui seul justifier ce licenciement. Une évaluation intervenue précédemment avait mis en évidence des problèmes quant à la qualité des prestations de Mme B._____ et avait nécessité un report de nomination.

14. Le 15 décembre 2003, Mme B._____ a saisi le Tribunal administratif d'un recours contre la décision de licenciement, elle concluait à l'annulation de celle-ci et demandait un délai pour consulter un mandataire et produire une écriture complémentaire.

Les motifs de licenciement étaient contestés. Vraisemblablement, la nouvelle supérieure hiérarchique, en poste depuis un mois, souhaitait « placer » quelqu'un d'autre à ce poste.

15. Le 14 janvier 2004, le directeur général des HUG, a confirmé le licenciement à Mme B._____ en mentionnant que selon les éléments qui lui étaient rapportés, il apparaissait justifié.

16. Le 6 février 2004, le chef de service de la gestion des ressources humaines a indiqué par courrier à Mme B._____ que le délai de congé était reporté au 31 mars 2004 en raison de la date d'expédition du courrier du 28 novembre 2003.

17. Dans leur détermination déposée le 27 février 2004 au Tribunal administratif, les HUG se sont opposés au recours et ont conclu au versement d'une indemnité de procédure.

Tant l'attitude de Mme B._____ que son incapacité à reconnaître ses propres manquements, ses prestations fluctuantes faisaient apparaître qu'une amélioration de ses prestations n'était pas envisageable. La fin des rapports de travail constituait ainsi la seule issue envisageable, étant rappelé qu'une prolongation de la période probatoire avait été décidée pour permettre précisément à Mme B._____ de faire ses preuves.

18. Le 2 avril 2004, Mme B._____ a répliqué par écriture de son mandataire en demandant la restitution de l'effet suspensif au recours ainsi que le versement d'une indemnité de procédure.

Au cours de ses quatre années de service, ses prestations professionnelles avaient toujours été jugées satisfaisantes. Les objectifs fixés lors des précédentes évaluations avaient toujours été atteints à tout le moins partiellement et à aucun moment, une prestation n'avait été jugée insuffisante. Pour des raisons ignorées et bien que la première évaluation de nomination ait été jugée satisfaisante, la proposition de nomination avait été modifiée de favorable à défavorable, la correction manuscrite apparaissait sur l'original du document. La décision de prolongation était clairement constitutive d'un cas de sanction déguisée dépourvue de base légale et partant était nulle. La décision de licenciement était également frappée de nullité en raison du délai de congé de deux mois inférieur au délai légal. En outre, la décision était arbitraire car elle était en contradiction claire avec la situation de fait et manifestement insoutenable. L'incident du 21 octobre 2003 avec la mère du jeune patient était unique dans sa carrière professionnelle et ne saurait justifier un licenciement. Contrairement à ce qu'affirmait la hiérarchie, il n'y avait pas eu d'autre incident.

Un certain nombre de déclarations de soutien étaient jointes au mémoire :

- le Dr Z._____, médecin adjoint du service d'ORL, exposait que d'après ses observations, le travail de Mme B._____ avait toujours

été sans reproche et de qualité dans ses relations avec les patients et les collègues.

- le Dr W._____, médecin interne, a rédigé un certificat à l'attention de Mme B._____. Cette dernière accomplissait son travail de manière efficace et avait toutes les qualités nécessaires pour mener à bien toutes les tâches qui lui incombaient. Elle avait montré un grand enthousiasme pour son travail et avait su établir une relation de confiance envers les patients en étant respectueuse de leurs attentes.

- des membres de l'équipe soignante du service d'ORL ont indiqué qu'ils appréciaient les qualités professionnelles de Mme B._____ ainsi que sa collaboration. Le courrier était signé par dix infirmières et infirmiers.

- deux attestations signées par huit collègues de Mme B._____ indiquaient qu'elle était une personne de confiance d'une extrême gentillesse très appréciée des patients et de son entourage.

19. Dans leur duplique du 6 mai 2004, les HUG ont souligné que l'insuffisance des qualités de Mme B._____ n'était pas toujours perceptible pour ses collègues ou pour d'autres professionnelles qui ne connaissaient pas nécessairement l'ensemble des tenants et aboutissants d'une situation. La prolongation de la période probatoire était tout à fait légale et la décision de licenciement valable formellement. Les effets du congé étaient simplement reportés à la bonne échéance.

20. Le tribunal a entendu les parties en audience de comparution personnelle le 7 juin 2004.

M. W._____, chef de service à la direction des ressources humaines des HUG, a précisé que la prolongation de la période probatoire était fondée sur des prestations professionnelles mitigées et non formellement insuffisantes pour permettre le coulissement salarial de Mme B._____.

Mme B._____ a indiqué que lorsqu'elle avait signé le document d'évaluation en septembre 2002, seule la croix « bonne » y figurait.

M. W._____ a encore précisé que l'évaluation du 15 octobre 2003 était bonne est aurait conduit à une nomination s'il n'y avait pas eu l'incident avec la mère du jeune patient.

Mme B._____ a renoncé à la demande de restitution de l'effet suspensif.

21. Les 20 septembre et 8 novembre 2004, à la requête des HUG, le tribunal de céans a procédé à l'audition de cinq témoins en présence des parties.

a. Mme C._____ a indiqué n'avoir jamais évalué Mme B._____ ayant été nommé responsable au moment de la dernière évaluation à laquelle elle avait néanmoins assisté. L'entretien avait été très détendu et l'évaluation était positive. A deux reprises, en l'espace d'une semaine, elle avait été frappée du manque d'empathie de Mme B._____ à l'égard d'une patiente âgée très angoissée et d'un patient qui devait subir de la physiothérapie avant une intervention. Dans les deux cas, Mme B._____ avait laissé les patients seuls avec leur angoisse, pensant les avoir rassurés par une phrase du genre « tout va bien aller ».

Mme B._____ qui se souvenait du premier cas évoqué a précisé que lorsque Mme C._____ était venue s'asseoir sur le lit de la patiente, elle s'était sentie écartée et avait quitté la chambre. Mme C._____ estimait que Mme B._____ était déjà en train de quitter la chambre lorsqu'elle était arrivée.

Lors de l'incident avec la mère du jeune patient, Mme C._____ avait entendu la version de la mère et celle de Mme B._____. Il n'y avait pas d'autres personnes présentes lors de cet incident. La mère avait relevé que d'autres soignants avaient commis des erreurs tels qu'un thermomètre non relevé, un suppositoire déposé sur la tablette mais non donné à l'enfant.

b. Mme V._____, infirmière aux HUG avait travaillé pendant quelques mois avec Mme B._____. Cette dernière n'était pas plus, ni moins désagréable ou compétente que ses collègues. Lors de l'incident avec la mère, elle était occupée dans une autre chambre et n'avait pas pu aller voir la mère et, à la demande de l'aide-soignante, c'est l'un de ses collègues qui y était allé. Elle avait vu la mère après coup et celle-ci lui avait paru calme et ne lui avait pas relaté l'incident. Elle n'avait pas remarqué de problèmes d'empathie dans la relation de Mme B._____ avec les usagers des HUG.

c. M. H._____, infirmier en ORL depuis 1993, avait côtoyé Mme B._____ dans le cadre de son travail. Elle avait toujours fait son travail. Il savait qu'elle s'était accrochée avec des patients qu'il qualifierait de difficiles. Mme B._____ avait peut-être quelques difficultés à « faire le dos rond » dans certaines circonstances. La mère du jeune patient était très agressive. Il avait lui-même eu beaucoup de difficultés à établir une communication avec elle et ne se souvenait plus de ce qu'il lui avait répondu lorsqu'elle avait fait la comparaison entre les soins donnés aux HUG et dans les cliniques privées. Il ne lui semblait pas avoir été interrogé sur l'incident ni par Mme C._____ ni par Mme J._____. Il avait été étonné d'apprendre que Mme B._____ avait été renvoyée. Il avait assisté à des licenciements, la plupart du temps pour fautes graves. Un autre incident avait eu lieu avec une patiente que l'équipe avait beaucoup de peine à soigner. La cheffe d'unité, puis Mme J._____ avaient dû intervenir, ce qui était

exceptionnel. Il avait été demandé à Mme B._____ de ne plus s'occuper de cette personne qui avait peu à peu fait le tri entre les soignants qu'elle voulait auprès d'elle. Il pensait que la nomination avait été reportée en raison de cette patiente. Pourtant, il pensait que dans sa pratique professionnelle, Mme B._____ était qualifiée et travaillait dur. Il n'avait jamais été témoin direct d'incident avec des patients qui auraient mis en évidence un problème relationnel.

d. Mme J._____ avait été responsable du département dans lequel travaillait Mme B._____ jusqu'au 31 octobre 2004. Concrètement, elle n'avait vu Mme B._____ travailler que de loin et elle avait pu constater qu'elle travaillait correctement. Elle n'avait pas observé la relation avec les patients. Elle avait été renseignée par les responsables d'unité. Mme D._____ l'avait informée que Mme B._____ avait un peu de peine à faire preuve d'empathie vis-à-vis des patients. Mme C._____ avait dit que cette dernière était n progrès mais avait mentionné un incident avec un infirmier de l'unité. Dans le service, les patients étaient souvent difficiles et l'empathie était la base des exigences qu l'on pouvait attendre d'une aide-soignante. Elle avait contresigné les évaluations et avait fait la dernière. Celle-ci était dans un premier temps positive, basée sur les dires de Mme C._____. Par la suite, Mme C._____ l'avait informée que Mme B._____ avait eu un problème avec la mère d'un patient. La version de l'aide-soignante était un peu différente, mais elle avait fait confiance à Mme C._____. En conséquence, elle avait revu l'évaluation, car elle savait qu'en situation de stress, Mme B._____ pouvait devenir assez sèche. Elle aurait peut-être dû travailler un jour avec Mme B._____, pour évaluer la situation personnellement. S'agissant de l'évaluation du 27 septembre 2002, Mme D._____ la trouvait bonne mais elle-même avait estimé qu'elle était peu satisfaisante car il y avait trois points à améliorer. Une deuxième croix avait ainsi été ajoutée et la prolongation de la période probatoire décidée. Elle ne se rappelait pas si les deux croix étaient déjà là lorsque Mme B._____ avait signé le document.

e. Mme D._____ avait été la responsable de Mme B._____ pendant les trois premières années. Elle trouvait Mme B._____ pleine de bonne volonté et assez timide, de sorte qu'elle n'était pas très empathique dans ses rapports avec les patients. Elle restait à distance. Elle tenait compte des remarques qui lui étaient faites et essayait de faire des efforts dans ses rapports avec les patients. L'absence d'empathie se caractérisait par de la distance vis-à-vis du patient. Il y avait eu un incident avec une patiente mais toute l'équipe avait eu des problèmes avec cette personne de sorte que cela n'avait pas grande signification. Hormis cet épisode, elle n'avait jamais assisté à des tensions. Avec ses collègues, cela se passait bien. Elle n'avait pas constaté d'agressivité de la part de Mme B._____ vis-à-vis d'un patient. Les relations avec les

patients pouvaient à son avis s'améliorer, en particulier du fait de la jeunesse de Mme B._____. S'agissant de l'évaluation de septembre 2002, c'était la croix « peu satisfaisant » qui était valable puisque la prolongation de la période probatoire était demandée.

22. A la requête de Mme B._____, le tribunal de céans a procédé à l'audition de deux témoins :

a. Mme C.D._____, infirmière en ORL a travaillé quatre ans avec Mme B._____. Elle a déclaré n'avoir eu aucun problème avec celle-ci. Elle n'avait remarqué aucun problème particulier dans ses relations avec les patients. Mme B._____ n'était peut-être pas souriante comme d'autres aide-soignantes mais elle était empathique et soucieuse du bien-être des patients. Dans la gestion des cas moins faciles, elle était peut-être un peu moins patiente, comme tout un chacun. Il y avait souvent des problèmes avec les mères des enfants hospitalisés. Il y avait parfois des « explosions » pour des pecadilles. Elle n'avait jamais rien constaté de particulier dans les attitudes de Mme B._____ et elle avait un comportement identique avec tous les patients.

b. M. L._____, infirmier à l'unité des soins ambulatoires, avait travaillé ponctuellement avec Mme B._____. Elle était compétente, ponctuelle, connaissait bien son travail et faisait preuve d'initiative. Il n'avait aucun souvenir de problèmes avec les patients ou les collègues ni d'incident. Elle était de bonne humeur, généralement et avait une attitude adéquate. Elle était appréciée des patients.

23. Le 10 décembre 2004, les HUG ont déposé des observations après enquêtes.

Les témoignages avaient permis de confirmer que les prestations de Mme B._____ n'évoluaient pas de façon favorable depuis son entrée en fonction, malgré les remarques émises par sa hiérarchie lors des évaluations successives. L'empathie était une qualité essentielle et nécessaire pour exercer la profession d'aide-soignante et elle faisait défaut à Mme B._____. L'incident d'octobre 2003 n'était pas isolé et démontrait qu'elle n'était pas apte à remplir à long terme les objectifs fixés. Mme B._____ avait été rendue attentive sur ce point à de nombreuses reprises. Elle avait fait preuve d'un manque d'empathie répété et grave.

24. Le 14 janvier 2005, Mme B._____ s'est déterminée à son tour. Ses conclusions étaient modifiées. Subsidiairement, si elle n'était pas réintégrée, il convenait de lui allouer une indemnité équivalant à six mois du dernier traitement brut, soit CHF 28'800.-. La prolongation de la période probatoire

étant illégale, elle devait être considérée comme fonctionnaire au moment de son licenciement.

25. Le 15 février 2005, les HUG ont déposé un mémoire complémentaire portant uniquement sur l'indemnité réclamée par Mme B._____. La législation applicable contenait un silence qualifié quant à l'absence d'indemnité pour les employés.

26. Le 17 février 2005, le greffe a informé les parties que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05; art. 63 al. 1 litt. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

2. Le présent litige est régi par la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 (LPAC - B 5 05).

La LPAC établit un régime juridique différent en ce qui concerne la fin des rapports de service pendant la période probatoire et après celle-ci (art. 21 LPAC).

3. Il convient dès lors de déterminer si au moment de son licenciement, soit le 28 novembre 2003, Mme B._____ était encore employée en période probatoire ou non. La recourante entend revenir sur la décision de prolongation de la période probatoire prise par les HUG le 17 janvier 2003 qu'elle estime être frappée de nullité car constituant une sanction déguisée prononcée sans base légale.

a. La nullité d'une décision est la sanction la plus lourde qui frappe les décisions affectées des vices les plus graves. Premièrement, le vice doit être grave, en raison de l'importance de la norme violée, considérée sous l'ange des principes lésés. La violation d'une norme constitutionnelle fondamentale, portant atteinte à la dignité humaine, celle d'une règle d'organisation procédurale essentielle, seront des causes de nullité. En outre, le vice doit être patent et l'admission de la nullité ne doit pas léser gravement la sécurité du droit. La nullité peut être invoquée en tout temps et devant toute autorité, relativisant le principe de l'autorité formelle de chose décidée (P. MOOR, Droit administratif, vol. II, 2e éd., Berne 2002, p. 306, 307 et 311).

b. Le droit d'être entendu est une garantie de nature formelle (Arrêt du Tribunal Fédéral 2P.256/2001 du 24 janvier 2002 consid. 2a et les arrêts cités ; ATA/172/2004 du 2 mars 2004). Sa portée est déterminée en premier lieu par le droit cantonal (art. 41ss LPA) et le droit administratif spécial (Arrêt du Tribunal Fédéral 1P.742/1999 du 15 février 2000 consid. 3a ; ATF 124 I 49 consid. 3a p. 51 et les arrêts cités ; Arrêt du Tribunal fédéral du 12 novembre 1998 publié in RDAF 1999 II 97 consid. 5a p. 103). Si la protection prévue par ces lois est insuffisante, ce sont les règles minimales déduites de la Cst. qui s'appliquent (Arrêts du Tribunal fédéral 2P.256/2001 du 24 janvier 2002 consid. 2b ; 1P.545/2000 du 14 décembre 2000 consid. 2a et les arrêts cités ; B. BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 198).

Tel qu'il est garanti par l'article 29 alinéa 2 Cst., le droit d'être entendu comprend le droit pour les parties de faire valoir leur point de vue avant qu'une décision ne soit prise, de fournir des preuves quant aux faits de nature à influer sur la décision, d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (Arrêt du Tribunal Fédéral 2P.77/2003 du 9 juillet 2003 consid. 2.1 et les arrêts cités ; ATA/172/2004 du 2 mars 2004 et les arrêts cités

c. L'appréciation du travail d'un employé en période probatoire est prévue à l'article 13 LPAC. Les modalités en sont définies dans le règlement. Les prestations du nouveau collaborateur font l'objet, au terme de la période d'essai de 3 mois et des première, deuxième et troisième années probatoires, d'une lyse qui porte notamment sur les capacités, le travail effectué et le comportement du titulaire. La LPAC prévoit un seuil minimum d'entretiens mais la hiérarchie peut augmenter leur fréquence, si besoin. Les résultats de l'lyse sont portés à la connaissance du titulaire et discutés au cours d'un entretien avec son chef direct et le supérieur hiérarchique. La formule d'analyse des prestations doit être signée par tous les intéressés. Le titulaire a la possibilité de rédiger une note contestant tout ou partie de l'lyse. Cette note fait partie intégrante du dossier d'analyse (art. 5 al. 2 du règlement)

Le but de l'article 5 du règlement est de permettre à l'autorité qui emploie une personne de s'assurer de ses compétences avant qu'elle ne soit nommée fonctionnaire et faciliter ainsi le licenciement des personnes ne répondant pas à ses attentes. L'employé est protégé dans la mesure où il a un droit de participation à la procédure, lui permettant de dialoguer avec son employeur. Dès lors qu'il connaît et comprend les raisons d'une éventuelle insatisfaction, il peut améliorer ses prestations (ATA/855/2004 du 2 novembre 2004).

d. La prolongation de la période probatoire est expressément prévue par la LPAC et ses conditions sont énumérées à l'article 5A du règlement d'application de la loi concernant le traitement et les diverses prestations

allouées aux membres du personnel de l'Etat et des établissements hospitaliers du 17 octobre 1979 (le règlement - B 5 15.091). La prolongation est notamment possible, exceptionnellement, en cas de prestations insuffisantes (art.5A let. e du règlement).

En l'espèce, il ressort de l'instruction et des pièces figurant au dossier que le document d'évaluation en vue de la nomination du 27 septembre 2002 a été signé par la recourante le 17 octobre 2002 alors qu'une croix figurait dans la case « évaluation globalement bonne ». Ce document a ensuite été modifié – en sa défaveur – par l'adjonction d'une croix dans la case « peu satisfaisante » par Mme J._____ qui a signé le document en date du 21 octobre 2002. C'est sur la base de ce document que la recourante a vu sa période probatoire prolongée par décision du 17 janvier 2003.

Le droit d'être entendu de Mme B._____ a ainsi été violé et cette violation ne peut être réparée par devant le tribunal de céans, celui-ci ne disposant pas du même pouvoir d'examen que les HUG (art. 61 LPA ; ATA/ 306/1999 du 18 mai 1999).

Il en résulte que la procédure suivie par les HUG n'a pas été régulière et que la décision de prolongation de la période probatoire est nulle.

Par conséquent, la recourante doit être considérée comme n'étant plus employée en période probatoire à la date de son licenciement. La validité du licenciement doit être examinée au regard des dispositions applicables aux licenciements prononcés après la période probatoire (art. 21 al 2 LPAC).

4. a. La LPAC prévoit qu'il peut être mis fin aux rapports de service après la période probatoire pour un motif objectivement fondé, dûment constaté, démontrant que la poursuite des rapports de service est rendue difficile (art. 21 al. 2 litt. b LPAC) et en respectant le délai de résiliation.

b. Le délai de résiliation est de trois mois pour la fin d'un mois dès lors que les rapports de service ont duré plus d'une année (art. 20 al. 3 LPAC).

En l'espèce, le congé à été donné par décision du 28 novembre 2003, expédié le 1er décembre 2003, pour le 29 février 2004. Le 6 février 2004, le délai de congé a été reporté au 31 mars 2004 par les HUG. Ainsi, le délai légal de trois mois a finalement été respecté.

c. La loi définit comme motifs objectivement fondés : l'insuffisance des prestations ; un manquement grave ou répété aux devoirs de service ou l'inaptitude à remplir les exigences du poste (art. 22 LPAC).

En l'espèce, s'agissant du motif de licenciement, les intimés ont allégué que la recourante avait rencontré, à plusieurs reprises des problèmes d'empathie avec les patients, raison pour laquelle elle avait été licenciée.

Il résulte du dossier qu'une seule des six évaluations effectuées par les intimés n'a pas été jugée globalement « bonne ». Il s'agit de celle qui a mené à la prolongation de la période probatoire. A noter que dans cette évaluation il était mentionné que Mme B._____ avait de bons contacts avec les patients.

Concernant sa relation avec les patients en général, on trouve mentionné successivement dans les évaluations :

- la recourante est « très douce, très patiente, propose de son temps et de sa disponibilité pour promener les patients ou rester près d'eux » (évaluation du 14 mars 2000) ;

- elle a de « bons contacts avec les patients » (évaluation du 27 septembre 2002) ;

- un objectif visant à « travailler l'empathie avec les patients (écoute, sourire, disponibilité) a été fixé lors de l'entretien du 29 avril 2003 et il était prévu qu'une formation soit suivie sur ce thème ; ladite formation n'ayant pas été organisée par les intimés, elle n'a pas pu être suivie ; néanmoins, une amélioration était relevée dans son contact avec les patients et l'objectif dans ce domaine était atteint (évaluation de nomination du 15 octobre 2003) ; finalement, un objectif de développement du savoir-être face aux patients agressifs ou ayant un problème d'alcool était fixé et un cours devait être suivi.

Il faut relever également que dans quatre évaluations sur six, le critère « comportement, coopération, communication, information » a été noté comme « ok pour la fonction ». Dans l'évaluation du 27 janvier 2001 ce critère était jugé comme point fort des prestations de la recourante. En revanche, dans l'évaluation du 29 avril 2003, un critère supplémentaire concernant spécifiquement l'empathie a été jugé « à améliorer ».

En outre, il ressort des témoignages recueillis par le tribunal que seule Mme C._____, qui a travaillé deux mois avec la recourante, estime que Mme B._____ avait un réel problème d'empathie avec les patients. Pour la responsable d'unité précédente, en poste jusqu'en juin 2003, la recourante était un peu trop distante avec les patients et n'était pas très empathique. Elle attribue cela à son jeune âge. Les autres témoins estiment le comportement de la recourante adéquat avec les patients, voire même bon.

Ainsi, les antécédents de la recourante concernant sa relation avec les patients mettent en évidence que l'empathie n'est pas l'aspect de son travail

dans lequel ses prestations sont les meilleures. En revanche, elle n'a jamais rencontré de réel problème relationnel avec les patients. Un seul autre « incident » a eu lieu. Son importance doit être relativisée par le fait qu'aux dires de la supérieure hiérarchique de la recourante, il n'était pas significatif vus les problèmes rencontrés par la plupart des membres du service avec la patiente concernée. Finalement, la responsable d'unité de Mme B._____, qui a procédé à cinq des six évaluations a affirmé n'avoir jamais assisté à des tensions ni observé d'agressivité entre la recourante et les patients.

Au moment du licenciement l'employeur a reconnu que l'incident d'octobre 2003 ne pouvait à lui seul motiver un licenciement. Cet avis a été réitéré lors des enquêtes. L'instruction a permis de mettre en évidence que d'autres membres du personnel avaient été mis en cause par la mère du jeune patient s'agissant d'erreurs qui auraient été commises, sur le plan des soins. De même le caractère « difficile » et l'attitude agressive de la personne ont été soulignés par d'autres membres de l'équipe soignante. Néanmoins et à juste titre, la recourante a reconnu que son comportement verbal avait été inadéquat à cette occasion.

La décision de licenciement précise qu'il s'agit d'un nouvel incident de même nature que ceux qui avaient amené la hiérarchie à reporter la nomination. C'est cette répétition d'incidents qui aurait rompu les rapports de confiance. Pourtant, aucun autre incident significatif n'a pu être établi, infirmant ainsi le motif déclaré de la décision. Cette dernière est ainsi en contradiction claire avec les faits établis. De plus, les prestations de la recourante telles qu'elles ressortent de la procédure d'évaluation et des témoignages recueillis sont satisfaisantes.

Ainsi, il s'avère que la décision de licenciement est fondée sur des appréciations subjectives contraires à celles qui ressortent de la procédure d'évaluation des prestations ainsi que sur des manquements dont la gravité ne saurait justifier une telle décision et sur des faits allégués n'ayant pas été établis.

Il résulte des considérations qui précèdent qu'il n'existe aucun motif objectivement fondé démontrant que la poursuite des rapports de services est rendue difficile. Par conséquent, la décision de licenciement n'est pas fondée, voire arbitraire.

Vu ce qui précède, la question de la validité formelle de la décision et notamment du respect de la procédure d'enquête administrative, prévue aux articles 27 et ss LPAC, peut rester ouverte.

Le recours sera admis et le licenciement déclaré contraire au droit.

5. En présence d'un licenciement contraire au droit, le Tribunal administratif, faisant usage de la faculté qui lui compète en application de l'article 31 alinéa 2 LPAC, proposera la réintégration de Mme B._____.

6. En l'état, vu l'issue du litige et l'absence de prise de position des intimés au sujet de la réintégration de la recourante, le tribunal de céans n'examinera pas la question d'une éventuelle indemnité telle que prévue par l'article 31 alinéa 3 LPAC, ni celle de son montant. Il appartiendra, cas échéant, à Mme B._____ de saisir à nouveau le tribunal de céans.

7. Vu l'issue du litige, aucun émolument ne sera mis à la charge de la recourante. Une indemnité de procédure de CHF 2'000.- lui sera allouée, à la charge des HUG. intimés.

Les frais de procédure, en CHF 50.-, seront mis à la charge des HUG.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 15 décembre 2003 par Madame B._____ contre la décision des Hôpitaux universitaires de Genève du 28 novembre 2003;

au fond :

l'admet;

constate que la résiliation des rapports de service de Mme B._____ est contraire au droit ;

propose la réintégration de Mme B._____ ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ;

alloue à Mme B._____ une indemnité de CHF 2'000.- à la charge des HUG ;

met les frais de la procédure, en CHF 50.- à la charge des HUG ;

communique le présent arrêt à Me Jean-Marie Crettaz, avocat de Mme B._____ et à Me Pierre Martin-Achard, avocat des Hôpitaux universitaires de Genève.

Siégeants : M. Paychère, président, Mmes Bovy et Hurni, M. Thélin, Mme Junod, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste :	le président :
C. Del Gaudio-Siegrist	F. Paychère

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :