RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3343/2005-FIN **ATA/613/2006**

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 21 novembre 2006

dans la cause

Madame X_____
représentée par Me Stéphane Rychen, avocat

contre

OFFICE DU PERSONNEL DE L'ÉTAT

EN FAIT

1. Madame X_____, domiciliée à Carouge, a exercé différentes fonctions au sein de l'Etat de Genève, entre 1990 et 2005, soit :

- du 1er juillet 1990 au 30 novembre 1993, au département de l'économie publique (ci-après : DEP), en qualité de "juriste 2", à un taux d'activité de 100%. Après des débuts évalués comme bons, la période probatoire de Mme X_____ a été prolongée de six mois pour cause d'absences répétées et de qualité insuffisante de son travail. Mme X_____ a démissionné de ce poste avant l'échéance de sa période probatoire.

- du 1er mars 1996 au 27 août 2000, au département des finances (ci-après : DF), en qualité de "cheffe de service 2 AFC", à un taux d'activité de 100%. La période probatoire a été prolongée d'un an suite à de nombreuses absences pour cause de maladie, de congé de maternité et congé d'allaitement. Mme X_____ a été nommée fonctionnaire, dès le 1er mars 2000. Toutefois, le 19 juin 2000, elle avertissait sa hiérarchie par message électronique qu'elle avait été engagée en tant qu'enseignante dès le 28 août 2000 et que sa demande de transfert suivrait. Celle-ci n'a toutefois jamais été rédigée. Le DF a adressé une requête à l'office du personnel de l'Etat (ci-après : OPE) le 5 octobre 2000 afin que celui-ci établisse un arrêté de démission avec prise d'effet au 27 août 2000. Le Conseil d'Etat a rendu cet arrêté le 1er novembre 2000.

- du 28 août 2000 au 31 août 2001, au département de l'instruction publique (ci-après : DIP), en qualité de "maître en formation 1ère année, discipline enseignée droit", à raison de 12 heures de cours hebdomadaires.

- depuis le 1er septembre 2001, au département de l'économie, de l'emploi et des affaires extérieures (ci-après : DEEE), successeur du DEP, en qualité de "juriste 2", à un taux d'activité de 50 %. Il était précisé sur la confirmation d'engagement qu'il s'agissait d'un "engagement en qualité d'employée" et que les trois premiers mois constituaient un temps d'essai. Dans un courrier adressé à l'OPE par le DEEE, daté du 10 juillet 2001, il était fait mention de l'intention de "réengager" Mme X_____, sans temps d'essai. Cet engagement a été formalisé le 8 août 2001 par l'OPE : la classe de l'échelle des traitements était reprise sans changement par rapport à son ancienne fonction au sein du DF et le temps d'essai était fixé à trois mois. Du 1er novembre 2003 au 31 décembre 2004, le taux d'activité de Mme X_____ a été porté, par accord entre cette dernière et sa hiérarchie, à 70%. Toutefois, par courrier du 6 octobre 2004, celle-ci informait Mme X_____ qu'au vu des nombreuses absences qu'elle avait déjà eues durant cette année, un certificat médical devait être produit dès le 1er jour d'absence. Nonobstant, le supérieur de Mme X_____ a déposé une requête fin 2004 afin que

l'augmentation du taux d'activité de celle-ci soit prolongée jusqu'au 30 juin 2005. Cette demande a été acceptée. Toutefois, le 19 janvier 2005, ce supérieur a également proposé, avec l'accord de Mme X_____, que la période probatoire de cette dernière soit prolongée d'une année, soit jusqu'au 31 août 2005, au vu "des importants problèmes de santé qu'avait connus Mme X_____ au cours de l'année 2004, qui rendaient impossible une évaluation correcte de ses prestations au terme usuel de la période probatoire". Cette prolongation a été communiquée par l'OPE, le 17 février 2005 à l'intéressée.

2. Durant l'année 2004, Mme X_____ a été en arrêt maladie durant 68 jours, et, entre le 27 janvier et le 31 août 2005, durant 175 jours. Une évaluation médicale a été demandée par sa hiérarchie au service de santé du personnel de l'Etat (ci-après : SSPE) le 19 janvier 2005, faisant état de ses absences, de la diminution de la qualité de ses prestations et d'une préoccupation face à la situation personnelle de l'intéressée, qui était d'accord avec cette démarche.

3. Par courrier du 24 mars 2005, le SSPE a informé le DEEE que l'intéressée souffrait d'une affection médicale pour laquelle son arrêt de travail était justifié. Aucune reprise n'était envisageable à moyen terme et une nouvelle évaluation était prévue d'ici trois mois.

4. Le 12 juillet 2005, le SSPE a informé le DEEE que l'état de santé de l'intéressée s'était amélioré légèrement mais ne permettait pas une reprise de son activité professionnelle.

5. Le 29 juillet 2005, un entretien au DEEE a réuni Mme X_____, ses supérieurs hiérarchiques et la responsable des ressources humaines du département. L'intéressée arrivait en fin de période probatoire et une décision devait être prise pour l'avenir. La baisse des prestations professionnelles, tant qualitativement que quantitativement a été évoquée. Compte tenu des délais, son analyse de prestations devait être faite et elle ne serait pas favorable à sa nomination. Le choix a été offert à l'intéressée de recevoir cette dernière chez elle avec délai pour la commenter et la renvoyer ou avoir un entretien avec son supérieur hiérarchique. Elle a opté pour l'envoi.

6. L'analyse des prestations de Mme X_____ pour l'année de prolongation de sa période probatoire lui a été expédiée par lettre-signature le 3 août 2005, avec délai pour la retourner échéant au 12 août 2005. Suite à la constitution d'un conseil par Mme X_____, ce délai a été porté au 19 août 2005. L'analyse relevait une insuffisance dans tous les domaines, à l'exception des postes "sens de l'analyse, du concept et de la planification", jugé suffisant, et "communication orale et écrite", jugé bon. L'évaluation portait sur l'ensemble de la période probatoire, soit quatre ans. Un complément à cette analyse relevait que la situation s'était encore péjorée par rapport à l'évaluation précédente et concluait que Mme X_____ ne remplissait pas les exigences fixées pour son poste.

Mme X_____ n'a pas renvoyé ce document, ni formulé d'observations.

7. Par lettre-signature du 25 août 2005, l'OPE a mis fin aux rapports de service liant l'Etat de Genève et Mme X_____, avec effet au 30 novembre 2005.

Les prestations fournies ne correspondaient pas aux exigences du poste et l'absence de Mme X_____ pour cause de maladie se prolongeait. La décision était déclarée exécutoire nonobstant recours.

8. Par l'intermédiaire de son conseil, Mme X_____ a recouru auprès du Tribunal administratif contre cette décision le 26 septembre 2005, concluant principalement à la nullité de la prolongation de la période probatoire, à sa nomination en tant que fonctionnaire, à l'annulation de la décision de résiliation des rapports de service et à l'octroi d'une indemnité pour licenciement abusif. Subsidiairement, elle conclut à la nullité de l'arrêté de démission du statut de fonctionnaire, à sa réintégration et à l'octroi d'une indemnité pour licenciement abusif, et plus subsidiairement, à l'annulation du congé pour violation du droit d'être entendu.

Elle avait automatiquement accédé au statut de fonctionnaire, car sa période probatoire de trois ans était arrivée à échéance le 31 août 2004 et n'avait pas été prolongée avant cette date. Elle avait jusqu'alors accompli à satisfaction les tâches qui lui incombaient et remplissait donc, à ce moment, les conditions posées par l'article 45 du règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux du 24 février 1999 (B 5 05.01 - RLPAC).

La prolongation de la période probatoire demandée en janvier 2005 était nulle, une période expirée ne pouvant en effet être prolongée. Nonobstant, une prolongation n'aurait pas été possible au sens de l'article 5a du règlement d'application de la loi concernant le traitement et les diverses prestations alloués aux membres du personnel de l'Etat et des établissements hospitaliers du 17 octobre 1979 (B 5 15.01 - RTrait). En effet, les absences cumulées lors des trois années précédant l'expiration de la période probatoire se montaient à 86,5 jours civils, soit bien en deçà des 180 jours prévus par la lettre d de cette disposition.

Pour le surplus, Mme X_____ n'avait pas valablement perdu le statut de fonctionnaire, qu'elle avait acquis antérieurement auprès du DF au 1er mars 2000. L'arrêté de démission rendu par le Conseil d'Etat le 1er novembre 2000 était nul, car fondé sur une prétendue demande de démission, inexistante en fait.

9. Dans ses observations du 27 octobre 2005, l'OPE a conclu au rejet du recours.

L'entretien périodique aurait dû intervenir au terme de la période probatoire de trois ans et aboutir soit à la décision de nomination, soit à la cessation des

rapports de travail soit encore à la prolongation de la période probatoire. Il n'avait pu se tenir du fait de circonstances internes au service mais également du fait des diverses absences de la recourante durant l'année 2004. Celle-ci avait d'ailleurs donné son accord à la prolongation. Prétendre dorénavant que la période probatoire n'avait pu être valablement prolongée relevait dès lors d'une violation des règles de la bonne foi. Le congé était valable.

Mme X_____ avait perdu son statut de fonctionnaire acquis en 2000, car son transfert au DIP n'avait jamais fait l'objet d'une quelconque demande. Du reste, un tel transfert n'aurait de toutes façons pas été possible du fait que l'activité de suppléante dans l'enseignement secondaire était d'une toute autre nature que la fonction précédente et que les fonctions relevant de la loi sur l'instruction publique faisaient l'objet d'une règlementation particulière.

Quant aux prestations de la recourante, elles étaient en sensible baisse depuis le début de l'année 2004 déjà.

Le licenciement était proportionné, car les problèmes de dépression de la recourante étaient liés également à sa situation personnelle et non pas seulement à son environnement professionnel. De plus, un poste de juriste à 50% dans un autre service lui avait été proposé et elle n'avait pas postulé.

Le droit d'être entendue de la recourante avait été respecté, car elle se savait en période probatoire et savait que le dernier formulaire d'entretien périodique allait servir de base à une décision de nomination ou de cessation des rapports de service et n'était pas une "appréciation en vue de confirmation". Le licenciement avait donc eu lieu en période probatoire et respectait les délais légaux.

10. Lors de l'audience de comparution personnelle des parties du 7 juin 2006, Monsieur P_____, chef du service de l'administration et gestion des ressources humaines à l'OPE, a déclaré que le passage d'un collaborateur de l'Etat d'une fonction administrative dans un département à une fonction d'enseignement au DIP faisait systématiquement l'objet d'un arrêté de démission de son ancienne fonction. Un collaborateur du DIP qui rejoignait un autre département était quant à lui intégré en tant qu'employé. Il n'y avait donc pas de transfert possible dans de tels cas, ni dans un sens, ni dans l'autre.

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).

Il convient dès lors de déterminer si au moment de son licenciement, soit le 25 août 2005, Mme X_____ était encore employée en période probatoire ou non.

3. La recourante soutient n'avoir pas perdu son statut de fonctionnaire acquis au DEP le 1er mars 2000, lorsqu'elle a été engagée par le DIP, en qualité d'enseignante en formation, du 28 août 2000 au 31 août 2001.

Selon l'article 1 alinéa 4 lettre a LPAC, les fonctions qui relèvent de la loi sur l'instruction publique du 6 novembre 1940 (LIP - C 1 10), font l'objet d'une réglementation spéciale. Lorsqu'un collaborateur de l'Etat est soumis à la LIP, il n'existe pas de place pour une application par analogie ou à titre supplétif, de la LPAC (ACOM/32/2005 du 27 avril 2005).

Lorsque la recourante a voulu réorienter son activité professionnelle vers l'enseignement, elle n'a ainsi pas seulement changé de travail et de département, mais aussi de statut et de régime légal applicable. Elle a cessé d'être soumise à la LPAC pour l'être à la LIP, dans le cadre de laquelle elle a été engagée au bénéfice d'un contrat d'enseignante suppléante. Elle a donc bien perdu son statut de fonctionnaire.

4. La recourante entend revenir sur la décision de prolongation de la période probatoire prise par l'OPE le 17 février 2005.

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. Selon l'article 6 LPAC, est un employé le membre du personnel régulier qui accomplit une période probatoire (al. 1). La nomination en qualité de fonctionnaire intervient en règle générale au terme d'une période probatoire de 3 ans, sous réserve de prolongation de cette dernière (art. 47 al. 2 RLPAC).

L'article 5A RTrait énonce les cas dans lesquels la période probatoire peut être prolongée. Elle peut notamment l'être, durant un an au maximum, en cas d'absence, quels qu'en soient les motifs, dépassant 180 jours civils durant les 3 années précédentes. La nomination ne sera possible, en principe, que si les absences, quels qu'en soient les motifs, ne dépassent pas 60 jours civils pendant la prolongation de la période probatoire (let. d). La période probatoire peut également être prolongée, exceptionnellement et d'un an au maximum, en cas de prestations insuffisantes (let. e).

En l'espèce, la recourante a été engagée en qualité d'employée par le DEEE dès le 1er septembre 2001. L'échéance de sa période probatoire ordinaire est donc intervenue le 31 août 2004. Force est de constater qu'à cette date, aucune demande de prolongation de période probatoire n'est intervenue, ni même, au vu des pièces du dossier, n'a été évoquée avec l'intéressée dont la dernière évaluation, au demeurant sans particularité, remontait au mois de février 2003. Les explications fournies par le DEEE pour justifier cette situation - soit l'absence pour cause de maladie du responsable de la division juridique, puis l'organisation de la transition liée au transfert de celui-ci comme secrétaire général a.i., ou les absences, dites perlées, de la recourante, - ne sont pas pertinentes dans le contexte d'une administration cantonale aussi développée que celle de l'Etat de Genève.

La décision de prolongation de période probatoire intervenue le 17 février 2005 - au demeurant sans nouvelle analyse de prestations, en violation de l'article 5 RTrait,- est ainsi tardive. La procédure n'ayant pas été régulièrement suivie, la prolongation de la période probatoire est nulle. Peu importe à cet égard que ce faisant, sa hiérarchie ait voulu tenir compte de la situation personnelle de cette collaboratrice.

Par conséquent, la recourante doit être considérée comme n'étant plus employée en période probatoire à la date de son licenciement. Si cela ne saurait avoir comme conséquence l'accès automatique au statut de fonctionnaire, faute d'arrêté de nomination du Conseil d'Etat (art. 47 et ss RLPAC), il n'en reste pas moins que dans de telles circonstances, l'Etat doit se laisser opposer les règles applicables aux fonctionnaires en matière de fin des rapports de service. La validité du licenciement doit ainsi être examinée au regard des dispositions applicables aux licenciements prononcés après la période probatoire (art. 21 al 2 LPAC ; ATA/311/ 2005 du 16 avril 2005).

5. 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, la résiliation est parvenue le 26 août 2005 pour le 30 novembre 2005, au 170ème jour d'une incapacité totale de travail ininterrompue depuis le 27 janvier 2005. Le congé a donc été valablement communiqué dans les délais et hors période de protection, qui est en l'espèce de 90 jours (art. 336 c litt. b CO applicable par renvoi de l'art. 44 RLPAC).

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). Lorsque le Conseil d'Etat envisage de résilier les rapports de service pour un tel motif, il doit alors ordonner une enquête administrative (art. 27 al. 2 LPAC). L'intéressé est informé de l'enquête dès son ouverture et peut alors de faire assister par un conseil de son choix. Une fois l'enquête achevée, il peut s'exprimer sur le rapport de l'enquêteur (art. 27 al. 3 et 5 LPAC).

Dans le cas particulier, cette procédure n'a pas été suivie, entraînant comme conséquence pour la recourante une violation des droits procéduraux reconnus aux fonctionnaires par la LPAC, appliquée in casu par analogie, dont le droit d'être entendu.

6. Le droit d'être entendu, garanti expressément par l'article 29 alinéa 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) est une garantie à caractère formel dont la violation doit en principe entraîner l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances du recourant sur le fond (ATF 119 Ia 136 consid. 2b). Cette violation est toutefois réparable devant l'instance de recours si celle-ci jouit du même pouvoir d'examen des questions litigieuses que l'autorité intimée et si l'examen de ces questions ne relève pas de l'opportunité, car l'autorité de recours ne peut alors substituer son pouvoir d'examen à celui de l'autorité de première instance (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.30/2003 du 2 juin 2003 consid. 2.4 et les arrêts cités ; ATA /703/2002 du 19 novembre 2002).

In casu, le Tribunal administratif ne dispose pas du même pouvoir de cognition que le Conseil d'Etat, les éléments d'une décision de licenciement relevant de l'opportunité échappant à son examen (art. 61 al. 2 LPA). Ainsi la méconnaissance du droit d'être entendue de la recourante ne peut-elle être réparée par le biais du présent recours. En conséquence, le licenciement de la recourante est nul. L'intéressée fait toujours partie du personnel de l'administration cantonale.

7. Le recours sera ainsi admis.

Un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de l'office du personnel de l'Etat. En outre, une indemnité de CHF 2'000.- sera allouée à la recourante, à la charge de l'Etat (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 26 septembre 2005 par Madame X_____ contre la décision de l'office du personnel de l'Etat du 25 août 2005 ;

au fond :

l'admet ;

constate la nullité de la décision de licenciement du 25 août 2005 ;

met à la charge de l'office du personnel de l'Etat un émolument de CHF 1'000.- ;

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

communique le présent arrêt à Me Stéphane Rychen, avocat de la recourante ainsi qu'à l'office du personnel de l'Etat.

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 :