du 19 janvier 1999

dans la cause

Monsieur A. T.
représenté par Me Francine Payot Zen-Ruffinen, avocate

contre

CONSEIL D'ETAT

A/429/98-CE

EN FAIT

1. Monsieur A. T., né en 1952, a été engagé en qualité de préparateur de travaux 1 dès le 1er mai 1989 à la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après: la CCGC). Au terme de la première analyse de prestations en date du 10 avril 1990, la qualité du travail fourni était qualifiée de passable et nécessitait une amélioration, alors que pour toutes les autres rubriques, soit la quantité ou le rythme du travail fourni, l'engagement et le comportement personnels ainsi que les rapports professionnels, Monsieur T. correspondait aux exigences du poste.

2. Le 22 avril 1991, il apparaît de l'analyse des prestations que Monsieur T. correspondait aux exigences du poste pour toutes les rubriques précitées.

3. A la fin 1991, début 1992, Monsieur T. a été absent en congé maladie pendant 8 mois suite à une opération chirurgicale des hanches.

La dernière analyse de prestations qui devait être effectuée le 6 mars 1992 a été reportée pour cause de maladie au 29 avril 1992.

Sous réserve de la rubrique "quantité ou rythme du travail fourni" qualifiée d'inférieure aux exigences du poste, les autres rubriques étaient passables.

Néanmoins dans les observations, les supérieurs hiérarchiques de l'intéressé notaient que : "les prestations de Monsieur T. sont insuffisantes; sauf à constater, à très court terme, une amélioration très importante, la seule issue envisagée est la résiliation du contrat de travail". Par ailleurs, la reconversion à une autre fonction n'est pas possible, d'une part, du fait de l'absence de formation de Monsieur T., d'autre part, du fait de l'inexistence d'un autre poste disponible. Cette évaluation est signée du supérieur direct de Monsieur T., Monsieur B., ainsi que du directeur du service, Monsieur P.. Monsieur T. a récusé ces accusations. Sous la signature, illisible d'un responsable du département, il est indiqué : "l'intéressé fait actuellement de gros efforts. Peut-on à titre exceptionnel repousser sa nomination au 1er décembre 1992 ?"

4. Avant la fin de la période probatoire, Messieurs P. et L. ont requis du Président du département de l'action sociale et de la santé (ci-après : le département) l'ouverture d'une enquête administrative à l'encontre de Monsieur T.. Le Président du département a répondu à ceux-ci le 15 juillet 1992 qu'il n'était pas disposé à ouvrir une telle enquête qui les ridiculiserait. Juridiquement il était impossible de prolonger la période probatoire. Au fond, toutes les analyses de prestations avaient été favorables sauf la dernière. Si les prestations de Monsieur T. étaient insuffisantes durant la période probatoire, il fallait le licencier au cours de cette période ou au plus tard à la fin de celle-ci. Il était ridicule de demander le licenciement un mois après la nomination et la légèreté avec laquelle ce dossier avait été traité était inadmissible. Le Président du département terminait par ces termes : "en espérant que vos autres dossiers du personnel sont traités avec le sérieux professionnel que le Conseil d'Etat est en droit d'attendre de cadres bien rémunérés, je vous prie, etc.

5. Monsieur T. a été nommé fonctionnaire avec effet au 1er mai 1992.

6. Après sa nomination, il a poursuivi son activité dans le même service.

7. En 1993, Monsieur T. a contacté Monsieur M. auprès du service du personnel de l'Etat pour obtenir un transfert dans un autre service. Il lui est alors répondu qu'il devait attendre d'obtenir son permis d'établissement pour ce faire.

8. Le 3 mai 1993, Monsieur T. a sollicité un entretien avec Monsieur P. aux fins de pouvoir prendre deux semaines de vacances. Cette absence a débuté le 6 mai, date à laquelle Monsieur T. a informé son responsable hiérarchique qu'il était malade.

9. Le 8 juin 1993, il n'avait pas repris son travail. Aussi, ce jour-là Monsieur P. lui a-t-il écrit en le priant de justifier son absence, d'une part, et en l'informant, d'autre part, qu'une demande d'évaluation médicale de son état de santé était faite auprès du service de santé de l'Etat.

10. Le 22 février 1994, Madame L., psychologue auprès

du service de santé du personnel de l'Etat, a écrit à Monsieur P. pour l'informer que le médecin-traitant de Monsieur T. envisageait un retour "sur la place de travail dès le 1er mars 1994". La psychologue souhaitait que cette reprise quelque peu précipitée puisse se faire à l'essai.

11. Le 1er mars 1994 en effet, Monsieur T. a repris le travail au poste qui était le sien précédemment.

12. Le 9 août 1994, le médecin-conseil de l'Etat, le Docteur Ryser, a écrit à la responsable du service du personnel du département en l'informant qu'une prise en charge très suivie de Monsieur T. avait permis à celui-ci de reprendre son travail "sauf erreur à la satisfaction de tous". Ce résultat favorable faisait penser que Monsieur T. devrait être en mesure de conserver son emploi même si l'intervention de Madame L. ne pouvait pas encore être considérée comme terminée. Le médecin-conseil de l'Etat faisait appel à la patience du chef du service du personnel avant de répondre de façon définitive à la demande d'évaluation datée du 22 juin 1993.

13. Par courrier du 6 juin 1995, Monsieur P. a prié Monsieur T. de justifier son absence puisque depuis le 31 mai 1995, il ne s'était pas présenté à son travail.

14. Le 29 février 1996, Monsieur T. a été convoqué par sa hiérarchie. Il a reçu une lettre datée du même jour confirmant la teneur de l'entretien et l'informant en raison du respect approximatif des horaires de travail et de ses absences, "sans doute justifiées par une maladie" qu'il ne pouvait plus continuer à être affecté à l'équipe de l'exploitation informatique. Le lien de confiance, indispensable pour cette activité étant rompu, il se voyait proposer un poste à l'économat, libéré en raison d'un départ à la retraite. Ce transfert interne permettrait à Monsieur T. d'accéder à une fonction légèrement mieux classée et n'impliquant pas d'horaires irréguliers. Cette mesure, prise conformément aux dispositions de l'article 12 de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 (LPAC - B 5 05) et de l'article 51 alinéa 4 du règlement d'application du 7 décembre 1987 (RALPAC - B 5 05 01) de ladite loi, avait été décidée dans l'intérêt de chaque partie et dans celui du bon fonctionnement de l'institution.

15. Du 4 au 11 mars 1996, Monsieur T. a été en vacances.

16. Depuis le 12 mars 1996 Monsieur T. s'est absenté pour cause de maladie et n'a plus repris le travail depuis lors.

17. Le changement d'affectation en qualité de commis à l'économat est devenu effectif à dater du 1er mai 1996.

18. Le 21 juin 1996, Monsieur P. a écrit à Monsieur T. pour lui réclamer un nouveau certificat médical, le dernier datant du 28 mars 1996.

Il lui était rappelé qu'un certificat médical devait être adressé une fois par mois.

19. Cette demande a été réitérée par la caisse les 21 juin, 15 août et 16 octobre 1996, sans que Monsieur T. n'envoie de certificats médicaux à son employeur.

20. Par courrier daté du 29 octobre 1996 et non signé, Monsieur T. a indiqué à Monsieur P. qu'il avait bien reçu sa lettre du 16 octobre et qu'il lui avait adressé un certificat médical en date du 4 septembre, car il était dans l'ignorance du fait qu'il devait en fournir un tous les mois.

21. La CCGC a admis avoir reçu ce certificat médical du 4 septembre 1996 non produit. En s'adressant directement au médecin-traitant de l'intéressé, elle a d'ailleurs obtenu un nouveau certificat médical le 17 avril 1997.

22. Par courrier du 12 mai 1997, la directrice de la CCGC s'est adressée à Madame L. en lui demandant comment elle envisageait le retour de Monsieur T. à son poste de commis d'économat et dans quel délai ou si le service de santé de l'Etat était prêt à entreprendre une démarche en vue d'une mise à la retraite anticipée pour cause d'invalidité.

23. Le 3 juin 1997, le médecin-conseil de l'Etat, le Docteur Greder, a écrit au service du personnel du département aux fins de lui indiquer que selon ses dernières évaluations, l'état de santé de Monsieur T. ne nécessitait pas de mise à l'invalidité et que selon le médecin-traitant de l'intéressé, il existait la perspective d'un retour à la pleine capacité de travail.

Aucun délai n'était indiqué.

24. Le 17 juillet 1997, Monsieur T. a écrit à Monsieur P. qu'il avait été hospitalisé du 12 mai au 26 mai 1997 et qu'il suivait un traitement ambulatoire. Son médecin, le Docteur Sekera étant en vacances, il était remplacé par le Docteur Fournier qu'il avait rencontré les 3 et 17 juillet 1997. Il avait encore rendez-vous les 25 juillet et 4 août 1997, ensuite de quoi son médecin-traitant, le Docteur Rosselet, établirait un rapport.

25. Le 11 août 1997, le Docteur Rosselet a établi un certificat d'incapacité de travail complète dès le 12 mars 1996. La reprise pouvait s'effectuer à 100% selon évolution.

26. Le 22 octobre 1997, la CCGC a réécrit à Monsieur T. que le dernier certificat médical datait du 11 août 1997 et qu'il devait en envoyer un par mois.

27. Le 7 novembre 1997, par pli recommandé avec accusé de réception, la CCGC a écrit à Monsieur T. qu'à défaut de recevoir un certificat médical justifiant de son absence depuis le 15 septembre, celle-ci serait considérée comme injustifiée. Monsieur T. s'exposerait au blocage de son salaire au 1er décembre 1997 et à l'ouverture d'une enquête administrative en vue d'un licenciement immédiat. Un dernier délai au 18 novembre 1997 lui était imparti pour produire un certificat médical.

28. Le 25 novembre 1997, le service du personnel du département a écrit par pli recommandé avec accusé de réception à Monsieur T. qu'il n'avait pas produit le certificat médical requis. En conséquence, son absence depuis le 15 septembre 1997 était considérée comme injustifiée. Son droit aux indemnités pour incapacité temporaire de travail était épuisé au 30 novembre 1997. Dès le 1er décembre 1997 les prestations pour incapacité temporaire de travail étaient supprimées. En outre, il s'exposait à l'ouverture d'une enquête administrative.

29. A la fin de l'année 1997, une médiatrice, Madame S. D., a demandé à s'entretenir avec Monsieur P. et un rendez-vous a été pris pour le 3 décembre 1997. A cette occasion, Monsieur P. a été informé que Monsieur T. avait entrepris des démarches auprès d'elle en juillet 1997 et qu'elle ne savait pas "par quel bout prendre ce dossier". Monsieur P. avait à cette occasion exposé la vision de la

caisse et il n'avait plus jamais entendu parler de cette procédure.

30. Le 25 février 1998, le service du personnel du département a réclamé à Madame L. un rapport écrit précisant quand son intervention auprès de Monsieur T. s'était terminée et pour quelles raisons.

31. Le 3 mars 1998, Madame L. a écrit à la responsable du service du personnel du département : "après consultation du dossier médical de Monsieur T., je vous confirme que le préavis médical concernant Monsieur T. a bien été rédigé par le Docteur Greder le 3 juin 1997. Le Docteur Greder précisait que selon nos dernières évaluations, nous pouvons vous informer que l'état de santé de Monsieur T. ne nécessite pas de mise à l'invalidité, il ne faisait pas mention d'autres dispositions, dès lors ce préavis constituait comme à l'accoutumée la réponse définitive à votre demande d'évaluation médicale".

32. Le 25 mars 1998, le Conseil d'Etat a écrit par pli recommandé à Monsieur T. qu'il constatait qu'il y avait abandon injustifié d'emploi de sa part depuis le 15 septembre 1997, de sorte qu'il ne faisait plus partie du personnel de l'administration cantonale depuis cette date. Le Conseil d'Etat se réservait de faire valoir toutes prétentions en restitution des sommes qui lui avaient été indûment versées, notamment du 15 septembre au 30 novembre 1997. Aucune voie de droit n'était indiquée.

33. Par acte posté le 27 avril 1998, Monsieur T. a recouru auprès du Tribunal administratif contre la décision du Conseil d'Etat du 25 mars 1998 prononçant son licenciement immédiat pour abandon injustifié d'emploi.

Monsieur T. concluait à l'annulation de cette décision avec effet rétroactif au 15 septembre 1997, au renvoi du dossier au Conseil d'Etat pour qu'une enquête administrative soit ouverte, subsidiairement à sa réintégration et, plus subsidiairement encore, au versement d'une indemnité équivalant à 24 mois de son traitement brut au moment de son licenciement.

34. Le Conseil d'Etat a qualifié le recours d'irrecevable. La décision attaquée n'était pas une décision de licenciement, car elle prenait acte de la volonté du recourant de mettre fin aux rapports de

travail et n'était pas susceptible de recours. Le Conseil d'Etat a néanmoins conclu à ce que le recours soit rejeté dans la mesure où il était recevable et à ce que Monsieur T. soit débouté de toutes ses conclusions.

35. Le recourant ayant sollicité des enquêtes, le tribunal a procédé à une audience de comparution personnelle, d'une part, ainsi qu'à l'audition du Docteur Rosselet, d'autre part, celui-ci ayant été délié du secret professionnel par Monsieur T..

36. Ces auditions ont fait apparaître que le Conseil d'Etat estimait que Monsieur T. avait abandonné son poste de manière injustifiée mettant ainsi un terme aux relations de travail dès le 15 septembre 1997. Le Conseil d'Etat faisait une application analogique de l'article 337 lettre d du Code des obligations. En effet, le dernier certificat médical produit par l'intéressé datait du 11 août 1997 alors qu'il aurait dû en produire un tous les mois. C'était pour ce motif que la date du 15 septembre 1997 avait été arrêtée. Quant à Monsieur T., il a expliqué qu'il avait été hospitalisé le 15 mai 1997. Sa capacité de travail était nulle dès cette date et jusqu'au 28 mai 1997. A la requête du juge délégué, il a produit après l'audience un certificat médical en attestant.

Il avait bien reçu les courriers de ses supérieurs hiérarchiques des 7 et 9 novembre 1997 lui réclamant des certificats médicaux mensuels. A cette époque, il était en traitement chez le Docteur Rosselet. Toutefois, il n'avait pas envoyé les certificats médicaux comme il en état requis, car l'ouverture de l'enquête administrative qui lui était annoncée correspondait à ce qu'il souhaitait depuis longtemps. Il avait ainsi attendu qu'une telle enquête soit ordonnée. Le directeur adjoint de la CCGC a indiqué que jamais Monsieur T. lui avait dit qu'il souhaitait l'ouverture d'une telle enquête. Monsieur T. a encore exposé que depuis longtemps il avait souhaité changer de service. Il avait vu le Docteur Rosselet en octobre et novembre 1997 et celui-ci lui avait indiqué que s'il retournait travailler dans l'ambiance de travail qu'il avait connue, il allait continuer à déprimer. Il n'avait plus jamais repris le travail depuis mars 1996 et ne recevait plus d'indemnité depuis le 1er décembre 1997. Il ne pouvait pas s'inscrire au chômage et il recevait de l'Hospice général depuis mars 1998 le revenu minimum d'insertion sociale, lequel était susceptible de remboursement. Monsieur T. vit seul

à Genève, étant divorcé, sa femme et ses deux enfants habitant les Pyrénées orientales. Il ne s'était pas encore inscrit auprès de l'assurance-chômage, car il avait l'espoir de retravailler à l'Etat.

37. Le tribunal a procédé à l'audition du Docteur Rosselet le 26 novembre 1998. Il a indiqué que Monsieur T. l'avait consulté pour la première fois en automne 1995 pour des problèmes courants de médecine générale puis en mars 1996 alors qu'il souffrait de problèmes psychiques et présentait un état dépressif et anxieux liés semble-t-il à son poste de travail. Il était littéralement paniqué, parlant de mobbing et de conflits internes qui entraînaient chez lui des insomnies et une alcoolisation. Le Docteur Rosselet avait pris contact avec le Docteur Greder, alors médecin-conseil de l'Etat, avec la psychologue, Madame L., ainsi qu'avec la médiatrice, Madame D.. Il avait vu Monsieur T. de manière irrégulière jusqu'en été 1997. Le 11 août 1997, il avait établi un certificat médical correspondant à la date de la dernière consultation. Du 12 mars 1996 au 11 août 1997, Monsieur T. n'avait pas travaillé. Il avait été, durant cette période, hospitalisé pour une pancréatite sur alcoolisation aiguë, laquelle ne peut se produire qu'en relation avec une surcharge psychologique importante liée vraisemblablement aux problèmes professionnels qu'il avait recontrés. Le Docteur Rosselet devait revoir Monsieur T. en automne 1997 mais il n'était pas venu le consulter et ce praticien n'était pas au courant de l'évolution de la situation.

Le Docteur Rosselet avait toujours dit au Docteur Greder en particulier que Monsieur T. pourrait retrouver une pleine capacité de travail mais uniquement dans un autre environnement. Il avait toujours dit la même chose à Madame L. et à la médiatrice et il avait constaté que malgré cela, le courrier envoyé par le Docteur Greder le 3 juin 1997 au service du personnel du département ne faisait pas état de la réserve qu'il avait apportée. Par changement d'environnement, il entendait qu'il était nécessaire pour Monsieur T. que celui-ci ne travaille plus avec les mêmes personnes.

Monsieur T. a indiqué qu'il avait davantage vu Madame L. que le Docteur Rosselet. Quant à la représentante de l'office du personnel, elle a indiqué que la CCGC n'avait pas compétence pour procéder à un licenciement et que l'office du personnel n'avait jamais licencié Monsieur T.. Quant au directeur-adjoint de la

caisse, il a confirmé que son intention était bien de demander la résiliation du contrat de Monsieur T. en 1992 mais cela n'avait pas été possible pour les raisons évoquées par le président du département.

38. Le tribunal a renoncé à procéder à l'audition d'autres témoins et a gardé la cause à juger.

EN DROIT

1. Le tribunal de céans examinera préalablement la nature de la décision attaquée avant de trancher la question de la recevabilité du recours.

2. Le courrier du Conseil d'Etat du 25 mars 1998 constatant l'abandon de son poste par Monsieur T. est postérieur à l'entrée en vigueur le 1er mars 1998 de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 (LPAC - B 5 05) et celle-ci régit donc le présent litige.

3. Les fonctionnaires ne peuvent être licenciés qu'en présence d'un motif objectivement fondé, dûment constaté, démontrant que la poursuite des rapports de service est rendue difficile en raison de l'insuffisance des prestations, du manquement grave ou répété aux devoirs de service ou de l'inaptitude à remplir les exigences du poste (art. 22 LPAC; ATA H. du 29 septembre 1998).

Les rapports de service sont régis par des dispositions statutaires (art. 3 al. 4 LPAC) et le Code des obligations ne s'applique plus à titre de droit public supplétif à la question de la fin des rapports de service (Mémorial des séances du Grand Conseil, 1996, VI p. 6360). Le licenciement d'un employé est donc uniquement soumis au droit public et doit respecter les droits et principes constitutionnels, tels que le droit d'être entendu, l'égalité de traitement, l'interdiction de l'arbitraire et la proportionnalité (eodem loco p. 6351 et les références citées; ATA C. et H. du 24 novembre 1998; ATA S. du 10 novembre 1998). La technique du renvoi au Code des obligations à titre de droit public supplétif en matière de fonction publique est d'ailleurs critiquée en doctrine (P. MOOR, Docteuroit administratif, vol. III, Berne 1992, p. 209) et ne devrait être admise

que lorsqu'il existe des raisons pertinentes d'individualiser un rapport de travail, non pour créer une dualité de régimes alors que les personnes concernées remplissent les mêmes fonctions. Le Conseil d'Etat, auteur de la LPAC révisée, a d'ailleurs expressément rejeté le système d'une application généralisée des règles contenues notamment dans le Code des obligations (eodem loco, p. 6351).

4. En l'espèce, Monsieur T. a été nommé fonctionnaire le 1er mai 1992.

Il n'a plus travaillé depuis le 12 mars 1996 pour cause de maladie. Depuis cette date, il était malade jusqu'à l'établissement du dernier certificat médical produit daté du 11 août 1997.

L'audition du Docteur Rosselet a permis d'établir qu'une reprise du travail de l'intéressé dès cette date avec une pleine capacité de travail ne pouvait s'envisager que dans un autre environnement, c'est-à-dire avec d'autres personnes, soit dans un autre service. Le Docteur Rosselet a spécifié qu'il avait précisé cet élément aussi bien au médecin-conseil de l'Etat, le Docteur Greder, qu'à la psychologue Madame L. et à la médiatrice, Madame D.. Cependant, il apparaît du dossier qu'aucun de ces intervenants n'a fait part de cet élément, pourtant essentiel, au chef du personnel du département d'abord, puis au chef du personnel de l'Etat ensuite.

Il apparaît ainsi qu'au 15 septembre 1997, date prise en considération par l'intimée pour l'abandon de poste reproché à Monsieur T., celui-ci était vraisemblablement encore malade, même si aucun certificat médical ne l'atteste.

5. Si la LPAC, entrée en vigueur le 1er mars 1998, et les jurisprudences récentes du tribunal de céans ont voulu exclure l'application analogique du Code des obligations aux employés, ce n'est pas pour que l'Etat lui-même revienne à une application analogique du Code des obligations s'agissant de la résiliation des rapports de travail d'un fonctionnaire.

6. L'Etat doit donc respecter en l'espèce la procédure instituée par les articles 17 à 22 LPAC relatifs à la fin des rapports de service et ne pas se contenter comme il l'a fait dans la présente cause et au

mépris des dispositions légales existantes, de constater un abandon de poste pour éviter toute procédure de recours.

7. En conséquence, Monsieur T. était fondé à recourir au Tribunal administratif contre ce licenciement déguisé qui traduit la volonté de la direction de la CCGC de le licencier puisque, lorsque Monsieur T. était arrivé au terme de la période probatoire en avril 1992, les responsables de la caisse avaient déjà entrepris des démarches en ce sens.

8. En conséquence, le recours sera déclaré recevable (art. 8 al. 1 ch. 8 de la loi sur le Tribunal administratif et le tribunal des conflits du 29 mai 1970 – LTA E 5 05; art. 63 al. 1 lettre A sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 – LPA – E 5 10).

9. Pour les motifs indiqués ci-dessus, la décision du Conseil d'Etat du 25 mars 1998 sera annulée. Il appartiendra à l'intimé, s'il s'y estime fondé, de résilier les rapports de travail de Monsieur T. en respectant la LPAC.

10. Le recours sera admis au sens des considérants. Il ne sera pas perçu d'émolument. Une indemnité de procédure de CHF 2'000.- sera allouée à Monsieur T., à charge de l'Etat de Genève.

11. Les frais de procédure à savoir CHF 150.- de taxe témoin seront laissés à la charge de l'Etat.

PAR CES MOTIFS
le Tribunal administratif
à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 27 avril 1998 par Monsieur A. T. contre la décision du Conseil d'Etat du 25 mars 1998;

au fond :

l'admet;

annule la décision prise par le Conseil d'Etat le 25 mars 1998;

lui renvoie la cause pour nouvelle décision;

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

alloue à Monsieur T. à charge de l'Etat de Genève une indemnité de procédure de CHF 2'000.-;

met à la charge de l'Etat de Genève les frais de procédure à hauteur de CHF 150.-;

communique le présent arrêt à Me Francine Payot Zen-Ruffinen, avocate du recourant, ainsi qu'au Conseil d'Etat.

Siégeants : Monsieur Schucani, président, Monsieur Thélin, Madame Bonnefemme-Hurni, Monsieur Paychère, juges et Monsieur Bonard, juge-suppléant

Au nom du Tribunal administratif :
le greffier-juriste adj.: le président :

N. Bolli D. Schucani

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :

Mme M. Oranci