

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4614/2008-DISCFP

ATA/275/2010

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 27 avril 2010

dans la cause

Monsieur P_____

représenté par Me Olivier Jornot, avocat

contre

CONSEIL D'ÉTAT

EN FAIT

1. Monsieur P_____ a été engagé à l'école de formation pour le personnel de la prison de Champ-Dollon du 1^{er} janvier au 31 décembre 2005.
2. Par arrêté du 21 décembre 2005, le Conseil d'Etat a nommé M. P_____ à la fonction de gardien de prison dès le 1^{er} janvier 2006, avec un délai d'épreuve de deux ans.
3. L'intéressé s'est présenté aux examens intermédiaires du centre suisse de formation pour le personnel pénitentiaire (ci-après : le centre de formation) à la session qui s'est déroulée du 24 avril au 12 mai 2006. Il a été informé, le 21 septembre 2006, qu'il avait terminé avec succès les dix examens intermédiaires.
4. Le 15 avril 2007, la direction de la prison de Champ-Dollon a rempli, avec M. P_____, le document intitulé « attestation de stage de fin de cours de base ».

L'intéressé satisfaisait aux exigences dans tous les domaines mentionnés et avait atteint les objectifs fixés pour son activité pratique.
5. Le 13 juillet 2007, le centre de formation a informé M. P_____ qu'il avait échoué à l'examen professionnel auquel il s'était présenté. Il avait obtenu les notes de 2,0 à l'examen général oral (psychologie) et 3,5 pour son mémoire.

Il avait la possibilité de répéter, dans un délai d'un an, les branches dans lesquelles il n'avait pas obtenu la note 5,0, soit le mémoire, l'examen général oral ainsi que la présentation du mémoire de brevet. S'il échouait à ce deuxième examen, il serait autorisé à se présenter une troisième et dernière fois, après un délai de trois ans au moins après le premier examen.
6. Le 31 août 2007, l'intéressé a eu un entretien avec des représentants de la direction de la prison au sujet de son échec aux examens finaux du centre de formation. Il lui a été notamment rappelé que, si un candidat échoue lors de ces nouveaux examens, son contrat de travail doit être résilié pour le 31 décembre de la même année.
7. Le 1^{er} novembre 2007, la direction de la prison a informé M. P_____ que sa période d'épreuve était prolongée d'une année, en application de l'art. 6 al. 3 de la loi sur l'organisation et le personnel de la prison du 21 juin 1984 (LOPP - F 1 50).

En cas de nouvel échec, son contrat de travail serait résilié.

Par arrêté du 28 novembre 2007, le Conseil d'Etat a prolongé jusqu'au 31 décembre 2008 la période d'épreuve de M. P_____.

8. Le 11 juillet 2008, le centre de formation a informé M. P_____ qu'il avait échoué pour la deuxième fois à l'examen professionnel de gardien de prison. Il avait obtenu la note de 5,0 à l'examen final général écrit ; 4,0 à l'examen général oral (psychologie) ; 3,0 à la branche technique de présentation, soit la présentation du mémoire de brevet et la discussion avec les experts, et 2,5 à l'appréciation du mémoire. Il pouvait répéter, durant la période d'examens 2010, soit entre le 31 mai et le 9 juillet 2010, les examens pour lesquels il n'avait pas obtenu la note 5,0.
9. Par acte du 11 août 2008, l'intéressé a recouru auprès de l'office fédéral de la formation professionnelle et de la technologie (ci-après : OFFT) contre la décision de la commission d'examens du centre de formation, concluant à ce qu'il soit déclaré qu'il remplissait les exigences posées par le règlement de l'examen professionnel des gardiens de prison.
10. Le 29 septembre 2008, le directeur de la prison de Champ-Dollon a eu un entretien de service avec M. P_____, confirmé par courrier le jour-même.

A la suite de son échec aux examens finaux d'agent de détention, à l'échéance du délai d'épreuve maximum de trois ans, son contrat de travail était résilié pour le 31 décembre 2008. Il pouvait repasser les examens finaux du centre de formation à titre privé. Une demande serait faite afin de connaître les possibilités d'un éventuel remplacement au sein de l'Etat.

11. Le 7 novembre 2008, le conseiller d'Etat en charge du département des institutions, devenu depuis lors le département de la sécurité, de la police et de l'environnement (ci-après : le département), a confirmé à M. P_____ que son activité au sein de la prison prendrait fin le 31 décembre 2008.
12. Par actes du 15 décembre 2008, M. P_____ a recouru, d'une part auprès de la commission de recours des fonctionnaires de police et de la prison (ci-après : CRPP) et, d'autre part, auprès du Tribunal administratif, concluant à ce que la nullité des décisions du 29 septembre 2008 du directeur de la prison et du 7 novembre 2008 du conseiller d'Etat en charge du département soit constatée, subsidiairement à ce que ces dernières soient annulées. Il devait être maintenu dans sa fonction de gardien de prison et percevoir la rémunération correspondante.

Les décisions litigieuses ne respectaient pas les formes requises, puisqu'elles ne comportaient aucune voie de recours et n'indiquaient pas les délais. La LOPP ne réglait pas la procédure applicable à la résiliation des rapports de service durant la période probatoire. Une application par analogie de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements

publics médicaux du 4 décembre 1997 (LPAC - B 5 05) n'était pas totalement proscrite. Au moment où le directeur de la prison lui avait notifié sa décision, il n'était pas compétent pour la prononcer, le Conseil d'Etat ne pouvant lui déléguer cette compétence. Son droit d'être entendu avait été violé, puisqu'il avait été convoqué à un entretien prévu pour le prononcé d'une peine disciplinaire alors qu'aucun manquement professionnel ne pouvait lui être reproché. La LOPP ne prévoyait pas que la réussite du brevet d'agent de détention soit une condition à la nomination en qualité de fonctionnaire. Les attestations de stage de fin de cours démontraient que l'intéressé était parfaitement apte à effectuer des tâches relevant de sa fonction.

13. Le 26 janvier 2009, le département a répondu aux recours, concluant principalement à ce qu'ils soient déclarés irrecevables et, subsidiairement, à ce qu'ils soient rejetés. La nomination d'un fonctionnaire à titre d'épreuve était faite pour une durée déterminée et la LOPP ne prévoyait pas la possibilité d'y mettre fin avant le terme convenu. Les rapports de service se terminaient d'eux-mêmes à la date prévue. Le courrier du directeur de la prison du 29 septembre 2008 ainsi que celui du conseiller d'Etat du 7 novembre 2008 n'étaient pas des décisions de licenciement, mais un rappel de la fin des rapports de service.
14. Le 2 mars 2009, les parties ont été entendues en audience de comparution personnelle. Elles ont accepté que le recours déposé devant la CRPP - qui, suite à une modification législative, avait été supprimée dès le 1^{er} janvier 2009 - soit transmis au Tribunal administratif et joint à la procédure ouverte devant ce dernier.
 - a. Depuis le 1^{er} janvier, M. P_____ travaillait à la maison d'arrêt de la Brenaz. Il avait retiré le recours déposé devant l'OFFT.
 - b. La représentante du département a indiqué que l'office du personnel de l'Etat exigeait que tous les nouveaux gardiens de prison suivent l'école suisse d'agent de détention et obtiennent le brevet fédéral. Il n'était pas dérogé à cette exigence. Lors du premier échec, la période probatoire était prolongée d'une année et aucune autre prolongation n'était ensuite accordée. Le brevet de gardien n'était pas exigé pour les maisons d'arrêt, telles que la Brenaz.
 - c. Le recourant a précisé que deux de ses collègues étaient dans la même situation que lui. Un troisième avait pu travailler à la prison jusqu'à la troisième tentative, qu'il avait réussie. A la Brenaz, les personnes titulaires du brevet touchaient un salaire supérieur au sien.
 - d. Au cours de l'audience, M. P_____ a versé à la procédure une copie d'un courrier du département aux termes duquel il était engagé en qualité d'auxiliaire à la fonction de surveillant de maison d'arrêt et de fin de peine pour une durée maximale de trente-six mois, ainsi qu'un courrier qu'il avait adressé à son

employeur, précisant qu'il se réservait le droit, nonobstant la signature du contrat d'auxiliaire, de réclamer la différence entre le traitement perçu à la Brenaz et celui qu'il aurait dû percevoir à la prison de Champ-Dollon, le paiement des primes d'assurance-maladie non prises en charge pendant son activité à la Brenaz ainsi que la perte de prévoyance professionnelle liée à la différence de traitement et au transfert de son avoir de prévoyance de la caisse de prévoyance de la police à la caisse de prévoyance du personnel enseignant de l'instruction publique et des fonctionnaires de l'administration du canton de Genève (CIA).

15. Sur requête du juge délégué, le département a indiqué, le 9 mars 2009, que le personnel de surveillance de la prison comptait deux cent quarante collaboratrices et collaborateurs. Cent dix-sept employés, engagés entre 1977 et 1999, avaient suivi une formation dispensée par le centre de formation et obtenu un diplôme. Septante, engagés dès 2000, avaient obtenu le brevet fédéral d'agente ou d'agent de détention. Trente-quatre étaient actuellement en période probatoire et suivaient les cours en vue d'obtenir ce brevet. Dix-neuf étaient stagiaires et devraient suivre les cours si leur engagement était confirmé.
16. Le département a encore précisé, le 15 avril 2010, que M. P_____ travaillait toujours en qualité de surveillant à la Brenaz, en application du contrat d'auxiliaire signé le 23 janvier 2009. La direction de cet établissement était très satisfaite de ses prestations, selon l'entretien d'évaluation fait le 16 avril 2009.
17. Le 16 avril 2010, le recourant a indiqué qu'il s'était inscrit à la session de juin 2010 des examens du brevet fédéral. Il persistait dans les termes de ses conclusions.
18. La cause a été gardée à juger le 19 avril 2010.

EN DROIT

1. a. Le 18 septembre 2008, le Grand Conseil de la République et canton de Genève a modifié la loi d'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ - E 2 05). Cette nouvelle, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009, répond à l'art. 29a de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) qui garantit l'accès au juge et à l'art. 86 de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110) qui oblige les cantons à instituer des tribunaux supérieurs statuant en dernière instance comme autorités précédant immédiatement le Tribunal fédéral.
- b. Selon la disposition transitoire figurant à l'art. 162 al. 3 LOJ, les recours interjetés avant l'entrée en vigueur de la modification du 18 septembre 2008 et pendants devant une autre juridiction sont transmis d'office au Tribunal

administratif, s'ils entrent dans sa compétence en vertu des dispositions du nouveau droit.

Avant le 1^{er} janvier 2009, l'art. 20 aLOPP prévoyait que la résiliation des rapports de service pouvait être attaquée, dans un délai de trente jours, auprès de la CRPP. Au vu de ce qui précède, le Tribunal administratif est compétent pour connaître, à raison de la matière, de la présente espèce, pour autant qu'une décision résiliant les rapports de service de M. P_____ ait été prononcée.

2. Selon l'art. 6 al. 3 et 4 LOPP, les fonctionnaires de la prison sont nommés pour deux ans à titre d'épreuve. Cette période peut être prolongée d'une année au plus. Lorsque la période d'épreuve est terminée et si l'intéressé est confirmé dans ses fonctions, sa nomination est faite pour une durée indéterminée. S'il démissionne ou si, par sa faute, les rapports de service prennent fin d'une autre manière avant l'expiration de ce délai, il est tenu de rembourser, sauf circonstances particulières, une partie des frais que sa formation a occasionnés à l'Etat, proportionnée à la durée du temps de service (art. 6 al. 2 LOPP in fine).

Pendant la période d'épreuve, aucune disposition de la LOPP ne permet à l'employeur de résilier le contrat, sous réserve de la révocation disciplinaire prévue à l'art. 17 al. 1 let. a LOPP. L'art. 14 al. 1 de cette loi permet au Conseil d'Etat de résilier les rapports de service pour des motifs fondés, mais uniquement après la période d'épreuve.

De plus, l'al. 4 de cette dernière disposition réserve l'application par analogie des art. 12 al. 3, 18, 19 et 21 al. 3 LPAC, ce qui exclut l'application de l'art. 21 al. 1 LPAC, seul texte autorisant les parties à mettre fin aux rapports de service pendant le temps d'essai et la période probatoire.

3. Il ressort du dossier que les contrats de travail liant M. P_____ à la prison ont été conclus pour des durées déterminées : l'intéressé a en premier lieu été engagé pour une durée de douze mois selon la lettre du 29 novembre 2004, puis pour une durée de deux ans à titre d'épreuve aux termes de l'arrêté du Conseil d'Etat du 21 décembre 2005, dite période ayant été prolongée d'un an, soit jusqu'au 31 décembre 2008, par arrêté du Conseil d'état du 28 novembre 2007. Au terme de celle-ci, les rapports de service prennent fin sans qu'il ne soit nécessaire de les résilier, sauf si la personne concernée est confirmée dans ses fonctions et que le Conseil d'Etat la nomme pour une période indéterminée.

Dès lors que, en l'espèce, M. P_____ n'a pas été confirmé dans sa fonction du fait de son échec aux examens du brevet fédéral d'agent de surveillance et qu'il n'avait alors pas été nommé pour une période indéterminée, son contrat de travail a pris fin le 31 décembre 2008 sans qu'une décision de résiliation ne soit nécessaire. Les courriers adressés au recourant par le directeur de la prison de Champ-Dollon le 29 septembre 2008 et par le conseiller d'Etat en charge du

département le 7 novembre 2008, qui se limitaient à rappeler la date de la fin du contrat, ne sont dès lors pas des décisions au sens de l'art. 4 al. 1 LPA.

En conséquence, le recours sera déclaré irrecevable (ATA/8/2010 du 8 janvier 2010 ; ATA/496/2009 du 6 octobre 2009), ce d'autant que, selon la jurisprudence, le refus d'embauche n'est pas une décision susceptible de recours (ACOM/83/2006 du 31 juillet 2006 et les réf. cit. ; ATA/222/2005 du 19 avril 2005).

4. Au vu de cette issue, un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge de M. P_____, qui succombe (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

déclare irrecevable le recours interjeté le 15 décembre 2008 par Monsieur P_____ contre la décision du 7 novembre 2008 du Conseil d'Etat ;

met à la charge de M. P_____ un émolument de CHF 500.- ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; 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, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Olivier Jornot, avocat du recourant, ainsi qu'au Conseil d'Etat.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, M. Thélin, Mmes Hurni et Junod, M. Dumartheray, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste :

M. Tonossi

la présidente :

L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :