

## **GE\_GERICHTE ATA/398/2012 vom 26. Juni 2012**

GE Cour de justice, 2012-06-26, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_398\\_2012](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_398_2012)

FR: GE\_GERICHTE ATA/398/2012 du 26 juin 2012

IT: GE\_GERICHTE ATA/398/2012 del 26 giugno 2012

### **Regeste**

Résumé: L'annonce erronée, à une auxiliaire, de sa nomination à un poste fixe dans l'administration cantonale, ne lui confère pas un droit à sa nomination effective en vertu du principe de la bonne foi. De plus, l'intéressée n'a pris aucun engagement du fait de cette annonce erronée qu'elle ne pouvait changer sans subir de préjudice.

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable sous les réserves suivantes (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

#### **E. 2**

Selon la jurisprudence, le refus d'embauche n'est pas une décision susceptible de recours (art. 132 al. 2 LOJ en relation avec l'art. 1 al. 1 et 2 let. d LPA ; ACOM/83/2006 du 31 juillet 2006 et les réf. citées ; ATA/222/2005 du 19 avril 2005). Cependant, dans la mesure où la recourante prétend avoir été valablement nommée, ses conclusions en constatation seront déclarées recevables (ATA/496/2009 du 6 octobre 2009).

#### **E. 3**

La recourante demande à la chambre de « réserver » son droit à des indemnités.

Le droit à une indemnisation est régi, en droit public cantonal, par la loi sur la responsabilité de l'Etat et des communes du 24 février 1989 (LREC - A 2 40 ; ATA/496/2009 précité). Selon l'art. 7 LREC, c'est le Tribunal de première instance qui est compétent pour statuer sur les demandes s'y rapportant (ATA/286/2009 du 16 juin 2009 ; ATA/145/2009 du 24 mars 2009).

La réserve de tels droits par la chambre administrative serait ainsi sans portée.

Les conclusions y relatives sont donc irrecevables.

#### **E. 4**

Au terme de l'audience de comparution personnelle du 23 janvier 2012, la recourante a sollicité l'audition de plusieurs témoins.

- 8/12 - A/3128/2011

Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes, de prendre connaissance du dossier, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes (Arrêt du Tribunal fédéral 2D.5/2012 du 19 avril 2012 consid. 2.3), de participer à l'administration des preuves

essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 135 I 279 consid. 2.3 p. 282 ; 132 II 485 consid. 3.2 p. 494 ; 127 I 54 consid. 2b p. 56 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C.552/2011 du 15 mars 2012 consid. 3.1). Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (ATF 136 I 229 consid. 5.2 p. 236 ; 134 I 140 consid. 5.3 ; 131 I 153 consid. 3 p. 158 ; Arrêts du Tribunal fédéral 2D.2/2012 du 19 avril 2012 consid. 2.3 ; 2D.51/2011 du 8 novembre 2011 ; 2C.58/2010 du 19 mai 2010 consid. 4.3 ; 4A.15/2010 du 15 mars 2010 consid. 3.2 et les arrêts cités ; ATA/432/2008 du 27 août 2008 consid. 2b).

La recourante, allègue que les auditions requises lui permettraient de démontrer que, d'une manière générale, les employés ne sont pas informés du fait que leurs supérieurs hiérarchiques directs ne sont pas compétents pour les nommer. Ils pourraient également établir la gravité du préjudice moral qu'elle avait subi.

Même prouvés, ces éléments de faits ne sauraient avoir d'influence sur la solution adoptée, ainsi qu'il résulte des considérants ci-dessous.

Il sera donc renoncé à ces auditions, le dossier étant complet pour statuer.

#### **E. 5**

La recourante soutient qu'elle a été nommée.

Selon l'art. 10 al. 1 LPAC, le Conseil d'Etat est l'autorité d'engagement et de nomination des membres du personnel administratif de l'administration cantonale. A teneur de l'art. 11 al. 1 LPAC, cette autorité peut déléguer aux chefs des départements la compétence de procéder, d'entente avec l'office du personnel de l'Etat, à l'engagement et à la nomination de ceux-là. Une telle délégation figure à l'art. 1A al. 3 RPAC, qui désigne le chef du département comme autorité compétente pour nommer les fonctionnaires se trouvant sous sa responsabilité.

En l'espèce, le président du DSE a refusé de nommer Mme X\_\_\_\_\_.

Celle-ci n'a ainsi jamais reçu de décision formelle de nomination, mais une fausse information, émanant de ses supérieurs hiérarchiques directs, lui a fait croire à celle-ci.

- 9/12 - A/3128/2011

L'existence d'une nomination est ainsi totalement contredite par les éléments du dossier.

L'examen de la chambre se limite dès lors à la question de savoir si Mme X\_\_\_\_\_ disposait, dans ces circonstances, d'un droit à une nomination.

#### **E. 6**

Selon l'art. 24 al. 1 LPAC, lorsqu'un contrat est conclu pour une durée déterminée, les rapports de service prennent fin à l'échéance dudit contrat et il n'existe pas de droit à son renouvellement (ATA/840/2003 du 18 novembre 2003).

Aux termes de l'art. 47 al. 3 RPAC, l'auxiliaire ayant occupé un poste sans interruption pendant trois ans peut être nommé. En dehors des cas d'abus de droit - soit, notamment, lorsque l'autorité d'engagement maintient artificiellement un employé dans un statut d'auxiliaire par des contrats successifs interrompus pour éluder les garanties offertes par la

loi aux titulaires d'un emploi fixe (ATA/574/2007 du 13 novembre 2007 ; T. TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, p. 198 n. 583) - l'auxiliaire n'a pas un droit à être nommé ou à être engagé comme employé fixe en période probatoire (art. 5 et 6 LPAC).

En l'espèce, le refus de nomination se fonde sur les absences répétées de Mme X\_\_\_\_\_, dont l'autorité intimée ne conteste pas le bien-fondé, mais qui ne lui ont pas permis d'écarter avec suffisamment de certitude le risque futur que cette employée fasse l'objet d'absences fréquentes après sa nomination. Il résulte en effet de l'audience de comparution personnelle des parties que le département est particulièrement préoccupé par l'absentéisme. Au moment de la nomination, l'intérêt public lui commande de procéder à une évaluation prospective des risques. Cette analyse ne se fonde pas seulement sur les qualités professionnelles de la personne concernée - qui s'examinent lorsque celle-ci est en fonction - mais également sur son « endurance » au travail et sur sa capacité à tenir ses engagements professionnels à long terme. Des absences de longue durée, telles que celles du cas d'espèce, rendent difficile cette appréciation, en raison du raccourcissement des périodes de travail. Il ne peut ainsi être fait grief à l'autorité de n'avoir pas voulu encourir un risque que les circonstances ne lui ont pas permis d'écarter avec suffisamment de force et d'avoir privilégié une autre candidature qui lui offrait de meilleures garanties de ce point de vue.

L'autorité n'a donc commis aucun abus de droit.

#### **E. 7**

Reste à déterminer si, en raison de l'annonce de sa nomination, qui s'est avérée inexacte, la recourante doit être nommée en application du principe de la bonne foi.

#### **E. 8**

Découlant directement de l'art. 9 Cst. et valant pour l'ensemble de l'activité étatique, le principe de la bonne foi protège le citoyen dans la confiance légitime qu'il met dans les assurances reçues des autorités lorsqu'il a réglé sa conduite

- 10/12 - A/3128/2011 d'après des décisions, des déclarations ou un comportement déterminé de l'administration (ATF 131 II 627 consid. 6.1 p. 637 ; 129 I 161 consid. 4.1 p. 170 ; 128 II 112 consid. 10b/aa p. 125 ; 126 II 377 consid. 3a p. 387 et les arrêts cités). Selon la jurisprudence, les assurances ou les renseignements erronés donnés par les autorités confèrent des droits aux justiciables lorsque les cinq conditions cumulatives suivantes sont remplies. Tout d'abord, on doit être en présence d'une promesse concrète effectuée à l'égard d'une personne déterminée. Il faut également que l'autorité ait agi dans le cadre et dans les limites de sa compétence, que la personne concernée n'ait pas été en mesure de se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement fourni, qu'elle se soit fondée sur ce renseignement pour prendre des dispositions qu'elle ne peut ensuite modifier sans subir de préjudice et, enfin, que la loi n'ait pas subi de changement depuis le moment où la promesse a été faite (ATF 137 I 69 consid. 2.5.1 ; 131 II 627 consid. 6.1 p. 637 ; 129 I 161 consid. 4.1 p. 170 ; 122 II 113 consid. 3b/cc p. 123 et les références citées ; Arrêt du Tribunal fédéral 1P.373/2006 du 18 octobre 2006 consid. 2 ; G. MULLER/U. HÄFELIN/ F.UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich 2006, 5ème éd., p. 130ss ; A. AUER/ G. MALINVERNI/ M. HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Berne 2006, Vol. 2, 2ème éd., p. 546, n. 1165ss ; P. MOOR, Droit administratif, Berne 1994, Vol. 1, 2ème éd., p. 430, n. 5.3.2.1).

Si les conditions qui précèdent sont remplies, l'autorité doit honorer la promesse donnée, malgré la dérogation à la loi, sauf si un intérêt public ou privé (d'un tiers) particulièrement important l'emporte sur la protection de la bonne foi (T. TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, p. 197 n. 579).

En l'espèce, la question de savoir si les trois premières conditions sont réalisées peut rester ouverte, car la quatrième de ces conditions n'est manifestement pas remplie (la personne a pris des dispositions qu'elle ne peut modifier sans subir de préjudice). En effet, la recourante ne s'est pas fondée sur le renseignement erroné qui lui a été donné - dont l'autorité intimée a admis l'existence et qu'elle a déploré - pour prendre des dispositions qu'elle n'a pu modifier sans subir de préjudice (T. TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, p. 196 n. 578). A part la grande déception que la nouvelle de l'absence de sa nomination lui a causée, elle ne s'est pas fiée au renseignement erroné qui lui a été communiqué pour renoncer à un autre emploi par exemple ou pris d'autres engagements sur la base de cette information, dans les treize jours pendant lesquels elle a cru à sa nomination.

#### **E. 9**

Le recours sera ainsi rejeté, en tant qu'il est recevable.

#### **E. 10**

Vu les circonstances, la recourante, qui succombe, ne sera pas astreinte au paiement d'un émolument. Aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 LPA).

- 11/12 - A/3128/2011

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.