

# **GE\_GERICHTE ATA/574/2007 vom 13. November 2007**

GE Cour de justice, 2007-11-13, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_574\\_2007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_574_2007)

FR: GE\_GERICHTE ATA/574/2007 du 13 novembre 2007

IT: GE\_GERICHTE ATA/574/2007 del 13 novembre 2007

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le Tribunal administratif examine d'office et librement la recevabilité du recours ou de la demande (art. 11 al. 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 ; ATA/88/2006 du 14 février 2006).

### **E. 2**

A teneur de l'article 56B alinéa 4 lettre a de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ - E 2 05), le recours au Tribunal administratif est ouvert contre des décisions concernant les rapports de service des fonctionnaires et autres membres du personnel de l'Etat, dans la mesure où une disposition légale, réglementaire ou statutaire spéciale le prévoit.

Le 31 mai 2007 est entrée en vigueur une révision de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 (LPAC - B 5 05). Toutefois, selon l'article 4 de la loi 9904 modifiant la LPAC, du 27 mars 2007, le nouveau droit ne s'applique pas aux procédures litigieuses pendantes au moment de son entrée en vigueur. C'est donc l'ancienne teneur de la LPAC qui s'applique in casu (aLPAC).

En application de l'article 31 alinéa 1 aLPAC, peut recourir au Tribunal administratif pour violation de la loi, tout membre du personnel dont les rapports de service ont été résiliés.

### **E. 3**

A teneur de l'article 57 LPA, seules les décisions finales, les décisions par lesquelles l'autorité admet ou décline sa compétence ainsi que les décisions incidentes qui, si elles étaient exécutées, causeraient un préjudice irréparable à l'une des parties, peuvent faire l'objet d'un recours.

Au sens de l'article 4 LPA sont considérées comme des décisions les mesures individuelles et concrètes prises par l'autorité dans les cas d'espèce fondées sur le droit public fédéral, cantonal, communal et ayant pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits et des obligations (let. a), de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits, d'obligations ou de faits (let. b), de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou obligations (let. c). Ainsi, de manière générale, les communications, opinions, recommandations et renseignements ne déploient aucun effet juridique et ne sont pas assimilables à des décisions, de même que les avertissements ou certaines mises en demeure, que la doctrine qualifie de « déclarations simples » (B. BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 78).

### **E. 4**

A teneur de l'article 24 alinéa 1 aLPAC, lorsqu'un contrat est conclu pour une durée déterminée, les rapports de service prennent fin à l'échéance dudit contrat. En pareil cas, le courrier par lequel l'employeur rappelle l'échéance du

- 11/15 -

A/2912/2006

contrat n'est pas une décision car elle ne crée, ne modifie ou n'annule pas de droits ou d'obligations (ATA/142/2006 du 14 mars 2006).

#### **E. 5**

Lorsqu'une personne est engagée par l'Etat de Genève pour assumer des travaux temporaires pour une durée déterminée ou non, elle a le statut d'auxiliaire aux termes de l'article 7 aLPAC. La relation de service ne peut excéder une durée maximale de trois ans (art. 7 al. 2 aLPAC).

#### **E. 6**

Dans le cas d'espèce, le recourant a été engagé en qualité d'auxiliaire par contrat du 4 janvier 2002, pour une durée de six mois, prolongée à plusieurs reprises, jusqu'à une dernière échéance au 30 juin 2004, puis il a été engagé, à nouveau en qualité d'auxiliaire, dès le 1er septembre 2004 pour une année, au même poste, par contrat du 17 août 2004. Ce second contrat a vu son échéance prolongée également à plusieurs reprises, jusqu'au 31 août 2006. Il ressort clairement de l'instruction de la cause que cette succession de contrats, avec une brève interruption de deux mois entre les deux, a été choisie sciemment par les HUG pour pouvoir bénéficier des compétences de M. X\_\_\_\_\_ pendant une période supérieure à trois ans, tout en le maintenant dans le statut précaire d'auxiliaire. L'employeur était conscient du fait qu'il ne pouvait s'assurer les services du recourant plus de trois ans sans que celui-ci n'accède à un statut stabilisé de membre du personnel régulier des HUG (art. 3 à 6 aLPAC). Cette manière de faire revient à vider de sa substance l'article 7 aLPAC - dont l'un des objectifs assignés est de limiter la précarité de l'emploi (PL 7493 - [http : //www.geneve.ch/grandconseil/memorial/data/530312/43/530312\\_43\\_partie\\_22.asp](http://www.geneve.ch/grandconseil/memorial/data/530312/43/530312_43_partie_22.asp)) - et à contourner les articles 5 et 6 aLPAC. Comme telle, elle est constitutive d'abus de droit et ne saurait être suivie. C'est le lieu de relever que les HUG allèguent en vain que M. X\_\_\_\_\_ serait de mauvaise foi. Il n'est pas établi que ce dernier a participé à l'entretien du printemps 2004 au cours duquel MM. F\_\_\_\_\_ et R\_\_\_\_\_ se sont entretenus avec M. L\_\_\_\_\_, notamment de la suite des relations de travail avec l'intéressé. Il n'est pas davantage établi que M. L\_\_\_\_\_ serait intervenu dans ce contexte comme représentant mandaté spécifiquement par M. X\_\_\_\_\_ pour défendre ses intérêts, même si sa qualité de délégué syndical a pu être source de confusion dans l'esprit de ses interlocuteurs. Les HUG n'ont d'ailleurs pas contesté l'affirmation selon laquelle M. L\_\_\_\_\_ s'abstenait de défendre les collègues de son propre service. Il n'existe aucune trace écrite de ce fameux entretien, alors que les témoignages sur les éléments précités sont contradictoires.

Le Tribunal administratif retiendra donc que si durant les trois premières années de service, M. X\_\_\_\_\_ avait le statut d'auxiliaire, il devait être considéré dès le début de la quatrième comme membre du personnel régulier des HUG.

#### **E. 7**

L'aLPAC connaît deux catégories de membres du personnel régulier de la fonction publique : les employés et les fonctionnaires. Les premiers sont ceux qui accomplissent une

période probatoire (art. 6 al. 1 aLPAC), d'une durée ordinaire

- 12/15 -

A/2912/2006

de trois ans, à l'issue de laquelle intervient leur nomination en qualité de fonctionnaire (art. 5 aLPAC et 47 al. 2 a du règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics du 24 février 1999 - RaLPAC), un auxiliaire ayant occupé un poste sans interruption depuis trois ans pouvant également être nommé (art. 47 al. 4 aRLPAC). Ce sont ainsi les règles applicables au statut des fonctionnaires qui régissaient les relations de travail entre les HUG et M. X\_\_\_\_\_ à la date du courrier litigieux du 4 mai 2006, quand bien même, faute d'arrêté de nomination, ce dernier ne saurait avoir accédé automatiquement à ce statut (art. 47 et ss RaLPAC ; ATA/613/2006 du 21 novembre 2006).

Il s'ensuit que ledit courrier doit être considéré comme une décision mettant fin aux rapports de service.

#### **E. 8**

a. Sous le titre « contenu et notification des décisions », l'article 46 LPA prévoit que les décisions doivent être désignées comme telles, motivées et signées, et indiquer les voies ordinaires et délais de recours (al. 1). Selon l'article 47 LPA, une notification irrégulière ne peut entraîner aucun préjudice pour les parties.

En l'occurrence, aucune voie de droit n'ayant été mentionnée dans la décision querellée, le délai de recours prévu par l'article 63 alinéa 1 lettre a LPA n'a pas commencé à courir.

b. Cependant, la personne à laquelle l'acte n'a pas été notifié doit s'en prévaloir en temps utile, dès que, d'une manière ou d'une autre, elle est au courant de la situation : attendre passivement serait contraire au principe de la bonne foi (ibidem, p. 319). En définitive, le vice ne peut être sanctionné s'il peut être réparé sans préjudice pour les parties (ibidem, p. 304, ch. 2.2.8.4).

En l'espèce, il ressort du dossier que M. X\_\_\_\_\_ a consulté un avocat qui a été à même d'intervenir auprès des HUG en juin 2006 encore. C'est dans les 30 jours suivants la réception de la réponse des HUG, qui ne le satisfaisait pas, que le mandataire de M. X\_\_\_\_\_ a saisi le Tribunal administratif. Au vu de l'ensemble des circonstances, il y a lieu d'admettre que le recourant a agi en temps utile, en respectant le devoir de diligence lui incombant.

Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est donc recevable.

#### **E. 9**

Les conclusions prises par le recourant dans ses écritures du 15 mars 2007 sont des conclusions nouvelles, prises postérieurement au dépôt de l'acte créant le lien d'instance. De jurisprudence constante, elles sont irrecevables (ATA/367/2007 du 31 juillet 2007 et les références citées).

#### **E. 10**

a. L'aLPAC 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 aLPAC) et en respectant le délai de résiliation, qui est de trois mois pour la fin d'un mois lorsque les rapports de service ont duré plus d'une année. 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 aLPAC). 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 aLPAC). 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 aLPAC).

b. La fin des rapports de service peut également intervenir en cas de suppression d'un poste pour des motifs d'organisation du service (art. 23 al. 1 aLPAC). Le délai de résiliation est alors de quatre mois pour la fin d'un mois, et elle ne peut intervenir que s'il se révèle impossible de confier au membre du personnel régulier - employé ou fonctionnaire - un autre poste correspondant à ses capacités. L'intéressé doit être entendu. Il a en outre droit à une indemnité (art. 23 al. 2-5 aLPAC).

Force est de constater que la première hypothèse ne s'applique pas au cas d'espèce, aucun reproche ne pouvant être fait à M. X\_\_\_\_\_ quant à ses compétences ni à son comportement. Quant à la seconde, seule envisageable à rigueur de dossier, la procédure de licenciement n'a pas été suivie pour M. X\_\_\_\_\_, entraînant comme conséquence la violation de ses droits procéduraux, dont le droit d'être entendu.

## **E. 11**

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 l'autorité inférieure, certains éléments d'une décision de licenciement qui relèvent de l'opportunité échappant à son examen (art. 61 al. 2 LPA). Ainsi, la méconnaissance du droit d'être entendu du recourant ne peut-elle être réparée par le biais de la présente procédure. En conséquence, le licenciement du recourant est nul. L'intéressé fait toujours partie du personnel des HUG.

## **E. 12**

Le recours sera admis, dans la mesure où il est recevable.

Un émolument de CHF 3'000.- sera mis à la charge des HUG. En outre, une indemnité de CHF 4'000.- sera allouée au recourant, à la charge des HUG (art. 87 LPA).

\* \* \* \* \*

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