

## **GE\_GERICHTE A/312/2013 vom 12. November 2013**

GE Cour de justice, 2013-11-12, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_312\\_2013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_312_2013)

FR: GE\_GERICHTE A/312/2013 du 12 novembre 2013

IT: GE\_GERICHTE A/312/2013 del 12 novembre 2013

### **Regeste**

; DROIT DE LA FONCTION PUBLIQUE ; EMPLOYÉ PUBLIC ; INTERDICTION DE L'ARBITRAIRE ; DROIT D'ÊTRE ENTENDU ; PROPORTIONNALITÉ | Les informations obtenues au cours d'entretiens menés par le groupe de confiance sont couvertes par une totale confidentialité en vertu de l'art.8 RPPers. Au vu des pièces du dossier, la décision de licencier est consécutive à des difficultés rencontrées par la recourante dans l'exercice de ses fonctions. Ne parvenant pas à assimiler totalement les spécificités liées à son poste au sein du SECI, ni à assister pleinement le directeur dans sa fonction, elle n'a pas su répondre entièrement aux attentes de sa hiérarchie. Dès lors, la procédure conduite par le DSE pour résilier les rapports de service le liant à la recourante est conforme à la LPAC et a conduit au prononcé d'une décision matériellement fondée, respectant les principes de la proportionnalité et de l'interdiction de l'arbitraire. | Cst.9; Cst.29; RPPers.5; RPPers.8; LIPAD.4.leta; LIPAD.21.al1; LIPAD.25.al1; LIPAD.25.al2; LIPAD.26.al1; LIPAD.26.al2.letf; LIPAD.26.al2.letg; LIPAD.26.al2.letg; LIPAD.26.al2.letg; LIPAD.29.al9; LPAC.4; LPAC.5; LPAC.6; LPAC.20.al3; LPAC.21; LPAC.22; LPAC.31.al3; RPAC.44A; RPAC.45; RPAC.47.al1; RTrait.5A.lete; CO.336c.al1; LPA.61; LPA.87

### **Erwägungen**

#### **E. 26**

Le 11 juin 2013, la chambre administrative a retourné au DSE son courrier du 7 juin 2013. Il s'agissait d'écritures spontanées transmises après que la cause eut été gardée à juger. L'instruction de celle-ci était close après que la recourante eut exercé son droit à la réplique reconnu par la jurisprudence. L'Etat ne pouvait se prévaloir de l'art. 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH – RS 0.101) et, à ce titre, il ne pouvait invoquer un droit à la réplique.

#### **E. 27**

Le 19 juin 2013, le DSE a répondu à la chambre administrative. Le juge délégué aurait dû retenir son courrier du 7 juin 2013. Un droit à répliquer au sens étroit découlait directement de l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. – RS 101) et s'appliquait à toutes les procédures judiciaires et administratives. Les parties à une procédure avaient le droit d'être entendues et avaient le droit à une procédure équitable, compte tenu du principe de l'égalité des armes. Le respect du droit de réplique en tant qu'aspect du droit d'être entendu comprenait le droit d'avoir connaissance de tous les actes déposés par les participants à la procédure et de prendre position, indépendamment du fait que ces actes contenaient ou non des arguments nouveaux et/ou essentiels. Cela étant, pour ne pas freiner la procédure, il acceptait que son courrier soit exclu de la procédure. EN DROIT 1.

Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 -

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).

A titre préalable, la recourante sollicite de l'intimé la communication du rapport du groupe de confiance établi le 25 mai 2012.

a. Tel qu'il est garanti par l'art. 29 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 ; 132 II 485 consid. 3.2 ; 127 I 54 consid. 2b ; 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 ; ATA/432/2008 du 27 août 2008 consid. 2b). Le droit d'être entendu ne contient pas non plus d'obligation de discuter tous les griefs et moyens de preuve du recourant ; il suffit que le juge examine ceux qui sont pertinents pour l'issue du litige (ATF 133 II 235 consid. 5.2 ; 129 I 232 consid. 3.2 ; Arrêts du Tribunal fédéral 1C\_424/2009 du 6 septembre 2010 consid. 2 ; 2C\_514/2009 du 25 mars 2010 consid. 3.1).

b. Selon l'art. 5 RPPers, le groupe de confiance est instauré par le Conseil d'Etat et est chargé de la mise en œuvre et de la bonne application du dispositif de protection de la personnalité prévu aux art. 5 à 30 RPPers (al. 1). Il participe à la promotion de la politique de prévention du harcèlement psychologique et sexuel, et intervient lors de la séance d'accueil des nouveaux collaborateurs (al. 2). Sa mission principale consiste à traiter les demandes des personnes qui font appel à lui. Il contribue à ce que la hiérarchie fasse cesser les atteintes à la personnalité (al. 3).

c. Selon l'art. 8 RPPers, les démarches informelles menées par le groupe de confiance sont couvertes par une totale confidentialité (al. 1). Les documents et informations dont ont connaissance les membres du groupe de confiance lors des démarches informelles sont totalement couverts par la confidentialité. Nul ne peut ultérieurement se prévaloir devant une autorité administrative ou judiciaire de ce qui a été déclaré durant cette phase (al. 2). La procédure des démarches informelles menées par le groupe de confiance est décrite aux art. 13 ss RPPers.

d. Selon l'art. 24 al. 1 LIPAD, toute personne, physique ou morale, a accès aux documents en possession des institutions, sauf exception prévue ou réservée par la présente loi. Les documents sont tous les supports d'informations détenus par une institution contenant des renseignements relatifs à l'accomplissement d'une tâche publique, notamment les messages, rapports, études, procès-verbaux approuvés, statistiques, registres, correspondances, directives, prises de position, préavis ou décisions (art. 25 al. 1 et 2 LIPAD). Les documents à la communication desquels un intérêt public ou privé prépondérant s'oppose sont soustraits au droit d'accès (art. 26 al. 1 LIPAD). Selon l'art. 26 al. 2 LIPAD, tel est le cas, notamment, lorsque l'accès aux documents est propre à rendre inopérantes les restrictions légales à la communication de données personnelles à des tiers (let. f), porter atteinte à la sphère privée ou familiale (let. g) ou encore révéler des informations sur l'état de santé d'une personne (let. h). Sont des données personnelles toutes les informations se rapportant à une personne physique ou morale de droit privé, identifiée ou identifiable (art. 4 let. a LIPAD). Selon l'art. 39 al. 9 LIPAD, la communication de données personnelles à une tierce personne de droit privé n'est possible

que si une loi ou un règlement le prévoit explicitement, ou si un intérêt privé digne de protection du requérant le justifie sans qu'un intérêt prépondérant des personnes concernées ne s'y oppose. e. En l'espèce, le groupe de confiance est intervenu au sein du SECI au début de l'année 2012. Les entretiens effectués à cette période se sont inscrits dans le cadre des démarches informelles des art. 13 ss RPPers et ont concerné spécifiquement la situation d'une personne autre que la recourante. Dès lors, les informations obtenues au cours de ces entretiens sont couvertes par une totale confidentialité en vertu de l'art. 8 RPPers. L'intérêt privé prépondérant des personnes concernées par ces entretiens s'opposant à l'autorisation d'accès aux documents concernés, la chambre de céans ne pourra donner suite à la requête de la recourante et ordonner la production du rapport établi par le groupe de confiance suite à son intervention au sein du SECI. 4.

a. Selon l'art. 4 de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 (LPAC – B 5 05), le personnel de la fonction publique se compose de fonctionnaires, d'employés, d'auxiliaires, d'agents spécialisés et de personnel en formation. Est un employé le membre du personnel régulier qui accomplit une période probatoire (art. 6 LPAC). Est un fonctionnaire le membre du personnel régulier ainsi nommé pour une durée indéterminée après avoir accompli comme employé une période probatoire (art. 5 LPAC).

L'art. 45 du règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 29 février 1999 (RPAC - B 5 05.01) règle la question de la nomination. Selon son alinéa 1, l'employé doit notamment avoir occupé un emploi au sein de l'administration cantonale durant deux ans, ainsi qu'avoir accompli à satisfaction les tâches qui lui incombent à ce titre. La prolongation de la période probatoire est réservée (art. 47 al. 1 RPAC). Selon l'art. 5A let. e du règlement d'application de la loi concernant le traitement et les diverses prestations alloués aux membres du personnel de l'Etat, du pouvoir judiciaire et des établissements hospitaliers du 17 octobre 1979 (RTrait - B 5 15.01), la période probatoire de deux ans peut être prolongée exceptionnellement d'un an au maximum en cas de prestations insuffisantes.

b. Pendant la période probatoire, chacune des parties peut mettre fin aux rapports de service en respectant le délai de résiliation (art. 21 LPAC). Lorsque les rapports de service ont duré plus d'une année, le délai de résiliation est de trois mois pour la fin d'un mois (art. 20 al. 3 LPAC). Aux termes de l'art. 44A RPAC, les membres du personnel de l'Etat sont protégés contre les risques d'une résiliation des rapports de service en temps inopportun, les art. 336c et 336d de la loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations - CO - RS 220) étant applicables par analogie. Après le temps d'essai, l'employeur ne peut pas résilier le contrat pendant une incapacité de travail totale ou partielle résultant d'une maladie ou d'un accident non imputables à la faute du travailleur, et cela durant trente jours au cours de la première année de service, durant nonante jours de la deuxième à la cinquième année de service et durant cent quatre-vingt jours à partir de la sixième année de service (art. 336c al. 1 let. b CO). La loi ne prévoit pas d'autres conditions pour le licenciement d'employés, alors que 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). Durant la période probatoire, l'administration dispose ainsi d'un très large pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité de la poursuite des rapports de service, étant précisé que la décision attaquée ne peut être revue sous l'angle de son opportunité par l'autorité de

recours (art. 61 LPA). L'administration reste néanmoins tenue au respect des principes et droits constitutionnels, notamment la légalité, la proportionnalité, l'interdiction de l'arbitraire et le droit d'être entendu ( ATA/214/2013 du 9 avril 2013 ; ATA/50/2013 du 29 janvier 2013 et les références citées). c. Une décision est arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. lorsqu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique indiscuté ou lorsqu'elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité (ATF 138 I 49 consid. 7.1 et les arrêts cités). A cet égard, le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue par l'autorité cantonale de dernière instance que lorsque celle-ci est manifestement insoutenable, qu'elle se trouve en contradiction claire avec la situation de fait, si elle a été adoptée sans motif objectif ou en violation d'un droit certain (ATF 136 III 552 consid. 4.2 ; 132 III 209 consid. 2.1 ; Arrêt du Tribunal fédéral 9C\_227/2012 du 11 avril 2012). L'arbitraire ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution pourrait entrer en considération ou même qu'elle serait préférable. Pour qu'une décision soit annulée pour cause d'arbitraire, il ne suffit pas que la motivation formulée soit insoutenable, il faut encore que la décision apparaisse arbitraire dans son résultat (ATF 138 III 378 consid. 6.1 ; 138 I 49 consid. 7.1 ; 137 I 1 consid. 2.4 ; 136 I 316 consid. 2.2.2 ; 134 II 124 consid. 4.1 et les arrêts cités). Appelée à examiner le caractère arbitraire d'une décision, la chambre de ceans suit le raisonnement du Tribunal fédéral en la matière ( ATA/661/2012 du 25 septembre 2012 consid. 5 et les références citées). d. En l'espèce, la période probatoire de la recourante a été prolongée le 24 juillet 2012 pour une durée de cinq mois, soit jusqu'au 31 décembre 2012, en raison de prestations insuffisantes. Dès lors, à la date de la décision de résiliation des rapports de service du 18 décembre 2012, elle disposait du statut d'employée, ce qu'elle ne conteste pas. La recourante était en arrêt maladie depuis le 12 juin 2012. En résiliant ses rapports de service le 18 décembre 2012 pour le 31 mars 2013, le DSE a respecté le délai de protection de nonante jours contre les risques d'une résiliation en temps inopportun. Au vu des pièces du dossier, la décision de licenciement est consécutive à des difficultés rencontrées par la recourante dans l'exercice de ses fonctions. Ainsi qu'il ressort de l'EEDP du 14 avril 2011, sa hiérarchie retenait qu'elle avait des difficultés à assimiler totalement les spécificités liées à son poste au sein du SECI ou à assister pleinement le directeur dans sa fonction si bien qu'elle ne répondait pas entièrement aux attentes de sa hiérarchie. Dès lors que le DSE considérait qu'il n'y avait pas eu d'amélioration suffisante, ainsi qu'il l'a relevé au cours des entretiens de service du 20 décembre 2011 et du 12 juin 2012, il pouvait retenir, sans que l'on puisse qualifier une telle décision d'arbitraire, que la collaboration avec la recourante ne pouvait plus continuer. Au vu de ce qui précède, le recours devra être rejeté. La fixation de l'indemnité prévue à l'art. 31 al. 3 LPAC - dont le but est de pallier le refus de l'employeur de réintégrer la personne qui aurait été licenciée à tort, et non de réparer un éventuel tort moral ou de sanctionner un licenciement abusif - suppose que la résiliation des rapports de service soit contraire au droit, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Il n'y a donc pas lieu d'entrer en matière sur les conclusions que la recourante a prises à cet égard. 5. Un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge de la recourante (art. 87 al. 1 LPA). Vu l'issue du litige, aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA). !