

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2487/2009-FPUBL

ATA/421/2010

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 22 juin 2010

dans la cause

Monsieur X _____

représenté par Me Reynald Bruttin, avocat

contre

UNIVERSITÉ DE GENÈVE

EN FAIT

1. Par contrat du 12 mars 2007, Monsieur X_____ a été engagé, à compter du 1^{er} avril 2007, en qualité de conducteur offset au taux d'activité de 100 %, au sein de la section de physique de la faculté des sciences (ci-après : la faculté) de l'Université de Genève (ci-après : l'université).
2. Au début du mois d'octobre 2008, M. X_____ a appris que l'atelier d'imprimerie de la faculté dans lequel il travaillait serait fermé et qu'il serait dorénavant engagé à REPRO-MAIL.
3. Il a rejoint sa nouvelle affectation le 3 novembre 2008.
4. Depuis le 15 novembre 2008, l'intéressé est en incapacité totale de travail pour cause de maladie.
5. Par courrier du 24 mars 2009, l'université a informé M. X_____ que compte tenu des absences qu'il avait présentées pendant sa période probatoire, celle-ci était prolongée de douze mois, soit jusqu'au 31 mars 2010. Cette mesure était conforme aux dispositions de l'art. 5A let. d du règlement d'application de la loi concernant le traitement et les diverses prestations alloués aux membres du personnel de l'Etat et des établissements hospitaliers du 17 octobre 1979 (RTrait - B 5 15.01).
6. Le 25 mai 2009, M. X_____ a sollicité sa nomination conformément à l'art. 47 al. 1 du règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics du 24 février 1999 (RPAC - B 5 05.01).

Il avait toujours donné entière satisfaction.

Entre le 1^{er} avril 2007 et le 1^{er} avril 2009, date à laquelle il aurait dû être nommé fonctionnaire, il avait été absent cent soixante quatre jours. Le délai de cent quatre-vingt jours prévu par l'art. 5A let. d RTrait n'étant pas atteint au 1^{er} avril 2009, aucune prolongation de la période probatoire n'était possible.

7. L'université a traité le courrier précité comme une opposition à sa lettre du 24 mars 2009 qu'elle a rejetée par décision du 9 juin 2009.

Au 31 mars 2009, M. X_____ totalisait cent quatre-vingt cinq jours civils d'absence. C'était de manière parfaitement légitime que la période probatoire avait été prolongée d'un an conformément à l'art. 5A let. d RTrait.

Dite décision indiquait la voie et le délai de recours au Tribunal administratif en application de l'art. 218 du règlement sur le personnel de l'université.

8. M. X_____ a saisi le Tribunal administratif d'un recours contre la décision précitée par acte du 13 juillet 2009.

Il a persisté dans ses précédentes explications et conclusions.

C'était à tort que l'université retenait qu'il avait été absent cent quatre-vingt cinq jours entre la date d'engagement et celle où aurait dû intervenir sa nomination. Ce faisant, l'université prenait en compte des jours de vacances alors que pour raison médicale, il n'avait été absent que cent soixante huit jours.

Il conclut préalablement, à ce que l'université produise les certificats médicaux en sa possession et, sur le fond à l'annulation de la décision querellée et au renvoi du dossier à l'université pour qu'elle procède à sa nomination. Subsidiairement, le Tribunal administratif devait le nommer fonctionnaire, avec suite de frais et dépens.

9. Dans sa réponse du 30 septembre 2009, l'université s'est opposée au recours.

Il était exact qu'entre le jour de l'engagement et celui de la fin de la période probatoire, M. X_____ avait présenté un nombre d'absences inférieur à cent quatre-vingt jours. Dans ces circonstances, l'université n'était pas fondée à prolonger la période probatoire sur la base de l'art. 5A let. d RTrait.

Cela étant, la let. a de cette disposition réglementaire prévoyait que la période probatoire pouvait être également prolongée d'un an au maximum en cas de changement de fonction ainsi qu'en cas de transfert, lié ou non à un changement de fonction, intervenant durant la deuxième année probatoire. Suite à la fermeture de la centrale des photocopiés de la section de physique, M. X_____ avait été transféré à la centrale de REPRO-MAIL. Ce transfert était effectif depuis le 3 novembre 2008 et M. X_____ était tombé malade le lendemain. Il n'avait pas encore été en mesure, en raison de cette incapacité de travail, de démontrer qu'il était apte à remplir les exigences de son nouveau poste. Le transfert étant intervenu durant la deuxième année probatoire, la prolongation de celle-ci pour une durée d'un an, soit jusqu'au 31 mars 2010, se justifiait pleinement.

10. Le tribunal de céans a ordonné un deuxième échange d'écritures.

11. M. X_____ a présenté sa réplique le 29 janvier 2010. Les conditions d'application de l'art. 5A let. a RTrait invoquées pour les besoins de la cause n'étaient pas remplies dès lors qu'il n'y avait eu ni changement de fonction ni

transfert, mais un regroupement des activités à REPRO-MAIL. Il a persisté dans ses conclusions initiales.

12. L'université a dupliqué le 25 février 2010.

Dans son recours du 13 juillet 2009, M. X_____ faisait lui-même état d'un transfert. La décision de déplacer M. X_____ et son collègue à REPRO-MAIL faisait suite à la fermeture de l'atelier d'impression de la faculté. Il s'agissait d'un changement d'affectation constitutif d'un transfert au sens de l'art. 5A let. a RTrait. Dans le cadre de cette restructuration, elle avait proposé à M. X_____ un poste de préparateur 2 rangé en classe 10, poste qui correspondait mieux aux activités de l'intéressé. Les pourparlers entre l'université et M. X_____ avaient été interrompus en raison de l'absence pour cause de maladie de l'intéressé qui perdurait à ce jour.

Elle a persisté intégralement dans ses conclusions du 30 septembre 2009.

13. Par courrier du 13 avril 2010, M. X_____ a informé le Tribunal administratif que l'université avait résilié les rapports de service avec effet au 30 juin 2010. En temps utile, il avait formé opposition à cette décision. Il apparaissait clairement que la volonté de l'université de prolonger la période probatoire d'une année ne se fondait sur aucune des hypothèses énumérées à l'art. 5A RTrait, mais avait pour unique but de pouvoir résilier les rapports de service. Il sollicitait la tenue d'une audience de comparution personnelle.

14. Dite audience a eu lieu le 6 mai 2010.

M. X_____ a confirmé qu'il était toujours en incapacité de travail à 100 % depuis le 3 novembre 2008.

Il a sollicité l'octroi d'un délai pour produire de nouvelles pièces.

L'université a exposé que M. X_____ arrivant en fin de période probatoire, elle avait désiré clarifier la situation avant cette échéance raison pour laquelle la décision de licenciement était intervenue.

15. Le 17 mai 2010, M. X_____ a produit des pièces complémentaires accompagnées d'observations.

En substance et en résumé, le regroupement des activités d'impression à REPRO-MAIL n'entraîne pas dans la définition du transfert au sens du RTrait et que la prolongation de la période probatoire n'était pas justifiée.

Il a persisté dans ses conclusions initiales.

16. L'université s'est déterminée le 31 mai 2010. Dans le cas particulier de M. X_____, le regroupement des ateliers d'impression était synonyme de

modification du lieu de travail, réaffectation dans un nouvel environnement avec changement de hiérarchie, adaptation partielle du cahier des charges et réévaluation de la fonction occupée de conducteur offset. Une telle réaffectation ne pouvait en aucune manière être assimilée à un simple changement de bureau et constituait manifestement un transfert du collaborateur concerné au sens de l'art. 5A let. a RTrait. C'était d'ailleurs bien cette qualification que le recourant avait lui-même donné à son changement d'affectation dans son recours du 13 juillet 2009 (point 7, partie En fait).

Elle a persisté intégralement dans ses précédentes conclusions.

17. Sur quoi, la cause a été gardée à juger comme annoncé lors de l'audience du 6 mai 2010.

EN DROIT

1. 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). La décision querellée étant postérieure à cette date, c'est la LPAC dans sa nouvelle teneur qui est applicable au présent litige (ATA/181/2009 du 7 avril 2009 et les réf. citées).
2. Le Tribunal administratif est l'autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05). Conformément à l'art. 56A al. 2 LOJ, le recours au Tribunal administratif est ouvert contre les décisions des autorités et juridictions administratives, au sens des art. 4, 5, 6, al. 1, let. d et 57, de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), sauf exception prévue par la loi. Enfin, l'al. 3 de cette disposition dispose que le recours au Tribunal administratif est également ouvert lorsque la loi le prévoit expressément (art. 17 al. 1 LPA ; art. 218 du règlement sur le personnel de l'université entré en vigueur simultanément à la loi sur l'université du 13 juin 2008).

Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable.
3. L'intérêt actuel au recours demeure nonobstant la décision de licenciement du 13 avril 2010. En effet, les conditions de licenciement ne sont pas les mêmes pour un employé en période probatoire que pour un fonctionnaire.
4. Le recourant est un employé en période probatoire au sens de l'art. 6 LPAC.

5. Aux termes de l'art. 45 RPAC, peut être nommé fonctionnaire toute personne définie à l'art. 5 LPAC et qui a en règle générale occupé un emploi au sein de l'administration cantonale durant deux ans (art. 45 let. a).

La nomination intervient au terme d'une période probatoire de deux ans, sous réserve de prolongation de cette dernière (art. 47 al. 1 RPAC).

Selon l'art. 5A RTrait, la période probatoire de deux ans peut être prolongée :

« a. d'un an au maximum en cas de changement de fonction ainsi qu'en cas de transfert, lié ou non à un changement de fonction, intervenant durant la deuxième année probatoire.

(...)

d. d'un an au maximum en cas d'absence, quels qu'en soient les motifs, dépassant cent quatre-vingt jours civils durant les deux années précédentes (...).

6. La décision de prolongation de période probatoire litigieuse repose précisément sur ce motif, l'université ayant alors retenu que le recourant avait été absent cent quatre-vingt cinq jours au 31 mars 2009.

Dans sa réponse au recours, l'université admet qu'entre le jour de son engagement et celui de la fin de la période probatoire, le recourant a présenté un nombre d'absences inférieur à cent quatre-vingt jours et que dans ces conditions il n'y avait pas lieu de prolonger la période probatoire de l'intéressé sur la base de l'art. 5A let. d RTrait.

Il s'ensuit qu'à cet égard, le grief soulevé par le recourant doit être admis.

7. Cela étant, dans sa réponse du 30 septembre 2009, l'université invoque un nouveau motif de prolongation de période probatoire, à savoir celui visé à l'art. 5A let. a RTrait aux termes duquel la période probatoire de deux ans peut être prolongée d'un an au maximum en cas de changement de fonction ainsi qu'en cas de transfert, lié ou non à un changement de fonction, intervenant durant la deuxième année probatoire.

L'université se réclame du changement d'affectation du recourant intervenu dès le 3 novembre 2008 au sein de REPRO-MAIL.

8. La prise en considération du nouveau moyen soulevé par l'université procède du respect du droit d'être entendu du recourant.

Le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) comprend notamment pour le justiciable le droit de s'exprimer sur les éléments

pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, d'obtenir l'administration des preuves pertinentes et valablement offertes, de participer à l'administration des preuves essentielles et de se déterminer sur son résultat lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 133 I 270 consid. 3.1).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le droit d'être entendu comprend en principe aussi le droit de répliquer (ATF 133 I 98).

Toujours selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, lorsque l'autorité n'a pas - ou pas suffisamment - motivé sa décision et n'a indiqué en détail les motifs de cette décision que dans sa réponse, l'autorité de recours viole le droit d'être entendu en refusant de transmettre au recourant cette réponse pour qu'il puisse répliquer. Plus généralement, l'autorité a l'obligation de communiquer au recourant les écritures de l'intimé quand celles-ci contiennent des éléments nouveaux et importants au sujet desquels le recourant n'a pas pu prendre position (Arrêt du Tribunal fédéral 5A_404/2009 du 5 novembre 2009 et les réf. citées).

Tel a été le cas en l'espèce. Le droit à la réplique a été respecté, le recourant s'est exprimé sur le nouveau moyen soulevé par l'université. Le tribunal de céans peut donc entrer en matière.

9. Selon l'art. 12 LPAC, l'affectation d'un membre du personnel dépend des besoins de l'administration ou de l'établissement et peut être modifiée en tout temps (al. 1). Un changement d'affectation ne peut entraîner une diminution de salaire (al. 2).

Il est établi que le transfert du recourant a été annoncé à ce dernier au début du mois d'octobre 2008 et qu'il est devenu effectif le 3 novembre 2008, soit au cours de la deuxième année probatoire de l'intéressé.

Dans son recours du 13 juillet 2009, le recourant faisait état d'un transfert alors que dans ses écritures ultérieures, il plaide qu'il n'y a eu ni changement de fonction ni transfert, mais un regroupement des activités liées aux photocopiés de toutes les facultés de l'université dans une même centrale à REPRO-MAIL. Une telle mesure ne fonderait pas la prolongation de la période probatoire.

Le regroupement des activités d'impression à REPRO-MAIL constitue assurément une mesure d'organisation, voire un acte de gestion courante interne propre à l'université. Une telle mesure n'est pas susceptible de recours hormis lorsqu'elle porte atteinte à des droits et obligations d'un fonctionnaire, au même titre qu'une sanction. Il n'y a pas lieu de s'écarter de cette jurisprudence du tribunal de céans, au demeurant non remise en cause par le Tribunal fédéral (Arrêt du Tribunal fédéral 8D_4/2009 du 3 mars 2010 ; ATA/475/2009 du 29 septembre 2009 et les réf. citées).

Il résulte des explications de l'autorité intimée que la restructuration des ateliers d'impression, si elle a entraîné la fermeture de l'atelier dans lequel travaillait le recourant, n'a en revanche pas eu pour conséquence une suppression de poste. Dans le cadre de cette réorganisation, l'université a proposé au recourant un poste de préparateur de travaux 2 rangé en classe 10 de l'échelle de traitement, poste qui correspondait mieux aux activités que celui-ci devait exercer au sein de REPRO-MAIL. En d'autres termes, la nouvelle fonction du recourant lui permettait une réévaluation de celle-ci. En outre, elle impliquait un changement de structure de hiérarchie. Dans ce contexte, c'est à juste titre que l'université a estimé que ce transfert constituait un motif de prolongation de la période probatoire au sens de l'art. 5A RTrait. Dit transfert étant antérieur à la décision de prolongation de la période probatoire, l'université était habilitée à le retenir comme un motif de prolongation de celle-ci. En ce sens, la décision de prolongation de période probatoire doit être confirmée par substitution de motifs.

10. Nonobstant le fait que le grief ayant pour objet le nombre de jours d'absence du recourant est admis, le recours ne peut être que rejeté. Un émolument de CHF 300.- sera mis à la charge du recourant qui succombe. Il ne sera pas alloué d'indemnité de procédure (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 13 juillet 2009 par Monsieur X_____ contre la décision du 9 juin 2009 de l'Université de Genève ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge du recourant un émolument de CHF 300.- ;

aucune indemnité de procédure ne sera allouée.

dit que, conformément aux art. 82 et 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, s'il porte sur les rapports de travail entre les parties et que la valeur litigieuse n'est pas inférieure à CHF 15'000.- ;

- par la voie du recours en matière de droit public, si la valeur litigieuse est inférieure à CHF 15'000.- et que la contestation porte sur une question juridique de principe ;

- par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, aux conditions posées par les art. 113 et suivants LTF, si la valeur litigieuse est inférieure à CHF 15'000.- ;

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 ;

communiqué le présent arrêt à Me Reynald Bruttin, avocat du recourant ainsi qu'à l'Université de Genève.

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

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. :

F. Glauser

le vice-président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :