

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/750/2010-FPUBL

ATA/386/2011

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 21 juin 2011

dans la cause

Madame D _____

représentée par Me Francine Payot Zen-Ruffinen, avocate

contre

HÔPITAUX UNIVERSITAIRES DE GENÈVE (HUG)

représentés par Me Pierre Martin-Achard, avocat

EN FAIT

1. Madame D_____, née le _____ 1957, a été engagée en qualité de psychologue 1 par le département de la sécurité, de la police et de l'environnement (alors dénommé le département de justice, police et sécurité) le 1^{er} septembre 1991.
2. Elle a été nommée à cette fonction par le Conseil d'Etat le 26 février 2003 à un taux d'activité de 50 % (classe 18 de l'échelle des traitements).
3. L'activité de Mme D_____ consistait en la prise en charge du suivi psychothérapeutique de détenus en semi-liberté, sous mandat ou en demande d'aide volontaire, dans les établissements de détention X_____, Y_____ et Z_____.
4. Dans le cadre d'une réorganisation du secteur pénitentiaire et, en particulier, de la psychiatrie pénitentiaire, le poste de Mme D_____ a été transféré aux Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après : HUG).
5. C'est ainsi que le 10 octobre 2007, celle-ci a reçu des HUG un courrier la priant de fournir l'ensemble des documents nécessaires « en vue de [son] transfert » dans son département de psychiatrie.
6. Le 4 décembre 2007, les HUG lui ont adressé un contrat confirmant son engagement en qualité de psychologue 1.

Ce document attestait d'aucun changement dans la situation de Mme D_____ (taux d'activité à 50 %, classe de traitement 18, durée de l'engagement indéterminée, etc.). Il y était précisé que pour le calcul de l'origine de ses droits, la première date d'entrée à l'Etat était déterminante, soit le 1^{er} septembre 1991.
7. Le 9 décembre 2007, Mme D_____ a déclaré « accepter pour le 1^{er} janvier 2008 le transfert de [son] poste aux HUG, secteur psychiatrie, dans le cadre de la restructuration actuelle », en précisant : « il est bien entendu que je conserve dans ce transfert tous mes droits et acquis ».
8. Suite à ce transfert, l'activité de Mme D_____ est demeurée la même. L'établissement « L_____ » ayant cependant ouvert ses portes à cette période, elle a dû procéder à des suivis psychologiques de détenus également dans cet établissement.

Par ailleurs, elle a été placée sous la surveillance hiérarchique d'un médecin-psychiatre, le Dr A_____ et intégrée au sein d'un service et d'une équipe du département de psychiatrie.

9. Par lettre du 4 février 2008, soit un mois après son transfert, Mme D_____ a sollicité auprès des HUG sa nomination anticipée en se référant à un entretien téléphonique qu'elle avait eu avec le service des ressources humaines de cet établissement.

10. Le 13 mars 2008, ce service a informé Mme D_____ que les directives relatives à la nomination anticipée en cas de transfert avaient changé plusieurs années auparavant et que le délai pour ces nominations était de deux ans selon le nouveau statut du personnel des HUG (ci-après : le statut).

11. Du 17 mars au 30 septembre 2008, Mme D_____ a remplacé une collègue en congé maternité dans l'établissement C_____ à 100 %.

Ce remplacement s'est déroulé à la pleine satisfaction des HUG.

12. Elle a repris son poste au département de psychiatrie le 1^{er} octobre 2008.

13. Cette reprise s'est mal passée.

Habitée jusque là à travailler majoritairement avec des détenus en demande d'aide volontaire dans des établissements de semi-liberté, Mme D_____ avait dû, avec l'ouverture de « B_____ », gérer des suivis psychothérapeutiques de personnes non demandeuses, détenues de surcroît en milieu fermé, dont elle supportait mal le niveau de violence. Elle souffrait d'un sentiment d'impuissance devant ces situations, souhaitait changer d'affectation et travailler avec un autre type de population.

Pour les HUG, ce point dénotait un manque de professionnalisme dans la gestion des détenus se trouvant en milieu fermé, qu'il lui appartenait de combler par des mesures de formation. Elle devait retrouver de la motivation et mieux communiquer avec l'équipe de psychiatrie dans laquelle elle se trouvait.

14. Ce malaise a duré plusieurs mois, ensuite desquels Mme D_____ a été déclarée en incapacité totale de travailler pour « burnout » par la Dresse Martine Stroot, médecin général FMH, à compter du 5 mai 2009.

15. Le 31 août 2009, le Dr Jean-Jacques Winkelmann, médecin-conseil des HUG, a examiné Mme D_____.

Le 3 septembre 2009, il a confirmé le bien-fondé de l'incapacité de travail et recommandé l'avis d'un psychiatre si l'arrêt de travail devait perdurer au-delà du 1^{er} novembre 2009, ce qui s'est produit.

16. Le 16 novembre 2009, soit près de deux ans après son transfert aux HUG, le supérieur hiérarchique de Mme D_____, le directeur du département, Mme P_____, responsable de ressources humaines du département de psychiatrie, et la direction des ressources humaines des HUG ont préavisé défavorablement la « nomination » de Mme D_____.

Ses prestations étaient insuffisantes et elle avait cumulé 243 jours d'absence pour cause de maladie sur deux ans.

17. Le même jour, la Dresse Stroot a adressé un courrier au Dr Claude Chollet, psychiatre, qui devait voir Mme D_____ en consultation le 24 novembre 2010, à la demande des HUG.

Plusieurs causes avaient contribué au « burnout » de sa patiente. Parmi elles, se trouvaient des difficultés professionnelles survenues depuis son transfert aux HUG. Malgré celles-ci Mme D_____ restait une personne fondamentalement « battante » et courageuse, qui souhaitait reprendre le travail, mais dans un cadre plus compatible avec son état qui ne lui permettait pas d'endurer le haut degré de violence auquel elle était parfois confrontée dans le cadre de son activité.

Elle souhaitait qu'une solution soit trouvée pour que Mme D_____ puisse continuer à mettre au service de la communauté médicale les connaissances et l'expérience spécifique qu'elle avait accumulées.

18. Mme D_____ a vu en consultation le Dr Chollet les 24 novembre et 1^{er} décembre 2009.

19. Le 7 décembre 2009, les HUG ont prolongé d'un an la « période probatoire » de l'intéressée.

20. Par courrier du 10 décembre 2009, le Dr Winkelmann a informé les HUG que le Dr Chollet estimait que l'état de santé de l'intéressée lui permettrait de reprendre ses fonctions à partir du 1^{er} janvier 2010, sans réserve ni limitation à son cahier des charges.

Aucune copie de ce courrier n'a été adressée à Mme D_____.

21. Le 28 décembre 2009, celle-ci a communiqué à M. A_____ un certificat de prolongation de son arrêt de travail établi le même jour par la Dresse Stroot.

22. Le 11 janvier 2010, Mme P_____ a adressé à Mme D_____ un courrier recommandé.

De retour de vacances, elle constatait que celle-ci n'avait pas repris son travail, comme prévu par le médecin-conseil des HUG le 4 janvier 2008.

Le certificat de prolongation de l'arrêt de travail prononcé par la Dresse Stroot contredisait l'avis du médecin-expert consulté.

Elle lui proposait une rencontre, « pour clarification », le 20 janvier 2010, en présence de M. A_____.

23. Le 18 janvier 2010, la Dresse Stroot a délivré une attestation médicale à Mme D_____.

Elle ne disconvenait pas que cette patiente était suffisamment rétablie pour reprendre une activité à 100%, mais pas dans l'activité qui avait contribué à son grave "burnout".

Aucun changement dans sa situation n'ayant été étudié par son employeur pour placer Mme D_____ dans une situation la protégeant du haut degré de violence auquel elle était soumise, elle renouvelait son incapacité totale de travailler.

24. La rencontre initialement agendée au 20 janvier 2010, s'est finalement déroulée le 25 janvier 2010, sans qu'aucun procès-verbal n'ait été tenu.

Il résulte des enquêtes auxquelles a procédé le Tribunal administratif, devenu depuis le 1^{er} janvier 2011 la chambre administrative de la section administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), que Mme D_____ a informé, à cette occasion, Mme P_____ et M. A_____, qu'elle n'avait reçu aucune communication l'invitant à reprendre le travail le 4 janvier 2010. Ceux-ci ont refusé de prendre connaissance et de joindre à la procédure l'attestation et le certificat médicaux établis par la Dresse Stroot et produits par l'intéressée, confirmant son incapacité totale de travailler. Ils ont allégué pour justifier ce refus, que l'avis du Dr Chollet, psychiatre spécialiste, serait considéré comme prédominant.

Mme P_____ a informé Mme D_____ qu'à défaut d'une reprise de travail le lendemain, il serait considéré qu'elle abandonnait son poste, ce à quoi l'intéressée a répondu qu'une telle reprise était impossible pour elle à cette échéance.

25. Par décision du même jour, le directeur des ressources humaines a prononcé le licenciement de Mme D_____ avec effet au 30 avril 2010 en application des art. 17, 20 et 21 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).

Il était résulté de cet entretien que Mme D_____ ne désirait pas revenir à son poste de travail et ce, sans motif valable.

26. Le 30 janvier 2010, les HUG ont délivré à Mme D_____ un certificat de travail.

Pendant son passage aux HUG, cette employée s'était révélée être une collaboratrice consciencieuse et ponctuelle, qui avait fait preuve d'une grande disponibilité envers ses collègues. Elle avait une excellente connaissance du réseau pénitentiaire genevois et suisse romand, faisait preuve d'une grande empathie envers ses patients et avait entretenu de très bonnes relations avec les adolescents détenus.

Elle avait quitté les HUG en accord avec l'établissement.

27. Par acte du 1^{er} mars 2010, Mme D_____ a recouru contre son licenciement auprès du Tribunal administratif en concluant préalablement à la restitution de l'effet suspensif et, principalement à l'annulation de son licenciement, à ce qu'il soit constaté que ses rapports de travail n'ont pas été interrompus, ainsi qu'à l'octroi d'une indemnité de procédure. Subsidiairement, elle sollicite sa réintégration et, plus subsidiairement encore, elle conclut à ce que les HUG soient condamnés à lui verser une indemnité équivalent à vingt-quatre mois de salaire brut avec intérêt à 5 % dès le 25 janvier 2010.

Son droit d'être entendue avait été gravement violé. En effet, l'entretien du 25 janvier avait pour but une « clarification » de sa situation d'incapacité de travail. Priée de s'expliquer à ce sujet, elle avait tenté de produire deux certificats attestant de son incapacité de travailler, que les deux personnes présentes avaient refusé de joindre à la procédure.

Son transfert aux HUG n'avait pas affecté son statut de fonctionnaire qui lui garantissait l'application de l'art. 21 al. 3 LPAC, dont les conditions n'avaient pas été respectées.

Il n'existait par ailleurs aucun motif fondé de licenciement. Son incapacité de travail de longue durée avait été attestée par des certificats médicaux. Elle ignorait, avant l'entretien du 25 janvier 2010, que le Dr Chollet, duquel elle n'avait reçu ni courrier ni rapport, la considérait apte à reprendre son activité le 4 janvier 2010. Jusqu'à son transfert au département de psychiatrie des HUG, elle avait toujours exécuté ses tâches à la pleine satisfaction de son employeur.

Si les HUG considéraient son incapacité de travail abusive, il leur appartenait de réduire, voire de supprimer son traitement et non pas de la licencier, conformément au principe de la proportionnalité et à l'art. 56 al. 4 du statut.

Les art. 5 al. 3 et 4 du règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des

établissements publics médicaux du 24 février 1999 (RPAC - B 5 05.01), ainsi que l'art. 56 al. 3 du statut n'avaient pas non plus été respectés.

Si sa réintégration ne pouvait être prononcée, il y avait lieu de lui octroyer l'indemnité maximum prévue par l'art. 31 al. 3 LPAC en raison de ses dix-neuf ans de service, de son âge et de la précarité de son état de santé.

28. Les HUG se sont déterminés sur la demande de restitution d'effet suspensif le 11 mars 2010 et ont conclu à son rejet.
29. Le 25 mars 2010, la présidente du Tribunal administratif a rejeté ladite requête.
30. Le 26 mars 2010, les HUG ont répondu au recours en concluant à son rejet.

Lors de son engagement aux HUG, Mme D_____ avait perdu son statut de fonctionnaire. Son transfert ne consistait pas en un changement d'affectation mais correspondait à un nouvel engagement par un autre employeur qui soumettait l'intéressée à une nouvelle période probatoire. Mme D_____ était parfaitement au courant de cette situation ainsi que le démontrait son courrier du 4 février 2008, par lequel elle avait demandé sa nomination anticipée. Deux évaluations étaient intervenues dans le cadre de cette période probatoire, l'une après trois, l'autre après neuf mois, que Mme D_____ avait contresignées. De même, la prolongation de sa période probatoire d'une année lui avait été signifiée.

Mme D_____ ne disposait ainsi que d'un statut d'employée au moment où elle avait été licenciée. Les normes relatives à ce statut étaient applicables en l'espèce.

Les HUG n'étaient pas tenus d'adresser un courrier de reprise de travail à la recourante, la D_____ ayant été informée des conclusions du Dr Chollet. Ce médecin traitant avait reçu en consultation Mme D_____ le 28 décembre 2009, ainsi qu'en attestait le certificat médical établi en faveur de celle-ci à cette date. L'intéressée ne pouvait ainsi valablement prétendre n'avoir pas connu la position du médecin conseil.

La Dresse Stroot avait elle-même considéré que la recourante disposait d'une pleine capacité de travail depuis le 1^{er} janvier 2010. Dans de telles conditions, la recourante ne disposait d'aucun motif valable pour refuser une reprise de travail. Enfin, aucun motif objectivement fondé n'était nécessaire pour justifier de licencier un employé en période probatoire (art. 21 al. 1 LPAC).

31. Les parties ont été entendues en audience de comparution personnelle le 3 septembre 2010.

a. Mme D_____ a déclaré être sans emploi. Elle était inscrite au chômage mais avait reçu une décision de refus de prestations en raison de son inaptitude pour placement. On l'avait assurée, s'agissant de son passage du département aux HUG que son transfert ne changerait rien à son statut. Ces indications lui avaient été fournies par Monsieur M_____, ex-directeur de l'ancien service des établissements de détention, actuellement à la retraite, pour lequel il s'agissait d'une simple réorganisation. Elle n'avait jamais donné de démission ni écrit de lettre dans ce sens. Elle ne se souvenait pas avoir reçu de décision du département mettant fin à ses rapports de service.

Suite à son transfert, elle avait conservé la même activité que précédemment. Il s'y ajouta le suivi des détenus de « B_____ » lorsque cet établissement avait ouvert ses portes. Son taux d'activité n'avait pas été augmenté en conséquence.

Elle avait été étonnée de devoir solliciter sa nomination anticipée après son engagement aux HUG. L'assistante de direction des ressources humaines lui avait assuré que ce n'était qu'une formalité. Elle avait ensuite été surprise du refus qui lui avait été opposé. Elle n'avait su que faire alors et pensait qu'avec le temps, cette nomination arriverait.

Fin 2009, elle avait été informée par son médecin traitant de la position du Dr Chollet. Son travail à « B_____ » lui pesait beaucoup car il s'agissait d'un milieu fermé.

Elle ne pouvait reprendre son activité dans les mêmes conditions que précédemment et c'est sur cette question qu'elle pensait s'entretenir avec son employeur le 25 janvier 2010.

b. Selon la déclaration du Dr A_____, Mme D_____ ayant été engagée à une nouvelle fonction, au sein d'une nouvelle équipe, il était normal qu'elle ait été soumise à une période probatoire. Les activités avaient été réparties de manière à ce que sa charge de travail demeure gérable malgré la prise en charge des détenus de « B_____ ».

Mme D_____ ne supportait plus son travail dans le milieu pénitentiaire. Elle souhaitait changer de secteur. Cela avait été évoqué lors de ses évaluations. L'entretien du 25 janvier 2010 avait pour fonction d'éclaircir cette situation.

32. Une audience de comparution personnelle et d'enquêtes s'est déroulée le 23 décembre 2010.

a. Mme P_____ a déclaré avoir procédé à l'engagement de Mme D_____ lors de son « transfert » de l'Etat de Genève aux HUG. Dans le cadre d'un tel transfert, la personne concernée conservait ses droits acquis, mais perdait son statut de fonctionnaire. Dans le cas d'un transfert interne au sein des HUG eux-

mêmes, l'intéressé gardait son statut de fonctionnaire. Dans les deux cas, il était procédé à de nouvelles évaluations. Cependant, lorsque la personne venait de l'extérieur, ses évaluations servaient à sa nomination.

Au moment du transfert de Mme D_____ aux HUG, la question de la nomination anticipée avait été évoquée. Celle-ci découlait d'une ancienne pratique aujourd'hui abandonnée et dont le changement n'avait fait l'objet d'aucune information aux collaborateurs concernés.

L'entretien du 25 janvier 2010 ne s'était pas déroulé dans le contexte d'un licenciement envisagé. Mme D_____ avait persisté dans la production de son arrêt de travail, après avoir été informée qu'elle se trouverait en situation d'abandon de poste si elle ne reprenait pas son activité. Elle n'était pas bien lors de cet entretien mais l'exigence d'une reprise d'activité fondée sur un certificat du médecin-conseil s'appliquant à tous les collaborateurs, il n'avait pas été possible d'y renoncer.

Les principes appliqués à la situation de Mme D_____ découlaient des directives relatives à la procédure de transfert par démission et réengagement éditée sur le Mémento des instructions de l'office du personnel de l'Etat de Genève (ci-après : MIOPE). La pratique y relative était identique à tout l'Etat de Genève.

Lors d'un transfert externe, la personne qui quittait son précédent poste devait démissionner. Toutefois, si une lettre de l'ancien employeur l'informait du traitement et des droits acquis de l'intéressé, la démission était considérée comme enregistrée. L'information de la démission de Mme D_____ était parvenue au service des ressources humaines à l'occasion d'un entretien téléphonique qu'elle avait eu avec le département.

Lors de l'entretien d'embauche du collaborateur transféré, elle attirait son attention sur le fait qu'il conservait ses droits acquis mais perdait son statut de fonctionnaire. Cette information n'était pas confirmée par écrit, ces entretiens se déroulant en général dans un climat de confiance réciproque.

Elle avait refusé les attestations médicales produites par Mme D_____ lors de l'entretien du 25 janvier en raison de la confidentialité de ces documents, d'une part, et du fait qu'elle n'aurait rien pu en faire à ce stade la procédure, d'autre part.

Elle confirmait avoir enjoint l'intéressée, lors de cet entretien, de venir travailler le 26 janvier, soit le lendemain.

b. Mme D_____ a exposé n'avoir pas été en état de répondre à une telle injonction, qui n'avait en outre aucun sens puisqu'elle travaillait sur rendez-vous. En outre, le 26 janvier était un mardi et elle ne travaillait jamais ce jour-là. Enfin,

M. A_____ avait répété plusieurs fois, lors de cet entretien, que cette reprise serait difficile et qu'elle n'était pas souhaitable.

c. Un délai au 31 janvier 2011 a été accordé à Mme D_____ pour déposer ses conclusions.

33. Le 10 janvier 2011, Mme D_____ a adressé aux HUG un certificat de reprise de travail, lui offrant ses services à compter du 17 janvier 2011.

34. Le 28 janvier 2011, les HUG ont déposé des conclusions après enquêtes et persisté dans leurs conclusions.

Par arrêté du 23 janvier 2008, le Conseil d'Etat avait pris acte de la démission de Mme D_____. Conformément aux directives des HUG, un nouvel engagement effectué à la suite d'une démission à l'Etat de Genève entraînait *ipso facto* la perte du statut de fonctionnaire.

La recourante avait su qu'elle perdrait son statut à cette occasion, sans quoi elle n'aurait pas demandé sa nomination anticipée.

Par conséquent, seules les normes régissant les employés en période probatoire étaient applicables au cas d'espèce.

La recourante ayant refusé catégoriquement de reprendre son activité, aucune mesure, moins incisive, n'aurait pu être prise.

35. Le 1^{er} février 2011, Mme D_____ a déposé ses conclusions, datées du 31 janvier 2011, et a campé sur ses positions. Son échange de courriers avec les HUG au mois de décembre 2007 attestait de ce qu'elle n'avait jamais imaginé perdre son statut de fonctionnaire dans le cadre de son transfert. Sa demande de nomination anticipée, intervenant un mois après son engagement et faisant référence à un entretien téléphonique du même jour avec les ressources humaines confirmait le caractère purement formel de cette démarche.

La Dresse Stroot avait considéré sa patiente comme étant en incapacité totale de travailler jusqu'au 17 janvier 2011.

Mme D_____ avait proposé ses services aux HUG à partir de cette date. Ceux-ci avaient refusé cette offre au vu du licenciement intervenu un an auparavant.

Son congé ayant été donné en violation grave du droit d'être entendu et des dispositions applicables aux fonctionnaires, il devait être considéré comme nul et non avenue. Si la chambre administrative entrait en matière sur le prononcé d'une indemnité, celle-ci devait être à la fois punitive à l'égard des HUG et réparatrice pour la recourante, qui s'était trouvée pendant de nombreux mois sans aucun

revenu en raison de son inaptitude au placement. Seule une indemnité maximale permettrait à Mme D_____ de retrouver une situation juridique correcte, de repousser le début de son délai cadre et d'envisager l'avenir avec plus de sérénité.

36. Le 3 février 2011, le juge délégué a accordé à la recourante un délai au 25 février 2011 pour formuler toute requête complémentaire. Après ce délai, la cause serait gardée à juger.
37. Le 7 février 2011, les HUG ont contesté l'octroi de ce nouveau délai et sollicité son annulation.
38. Par courrier du 8 février 2011, le juge délégué a informé les HUG que cette mesure satisfaisait les exigences du Tribunal fédéral qui accordait au recourant la possibilité de s'exprimer en dernier.
39. Par lettre du même jour, les HUG ont prié le juge délégué d'écarter de la procédure les écritures de Mme D_____ datées du 31 janvier 2011, mais déposées le lendemain, en violation du délai fixé par le juge délégué au 31 janvier 2011.
40. Le 10 février 2011, Mme D_____ a informé la chambre administrative qu'elle n'avait pas de requête complémentaire à formuler.
41. Ensuite de quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Depuis le 1^{er} janvier 2011, suite à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), l'ensemble des compétences jusqu'alors dévolues au Tribunal administratif a échu à la chambre administrative, qui devient autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative (art. 131 et 132 LOJ).

Les procédures pendantes devant le Tribunal administratif au 1^{er} janvier 2011 sont reprises par la chambre administrative (art. 143 al. 5 LOJ). Cette dernière est ainsi compétente pour statuer.

Mme D_____ a recouru par acte du 1^{er} mars 2010 à l'encontre de la décision des HUG du 25 janvier 2010, reçue le 29 janvier 2010. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente au moment du dépôt du recours, celui-ci est recevable (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - aLOJ - et art. 63 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10, dans leur teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010).

2. Il ne sera donné suite à la demande des HUG d'écarter de la procédure les écritures de Mme D_____ datées du 31 janvier 2011, mais déposées le lendemain, soit un jour après le délai accordé par le juge délégué, car il ne s'agit que d'un délai d'ordre et que le dépassement n'est que d'un jour.

3. Les HUG allèguent que Mme D_____ a abandonné son poste et que la décision attaquée est la conséquence de cette situation.

L'abandon d'emploi volontaire, comme la non entrée en service, est un cas de résiliation avec effet immédiat (U. STREIFF/A. VON KAENNEL, *Arbeitsvertrag : Praxiskommentar*, 6^{ème} éd., Genève, Bâle, Zurich 2006, ad art. 337d CO n° 2). Il présuppose un refus conscient, intentionnel et définitif du travailleur de commencer ou de poursuivre l'exécution des obligations découlant de son contrat de travail, de telle sorte que ce refus puisse être indubitablement interprété comme une résiliation (ATA/261/1997 du 22 avril 1997 consid. 4 et références citées).

Il appartient à l'employeur de prouver la volonté du travailleur d'abandonner définitivement son emploi, par exemple par une lettre de mise en demeure restée sans réponse. Si l'employeur a clairement mis en demeure, sans effet, le travailleur de réintégrer son poste, il revient alors à ce dernier de prouver qu'il n'a pas eu la volonté de mettre fin au contrat par son absence, cette dernière se justifiant par une maladie, une libération de la part de l'employeur ou le fait que le contrat avait déjà été résilié (M. Rehbinder, *Arbeitsvertrag : Berner Kommentar*, 2^{ème} éd., berne 1992, ad art. 377d CO n° 1).

Le cas d'espèce ne laisse aucune place à cette hypothèse. Mme D_____ n'a en effet jamais abandonné son poste au sens décrit ci-dessus. Elle a allégué ne pas être en mesure, pour des raisons de santé, de reprendre ses fonctions à la date demandée en produisant un certificat médical et une attestation confirmant cette incapacité, mais n'a jamais signifié, par ses dires ou par ses actes, un refus conscient, intentionnel et définitif de poursuivre son activité.

L'employé qui ne remet pas en question le maintien de ses relations de service, mais ne donne pas suite à l'injonction qui lui est faite de reprendre ses fonctions à une date donnée, n'abandonne pas son poste au sens exposé ci-dessus, mais commet une violation de ses devoirs de fonction s'il le fait de manière fautive.

Les conséquences de ce comportement s'examinent différemment selon que la personne concernée est ou non fonctionnaire.

4. Cette question doit ainsi être préalablement tranchée.

En tant que membre du personnel des HUG, la recourante est soumise au statut, dans sa teneur en vigueur au 25 janvier 2010 (art. 1^{er} al. 1^{er} let. e LPAC, 7

al. 2 let k de la loi sur les établissements publics médicaux du 19 septembre 1980 - LEPM - K 2 05), à la LPAC ; art. 1 al. 1^{er} let. e), au RPAC ; art. 1^{er}, ainsi qu'à 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 21 décembre 1973 (LTrait - B 5 15 ; art. 1^{er}).

La perte ou le maintien du statut de fonctionnaire en cas de transfert d'un service de l'Etat à un établissement public autonome soumis à la LPAC, tels que le sont les HUG (art.1^{er} let. a et 5 al. 1^{er} LEPM et 1^{er} al. 1^{er} let. e LPAC) n'est expressément réglé dans aucun des textes précités. L'art. 5 LPAC dispose qu'est un fonctionnaire le membre du personnel régulier ainsi nommé pour une durée indéterminée après avoir accompli comme employé une période probatoire.

Il découle des enquêtes et du MIOPE qu'en cas de transfert, le service des ressources humaines accueillant la personne transférée demande formellement sa démission de son ancien poste. Celle-ci fait l'objet d'un arrêté du Conseil d'Etat qui prend acte de la démission de l'intéressé et procède à une nouvelle nomination après l'accomplissement d'une période probatoire. Pendant plusieurs années, cette nouvelle nomination intervenait quelques mois après le transfert, soit de manière anticipée par rapport aux membres du personnel non transféré, en application de l'art. 49 du statut, qui prévoit que la nomination peut être proposée ou sollicitée avant l'échéance de la période probatoire usuelle de deux ans. Les intéressés étaient ainsi priés de déposer leur demande presque immédiatement après leur entrée en fonction. Cette pratique a ensuite changé aux HUG, sans qu'une information claire n'ait été donnée à ce sujet, ni aux responsables des ressources humaines, ni au personnel.

La compatibilité à la loi de la perte du statut de fonctionnaire consacrée par cette pratique et ses directives, est aussi douteuse que la loi est peu claire à ce sujet.

Cette question peut toutefois rester ouverte en l'espèce, pour les raisons suivantes.

Le principe de la bonne foi entre administration et administré, exprimé aujourd'hui aux art. 9 et 5 al. 3 Cst., exige que l'une et l'autre se comportent réciproquement de manière loyale. En particulier, l'administration doit s'abstenir de toute attitude propre à tromper l'administré et elle ne saurait tirer aucun avantage des conséquences d'une incorrection ou insuffisance de sa part (ATF 129 I 161 consid. 4 p. 170 ; 129 II 361 consid. 7.1 p. 381 ; Arrêt du Tribunal fédéral 9C.115/2007 du 22 janvier 2008 consid. 4.2). Valant pour l'ensemble de l'activité étatique, ce principe protège, en particulier, le citoyen dans la confiance légitime qu'il met dans les assurances reçues des autorités lorsqu'il a réglé sa conduite 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 données par les autorités confèrent des droits aux justiciables lorsque cinq conditions 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 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. 130 ss ; A. AUER/ G. MALINVERNI/ M. HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Berne 2006, Vol. 2, 2ème éd., p. 546 n. 1165 ss ; P. MOOR, Droit administratif, Berne 1994, Vol. 1, 2ème éd., p. 430 n. 5.3.2.1).

En l'espèce, Mme D_____ a été nommée fonctionnaire par arrêté du Conseil d'Etat du 26 février 2003. Elle a travaillé pendant douze ans à la pleine satisfaction de son employeur. Dans le cadre de la réorganisation du secteur pénitentiaire et, en particulier, de la psychiatrie pénitentiaire, elle a été informée, le 10 octobre 2007, de son « transfert » au département de psychiatrie des HUG. Celui-ci n'était qu'administratif, puisqu'il n'a entraîné aucun changement dans son activité. Certes, celle-ci s'est étendue aux détenus de « B_____ », mais uniquement en raison de l'ouverture concomitante de cet établissement, et non à cause dudit transfert.

Les HUG soutiennent avoir informé oralement Mme D_____ de ce que son transfert entraînait automatiquement la perte de son statut de fonctionnaire, au moment du changement. Cette affirmation - au demeurant contestée par Mme D_____ - n'est corroborée par aucun élément du dossier. Il était au contraire « bien entendu » pour cette fonctionnaire, qu'elle « [conservait] dans ce transfert tous ses droits acquis », ainsi qu'elle l'a expressément signalé dans son courrier du 9 décembre 2007 adressé à M. M_____.

Quant au contrat d'engagement de Mme D_____ du 4 décembre 2007, il reprend la même dénomination de fonction que celle figurant dans l'acte de nomination. Il n'atteste d'aucun changement dans la situation de la recourante (taux d'activité à 50 %, classe de traitement 18, durée de l'engagement indéterminée, etc.). Il y est même précisé que « pour le calcul de l'origine de [ses] droits, [...] la première date d'entrée à l'Etat est déterminante, soit le 1^{er} septembre 1991 ».

Enfin, le dépôt de sa « demande de nomination anticipée » un mois après son transfert et faisant référence à un entretien avec les HUG, confirmerait, si besoin était, le caractère purement formel de cette démarche. Il en va de même de l'arrêté du Conseil d'Etat prenant acte de la « démission » de Mme D_____, que celle-ci conteste avoir donnée et dont les HUG n'ont pu démontrer l'existence.

Dans de telles conditions et vu la gravité des conséquences qu'entraîne pour un fonctionnaire la perte de son statut, la bonne foi commande de considérer qu'en l'absence de toute information claire donnée par les HUG à l'intéressée, l'engagement a été pris qu'elle conserverait sa qualité de fonctionnaire dans le cadre de son transfert. Cet engagement est assimilable à une promesse.

Les autres conditions d'application du principe de la bonne foi sont réunies et, en particulier, celle exigeant que Mme D_____ ne pouvait se rendre compte de l'illégalité, cas échéant, de ladite promesse, en raison de l'absence de toute disposition légale claire à ce sujet dans le statut, la LPAC, la LTrait ou la LEPM.

5. Mme D_____ ayant conservé son statut de fonctionnaire, les dispositions topiques s'appliquent.

Celles-ci peuvent être de deux ordres lorsqu'un comportement est reproché au fonctionnaire, comme en l'espèce : soit l'intéressé fait l'objet d'une sanction disciplinaire en raison d'une violation fautive de ses devoirs de fonction et l'art. 16 LPAC est applicable, soit il est licencié pour motif fondé (art. 22 LPAC). Le licenciement pour motif fondé est indépendant de la faute du membre du personnel. En effet, la résiliation des rapports de travail fondée sur cette disposition est une mesure administrative qui ne vise pas à punir mais à adapter la composition de la fonction publique dans un service déterminé, aux exigences relatives au bon fonctionnement dudit service (ATA/79/2011 du 08 février 2011 et références citées).

Ces deux procédures doivent être distinguées. Lorsqu'elles sont menées parallèlement par l'employeur, elles doivent faire l'objet d'une instruction double et complète, portant sur la violation fautive et sur ses conséquences disciplinaires, d'une part, et sur le motif fondé, d'autre part. La préservation du droit d'être entendu au sens strict et le droit de participer à l'administration des preuves commandent en effet la différenciation de ces procédures.

D'une manière générale, le fonctionnaire doit pouvoir se déterminer autant sur les faits qui lui sont reprochés que sur la sanction ou les conséquences qu'il encourt. Il ne peut se défendre adéquatement s'il ne sait laquelle des deux procédures visées ci-dessus est engagée contre lui (invoquer son droit aux mesures de réinsertion professionnelles en cas de licenciement pour motif fondé, par exemple ; art. 21 al. 3 LPAC), ni participer de manière appropriée à l'administration des preuves (production de pièces, audition de témoins, etc).

De même, si un licenciement est prononcé au terme de l'instruction, le motif final et la base légale doivent être clairement déterminés, pour que la personne puisse se défendre dans la procédure de recours.

En l'espèce, aucune procédure de licenciement n'a été ouverte à l'encontre de Mme D_____. L'existence d'un motif fondé n'a jamais été instruit. La recourante n'a été ni entendue à ce sujet, ni invitée à participer à l'administration des preuves. Elle a été convoquée pour que la situation de son absence au travail soit « clarifiée », ce qu'elle a fait en expliquant qu'elle n'avait pas reçu le rapport du Dr Chollet. Certes, son médecin lui en avait donné partiellement la teneur, mais en en contestant aussitôt les conclusions par l'établissement d'un nouveau certificat médical d'incapacité de travail. Elle n'a ainsi reçu de la part de son employeur aucune injonction de se présenter à son poste à la date prévue, ni été avertie des conséquences auxquelles ce manquement l'exposait. Aucun procès-verbal de cet entretien n'a été tenu et Mme P_____ comme M. A_____ ont admis qu'à ce moment-là, son licenciement n'était pas envisagé.

La résiliation des rapports de service, intervenue le jour même de cet entretien sans qu'aucune procédure de licenciement n'ait été ouverte, viole très gravement le droit d'être entendu de la recourante.

6. La décision est si arbitraire que la question de sa nullité se pose.

En effet, les décisions de licenciement prises en violation grave du droit d'être entendu sont nulles, ce que le tribunal de céans doit constater d'office (Arrêt du Tribunal fédéral 1C.339/2007 du 30 octobre 2007 ; ATA/410/2009 du 25 août 2009 ; ATA/269/2008 du 27 mai 2008 ; ATA/544/2007 du 30 octobre 2007). Pour qu'un acte puisse être déclaré nul à raison d'une telle violation, le Tribunal fédéral requiert un vice grave et évident ainsi que l'absence d'atteinte à la sécurité juridique en cas de constatation de cette nullité (ATF 104 Ia 172).

Vu la gravité de la violation des droits de Mme D_____ et l'atteinte peu grave à la sécurité juridique en l'espèce, eu égard notamment au flou que l'employeur a entretenu sur le statut de sa collaboratrice, la nullité sera constatée.

7. La décision de licenciement du 25 janvier 2010 étant nulle, Mme D_____ fait toujours partie du personnel de l'administration cantonale (ATA/181/2009 déjà cité).
8. Au vu de ce qui précède, le recours sera admis. Un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge des HUG qui succombent (art. 87 LPA). Une indemnité de CHF 2'000.- sera allouée à la recourante, à charge de l'Etat de Genève.

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 1er mars 2010 par Madame D_____ contre la décision des Hôpitaux Universitaires de Genève du 25 janvier 2010 ;

au fond :

l'admet ;

constate la nullité du licenciement signifié à Madame D_____ le 25 janvier 2010 ;

dit que Mme D_____ fait toujours partie du personnel des Hôpitaux Universitaires de Genève ;

met à la charge des Hôpitaux Universitaires de Genève un émolument de CHF 1'000.- ;

alloue à Madame D_____ une indemnité de procédure de CHF 2'000.- à la charge des Hôpitaux Universitaires de Genève ;

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, 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 ss 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 ;

communiqua le présent arrêt à Me Francine Payot Zen-Ruffinen, avocate de la recourante ainsi qu'à Me Pierre Martin-Achard, avocat des Hôpitaux Universitaires de Genève .

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

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

D. Werffeli Bastianelli

la présidente siégeant :

L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :