

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1121/2010-FPUBL

ATA/525/2011

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 30 août 2011

dans la cause

Madame B_____

représentée par Me Jean-Bernard Waeber, avocat

contre

HOSPICE GÉNÉRAL

EN FAIT

1. Madame B_____ a été engagée dès le 1^{er} octobre 2007 par l'Hospice général (ci-après : l'hospice) en qualité d'employée remplissant la fonction de chargée de recherche en statistique et études sociales, rattachée à la direction générale. Un cahier des charges, susceptible de modifications ultérieures, définissait cette fonction. La classe de traitement prévue était la classe 18 de l'échelle des traitements de l'hospice et elle était engagée en annuité 10. Le taux d'activité était de 80 %, soit en moyenne 32h00 hebdomadaires.

Le contrat était soumis au statut du personnel de l'hospice en vigueur depuis le 1^{er} juin 2007 (ci-après : le statut), à 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) ainsi que, à titre supplétif, au titre X^{ème} de la loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations - CO - RS 220).

2. Un premier entretien d'appréciation et de fixation d'objectifs (ci-après : EAFO) a eu lieu à l'issue de la période d'essai de trois mois. Le compte rendu en est daté du 22 janvier 2008. Il en résultait que les objectifs de la période écoulée avaient été atteints pour l'un d'entre eux et « largement » atteints pour les deux autres. S'agissant de l'évaluation des compétences de l'intéressée, quatre étaient considérées comme « point fort » (sens du service public ; maîtrise des connaissances professionnelles ; analyse ; flexibilité et engagement), six étaient jugées « adéquats pour la fonction » (qualité des prestations ; planification et sens de l'organisation ; synthèse ; prise de décision ; collaboration ; écoute et communication) et une était « à améliorer » (gestion du stress). Le document faisait en outre état du bilan des formations ou autres actions en développement et fixait les objectifs et formations pour la période future. L'analyse de l'environnement de travail par Mme B_____ était positive. Le bilan global était qualifié de « très bon ».
3. Selon avenant du 19 février 2008 à son contrat d'engagement, le taux d'activité de Mme B_____ est passé à 90 % dès le 1^{er} mars 2008 pour une durée indéterminée.
4. Le 17 octobre 2008, le secrétaire général de l'hospice a sollicité de procéder au paiement de 100 à 120 heures supplémentaires sur un total à fin septembre 2008 de 164,5, effectuées par Mme B_____ durant l'année 2008, afin d'éviter un report risquant de perdurer en 2009.

5. Le 12 novembre 2008, l'hospice a informé Mme B_____ qu'il acceptait la demande susmentionnée et que 120 heures supplémentaires lui seraient payées avec son prochain salaire.
6. Par message électronique du 8 décembre 2008, Mme B_____ a interpellé la responsable des ressources humaines (ci-après : RH) de l'hospice au sujet du calcul des heures supplémentaires qui lui avaient été payées. Elle voulait savoir de quelle manière et sur quelle base légale (art. 321 c de la loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 ; Livre cinquième : Droit des obligations - CO - RS 220 ; art. 8 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 calcul de la rémunération avait été fait. Il y avait par ailleurs un malentendu concernant le nombre d'heures supplémentaires payées : elle n'avait pas demandé à ce que 120 heures soient prises en compte car idéalement, elle aurait préféré les récupérer en temps. A la base, elle avait convenu avec le secrétaire général que le paiement ne concernerait que 50 heures. Toutefois, elle comprenait qu'une compensation importante en temps soit difficile.
7. Lors d'un entretien le 26 janvier 2009 avec la responsable RH, Mme B_____ a été informée que les heures supplémentaires étaient rémunérées en application de l'art. 8 LPAC. Les 120 heures supplémentaires lui avaient été payées sans majoration car le service compétent avait cru que celles-ci étaient comprises dans le total, ce qui n'était pas le cas. La différence en faveur de Mme B_____ serait compensée en congé.
8. Le deuxième EAFO, après une année d'activité, a eu lieu le 3 février 2009. Il en résultait que les deux objectifs maintenus durant la période écoulée avaient été « largement » atteints, que quatre compétences constituaient un point fort (sens du service public ; qualité des prestations ; analyse ; flexibilité et engagement), cinq étaient en adéquation avec la fonction (maîtrise des connaissances professionnelles ; synthèse ; prise de décision ; collaboration ; écoute et communication) et deux étaient à améliorer (planification et sens de l'organisation ; gestion du stress).

S'agissant de son évolution professionnelle, Mme B_____ souhaitait être responsable des activités qu'elle menait. Elle appréciait particulièrement le travail en équipe, en réseau, et souhaitait poursuivre dans ce sens. Le bilan global durant la période était qualifié de bon.
9. Par courrier du 5 février 2009, mentionné mais non produit, l'hospice a adressé à Mme B_____ un avenant à son contrat d'engagement, ramenant son taux d'activité à 80 %, dès le 1^{er} mars 2009.

10. Le 2 mars 2009, Mme B_____ a informé son employeur qu'elle n'acceptait pas cette réduction de son taux d'activité. Elle avait eu l'occasion de faire part à plusieurs reprises à sa hiérarchie de son désir d'augmenter son temps de travail, non de le diminuer.
11. Ayant constaté que son traitement de mars 2009 avait été versé pour un taux d'activité de 80 % et non de 90 % comme cela résultait de son contrat de travail et du temps effectivement travaillé, elle demandait à ce que cette erreur soit rectifiée, en rappelant sa position relative à l'avenant du 5 février 2009.
12. Le 21 avril 2009, l'hospice a informé Mme B_____ que le délai de trois mois pour la fin d'un mois n'avait pas été respecté lors de l'établissement de l'avenant du 5 février 2009. Il proposait donc de maintenir le taux d'activité de l'intéressée à 90 % jusqu'au 31 mai 2009, date à laquelle elle reprendrait son taux initial d'activité de 80 %.
13. Le 23 avril 2009, l'hospice a envoyé à Mme B_____ un nouvel avenant à son contrat d'engagement, annulant et remplaçant celui du 5 février 2009, ramenant son taux d'activité à 80 % dès le 1^{er} juin 2009.
14. Le 5 mai 2009, Mme B_____ a réitéré son opposition à la diminution de son taux d'activité.
15. Le 25 mai 2009, un entretien ayant pour objet le contrat de travail, l'EAFO et les heures supplémentaires a eu lieu entre Mme B_____, sa cheffe de service, la présidente de la commission du personnel et le secrétaire général de l'hospice. Son contenu a fait l'objet d'un courrier adressé le 11 juin 2009 à Mme B_____. La réduction du taux d'activité était confirmée, l'augmentation à 90 % étant provisoire. En outre, la dotation du service ne permettait pas de maintenir ce dernier taux. Diverses remarques mentionnées dans l'EAFO lui avaient été réexpliquées et l'employeur avait pris note que l'intéressée s'était sentie frustrée par le manque de temps dévolu à la discussion. Enfin, il était rappelé que les heures supplémentaires devaient être validées par la hiérarchie.
16. Le 25 août 2009 a eu lieu le troisième EAFO, à l'issue de la deuxième année. Les objectifs de la période écoulée étaient atteints. S'agissant des compétences de Mme B_____, deux d'entre elles constituaient un point fort (maîtrise des connaissances professionnelles et analyse), quatre étaient adéquates pour sa fonction (sens du service public ; qualité des prestations ; synthèse ; prise de décision), trois étaient à améliorer (planification et sens de l'organisation ; flexibilité et engagement ; collaboration) et trois étaient insuffisantes (gestion du stress, écoute et communication ; compétences relationnelles). Le bilan global était qualifié de peu satisfaisant, avec le commentaire suivant : « l'excellente appréciation sur les compétences métier de Madame B_____ doit être pondérée par un "savoir être" à améliorer. Cet aspect motive la décision de report de

nomination avec proposition de suivre, pendant l'année supplémentaire une supervision personnalisée et consentie pour améliorer la relation de confiance entre employeur et employé. Madame B_____ est appréciée et, avec de meilleures compétences relationnelles, pourrait donner toute la mesure de ses capacités ».

17. Le 2 septembre 2009, après plusieurs entretiens non formalisés sur le contenu de l'EAFO au cours desquels un délai au 3 septembre 2009 a été imparti à l'intéressée pour communiquer ses commentaires et signer le document, Mme B_____ a demandé par courriel un délai pour pouvoir transmettre sa détermination.
18. Le 3 septembre 2009, sa supérieure hiérarchique lui a indiqué par message électronique qu'elle considérait l'EAFO comme clos et allait transmettre au service RH le document qui s'y référait, non signé par Mme B_____.
19. Le 3 septembre 2009, l'hospice a adressé à Mme B_____ un courrier relatif à l'EAFO du 25 août 2009. Il regrettait de constater qu'à ce jour, elle n'avait pas signé le document s'y rapportant. Cette position reflétait le fait qu'elle contestait le report de sa nomination, laquelle ne pouvait intervenir en raison d'un doute important subsistant dans son « savoir-être ». Depuis le 25 août, elle avait eu plusieurs entretiens complémentaires avec sa supérieure hiérarchique « qui souhaitait, dans un souci de dialogue et d'échange, non seulement poursuivre l'entretien pour répondre à [ses] questions et demandes d'éclaircissement, mais aussi, respecter les délais nécessaires pour [lui] permettre de rédiger les commentaires auxquels cet EAFO [lui] donnait droit ». Mme B_____ avait demandé un délai complémentaire pour ce faire mais il apparaissait « évident » que depuis le 25 août, elle avait disposé du temps nécessaire à la rédaction de ses commentaires. Le courrier énumérait ensuite divers reproches complémentaires qui seront détaillés ultérieurement en tant que de besoin, et confirmait *in fine* le report de nomination. Le document EAFO non signé par Mme B_____ lui était « retourné » et cette dernière était informée que, sans commentaires de sa part sous quinzaine, l'EAFO serait considéré comme validé.
20. Le 4 septembre 2009, Mme B_____ a adressé un nouveau message à sa supérieure hiérarchique. Renseignements pris, le délai de réponse à l'EAFO était de dix jours ouvrables. Elle considérait comme grave le fait de ne pas avoir pu transmettre son point de vue. Elle n'avait en outre jamais vu la version définitive du document relatant l'EAFO, remise au service RH.
21. Le 7 septembre 2009, Mme B_____ a transmis à son employeur le document de l'EAFO complété par ses commentaires, contestant les reproches qui lui étaient adressés, estimant que ces derniers se fondaient sur des interprétations ou des opinions et non sur des faits et formulant diverses critiques quant à l'organisation du service.

22. En date du 21 septembre 2009, Mme B_____ a adressé un courrier au secrétaire général de l'hospice, dans lequel elle s'étonnait du courrier du 3 septembre 2009 et de la version du document relatif à l'EAFO qui y était joint. Ce dernier ne comportait pas ses observations et commentaires. Elle s'étonnait du report de nomination
23. Le 25 septembre 2009, l'hospice a informé Mme B_____ que suite à sa dernière évaluation, lors de sa séance du 14 septembre 2009, la direction avait décidé de reporter sa nomination au 1^{er} octobre 2010. Sa période probatoire était prolongée d'une année.
24. Le 10 novembre 2009, l'hospice a répondu au courrier précité. Il n'était pas possible de revenir sur la décision de report de nomination.
25. Le même jour s'est tenue une séance réunissant Mme B_____, assistée d'un mandataire de son assurance de protection juridique, sa supérieure hiérarchique, la directrice des RH et le secrétaire général.
26. Le 17 novembre 2009, la supérieure hiérarchique de Mme B_____ a adressé à cette dernière un courriel au sujet de l'entretien susmentionné. Elle avait pris note « avec soulagement » que tous les points contractuels en suspens étaient résolus. Mme B_____ avait formellement entériné le taux d'activité de 80 % et accepté les décisions et objectifs fixés dans l'EAFO du 25 août précédent. Un rendez-vous était fixé avec un coach indépendant de son choix et des séances bimensuelles permettraient d'assurer le suivi des objectifs.
27. L'hospice est également revenu sur l'entretien susmentionné, dans un courrier du 23 novembre 2009, allant dans le même sens que le courriel de la supérieure hiérarchique de l'intéressée.
28. Le 24 novembre 2009, le médecin de l'intéressée a établi un certificat médical aux termes duquel cette dernière avait une capacité de travail nulle pour une durée indéterminée, pour cause de maladie.
29. Le 27 novembre 2009, la protection juridique de Mme B_____ a réagi au courriel du 17 novembre 2009. Mme B_____ contestait l'appréciation des faits y figurant. Elle n'avait pas accepté les décisions et les objectifs fixés dans l'EAFO du 25 août 2009.
30. Dans un courrier du 10 décembre 2009, l'hospice a pris acte de ce que Mme B_____ n'avait pas accepté les décisions et objectifs fixés dans l'EAFO du 25 août 2009. Elle remettait une nouvelle fois en cause les améliorations à apporter à son savoir-être. Cette attitude détériorait davantage le rapport de confiance indispensable à la poursuite d'une collaboration. En conséquence, il serait mis fin au contrat de travail avec l'intéressée et la résiliation serait formalisée ultérieurement, en raison de son absence pour cause de maladie. Elle

était d'ores et déjà dispensée de son obligation de travailler pendant le délai de résiliation.

31. Le 17 décembre 2009, Mme B_____, représentée par un nouveau conseil, a demandé à l'hospice d'annuler tant l'EAFO du 25 avril 2009 que la prolongation de la période probatoire du 14 septembre 2009 et de constater qu'elle devait être nommée. Ses droits n'avaient pas été respectés et cela indiquait que le secrétaire général avait probablement l'intention de se séparer d'elle avant même la tenue de l'EAFO litigieux.
32. Le même jour, après que son nouveau conseil ait eu connaissance du courrier de l'hospice du 10 décembre 2009, Mme B_____ a adressé un second pli à l'hospice. Elle était sous le choc de l'annonce du licenciement, intervenue alors qu'elle était en arrêt maladie. La volonté de concrétiser au plus vite celui-ci confirmait que l'intention de se séparer d'elle était antérieure à l'EAFO.
33. Par décision du 24 février 2010, l'hospice a mis fin, pour le 31 mai 2010, aux rapports de service le liant à Mme B_____. Elle était libérée de son obligation de travailler jusqu'à cette date. La décision était exécutoire nonobstant recours.
34. Le 29 mars 2010, Mme B_____ a recouru auprès du 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) contre la décision susmentionnée, concluant à son annulation et à ce que l'hospice soit invité à la réintégrer à un poste correspondant à ses capacités professionnelles et compétences. Subsidiairement, l'hospice devait être condamné à lui verser un montant de CHF 201'812.-.

Son droit d'être entendu avait été violé car elle n'avait pas bénéficié du délai de dix jours prévu pour transmettre ses observations suite à l'EAFO du 25 août 2009. De ce fait, la décision de prolongation de sa période probatoire n'était pas valable. Elle était entrée dans sa troisième année de service le 1^{er} octobre 2009 et la validité du licenciement devait s'apprécier au regard des dispositions applicables à la fin des rapports de service après la période probatoire. L'hospice aurait dû attendre le résultat de la mesure de coaching avant de la licencier. De même aurait-il dû accepter la proposition de médiation qu'elle avait faite. Ainsi, le licenciement était-il intervenu en violation de la loi. Au surplus, il était disproportionné et arbitraire. Si l'hospice refusait de la réintégrer, il devait lui octroyer une indemnité correspondant à vingt-quatre mois du dernier traitement brut qu'elle percevait.

35. Le 20 mai 2010, l'hospice a conclu au rejet du recours.

La prolongation de la période probatoire de Mme B_____ avait été décidée à la suite du troisième EAFO, ce dont elle avait été informée par courrier du 25 septembre 2009. Cette prolongation était valable. Mme B_____ avait eu l'occasion de s'exprimer tant oralement que par courriel et courrier au sujet de l'EAFO litigieux. C'était en connaissant sa détermination que l'hospice avait pris la décision de prolonger sa période probatoire. Quant au licenciement, il était intervenu dans la période probatoire prolongée, après l'échéance de la période de protection durant une absence pour cause de maladie. Cette décision était fondée sur le manque patent et récurrent de savoir-être de l'intéressée et sur les incidences de celui-ci sur le bon fonctionnement du service. Dès lors, tant la demande de réintégration que d'indemnisation devaient être rejetées.

Parmi les pièces jointes par l'hospice à sa détermination, figurent les certificats médicaux produits par Mme B_____, indiquant que cette dernière avait été en incapacité de travailler à 100% dès le 14 septembre 2009 jusqu'au 31 mai 2010.

36. Le 9 juillet 2010, Mme B_____ a répliqué, campant sur ses positions.
37. Le 27 août 2010, le juge délégué a tenu une audience de comparution personnelle des parties.
 - a. L'hospice a persisté dans sa décision de licenciement. Entre l'annonce faite à Mme B_____ de la prolongation de la période probatoire et l'arrêt maladie de l'intéressée, plusieurs échanges étaient intervenus et il était apparu que cette dernière changeait de position dès qu'un accord semblait avoir été trouvé. Cela avait conduit l'hospice à considérer que le lien de confiance était rompu. Il était exact que la supérieure hiérarchique avait transmis de manière anticipée l'EAFO au service RH. Toutefois, la décision de report de nomination avait été prise plus tard par l'autorité compétente, après que Mme B_____ ait eu l'occasion de s'exprimer. La formulation du courrier du 3 septembre 2009 était à cet égard maladroite, la décision étant intervenue le 14 septembre 2009. Si l'EAFO litigieux avait eu lieu fin août 2005, c'était en raison de demandes de report, notamment pour vacances. Le courrier du 25 septembre 2009 était une information au sujet de la décision de report de nomination. Il valait décision. L'hospice ne mentionnait pas les voie et délai de recours pour les décisions de prolongation de période probatoire. Quelle que soit l'issue du litige, il était hors de question de réintégrer Mme B_____.
 - b. Mme B_____ avait senti que l'ambiance de travail avait changé après le dernier EAFO. Sa supérieure hiérarchique avait tendance à lui reprocher de ne pas transmettre des informations qu'elle avait pourtant l'impression d'avoir communiquées. Mme B_____ avait proposé l'intervention d'un médiateur. C'était celui de sa protection juridique qui avait contacté le secrétaire général de l'hospice. Dans un premier temps, celui-ci avait paru ouvert à la proposition mais

il avait finalement changé d'avis. Les deux premiers EAFO s'étaient déroulés normalement.

Elle avait retrouvé depuis début août 2010 une activité professionnelle à 80 % dans le cadre d'un contrat de durée déterminée de deux ans, dans un autre canton. Elle était en période d'essai. Elle maintenait l'ensemble de ses conclusions.

38. Le 8 octobre 2010, Mme B_____ a produit ses observations après l'audience susmentionnée.

Le report du dernier EAFO ne résultait pas de demandes de sa part mais d'une mauvaise organisation de l'hospice. Lors de la séance y relative, elle avait reçu le document déjà rempli par sa supérieure hiérarchique, ce qu'elle estimait contraire aux règles en la matière. Le courrier du 3 septembre 2009 constituait bien une décision de report de nomination, son auteur ayant une compétence déléguée pour ce faire. Elle persistait pour le surplus dans son argumentation et ses conclusions.

39. Le 21 octobre 2010, l'hospice a également persisté dans ses conclusions.

40. Le 26 octobre 2010, les parties ont été avisées que la cause était gardée à juger.

41. Le 29 novembre 2010, le juge délégué a retourné à Mme B_____ une écriture spontanée.

42. Le 30 juin 2011, le juge délégué a demandé à Mme B_____ de lui indiquer, pour le 15 juillet 2011 au plus tard, si elle avait été confirmée dans l'emploi qu'elle avait trouvé dans un autre canton.

43. Le 8 juillet 2011, l'intéressée a répondu qu'elle avait été confirmée dans son emploi. Il s'agissait d'un contrat de durée déterminée échéant à fin juillet 2012, qui ne serait pas renouvelé pour des raisons budgétaires.

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 de la Cour de justice, 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.

2. Interjeté en temps utile devant la juridiction alors compétente, le recours 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 sa teneur au 31 décembre 2010).
3. a. Aux termes de l'art. 60 let. b LPA, ont qualité pour recourir, toutes les personnes qui sont touchées directement par une décision et ont un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée et modifiée.

b. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, un intérêt digne de protection suppose un intérêt actuel à obtenir l'annulation de la décision attaquée (ATF 135 I 79 consid. 1 p. 82 ; 131 II 361 consid. 1.2 p. 365 ; 128 II 34 consid. 1b p. 36 ; Arrêts du Tribunal fédéral 1C_133/2009 du 4 juin 2009 consid. 3 ; 1C_76/2009 du 30 avril 2009 consid. 2 ; 6B_34/2009 du 20 avril 2009 consid. 1.3 ; H. SEILER, Handkommentar zum Bundesgerichtsgesetz [BGG], Berne 2007, n. 33 ad art. 89 LTF p. 365 ; K. SPUHLER/ A. DOLGE/D. VOCK, Kurzkommentar zum Bundesgerichtsgesetz [BGG], Zurich/St-Gall 2006, n. 5 ad art. 89 LTF p. 167). L'existence d'un intérêt actuel s'apprécie non seulement au moment du dépôt du recours, mais aussi lors du prononcé de la décision sur recours ; s'il s'éteint pendant la procédure, le recours, devenu sans objet, doit être simplement radié du rôle (ATF 125 V 373 consid. 1 p. 374 ; 118 Ib 1 consid. 2 p. 7 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C_76/2009 du 30 avril 2009 consid. 2 ; ATA/195/2007 du 24 avril 2007 consid. 3 et 4 ; ATA/175/2007 du 17 avril 2007 consid. 2a ; ATA/915/2004 du 23 novembre 2004 consid. 2b) ou déclaré irrecevable (ATF 123 II 285 consid. 4 p. 286 et ss. ; 118 Ia 46 consid. 3c p. 53 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C_69/2007 du 11 juin 2007 consid. 2.3 ; ATA/192/2009 du 21 avril 2009 ; ATA/195/2007 du 24 avril 2007 ; ATA/640/2005 du 27 septembre 2005).

La condition de l'intérêt actuel fait défaut en particulier lorsque, par exemple, la décision ou la loi est révoquée ou annulée en cours d'instance (ATF 111 Ib 182 consid. 2 p. 185 ; 110 Ia 140 consid. 2 p. 141/142 ; 104 Ia 487 consid. 2 p. 488 ; ATA/124/2005 du 8 mars 2005 consid. 2), la décision attaquée a été exécutée et a sorti tous ses effets (ATF 125 I 394 consid. 4 p. 396-398 ; 120 Ia 165 consid. 1a p. 166 et les références citées ; ATA/328/2009 du 30 juin 2009 consid. 3 ; ATA/192/2009 du 21 avril 2009), le recourant a payé sans émettre aucune réserve la somme d'argent fixée par la décision litigieuse (ATF 106 Ia 151 ; 99 V 78) ou encore, en cas de recours concernant une décision personalissime, lorsque le décès du recourant survient pendant l'instance (ATF 113 Ia 351 consid. 1 p. 352 ; P. MOOR, Droit administratif, Vol. 2, 2^{ème} éd., Berne 2002, p. 642/643, n. 5.6.2.3).

c. La fonction du juge n'est d'ailleurs pas de « faire de la doctrine ». Les tribunaux ne se prononcent ainsi que sur des recours dont l'admission élimine véritablement un préjudice concret (P. MOOR, Droit administratif, tome II, Berne, 2002, p. 642).

4. Selon l'art. 2 al. 1 et 2 du statut, le personnel de l'hospice est soumis à la LPAC, ainsi qu'à ses directives d'application dans la mesure où le chapitre II de ce statut n'y déroge pas. L'alinéa 4 de cette disposition précise que la loi fédérale complétant le CO est applicable à titre supplétif lorsque le statut et les dispositions auxquels il renvoie sont lacunaires.

Le chapitre II du statut ne contient pas de dispositions concernant la fin des rapports de service.

5. Le personnel de la fonction publique se compose de fonctionnaires, d'employés, d'auxiliaires, d'agents spécialisés et de personnel en formation (art. 4 al. 1 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). Est un employé le membre du personnel régulier qui accomplit une période probatoire (art. 6 al. 1 LPAC). La nomination intervient au terme d'une période probatoire de 2 ans, sous réserve de prolongation de cette dernière (art. 47 al. 1 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).

6. Selon l'art. 31 al. 1 LPAC, tout membre du personnel dont les rapports de service ont été résiliés peut recourir à la chambre administrative pour violation de la loi. Si cette dernière retient que le licenciement est contraire au droit, elle peut proposer à l'employeur la réintégration (art. 31 al. 2 LPAC). En cas de décision négative de celui-ci, elle fixe une indemnité dont le montant ne peut être inférieur à un mois du dernier traitement brut, ni supérieur à six mois pour les employés, respectivement 24 mois pour les fonctionnaires (art. 31 al. 3 LPAC).

En l'espèce, la recourante a retrouvé un emploi à plein temps depuis le 1^{er} août 2010. Force est ainsi de constater qu'étant au service d'un autre employeur, elle n'est plus à disposition de l'autorité intimée. Peu importe à cet égard que ce soit sur la base d'un contrat de durée déterminée, son échéance n'intervenant que dans une année. En tout état, elle ne pourrait pas être réintégrée au sein du personnel de l'hospice, dans l'hypothèse où il serait fait droit à ses conclusions. Le recours n'a ainsi plus d'objet à cet égard.

7. Quant aux conclusions en paiement d'une indemnité, la juridiction de céans a jugé dans un arrêt récent (ATA/413/2011 du 28 juin 2011) qu'elles ne pouvaient être prises en considération que si la réintégration pouvait encore intervenir dès lors que la LPAC prévoit le versement d'une telle indemnité, non pas dans le but

de réparer un éventuel tort moral ou de sanctionner un licenciement abusif, mais uniquement dans celui de pallier le refus de l'employeur de réintégrer la personne qui aurait été licenciée à tort. Il s'agissait toutefois d'un cas dans lequel la personne licenciée avait immédiatement retrouvé un emploi. Il n'y avait eu pas eu d'interruption d'activité professionnelle. En l'espèce, la recourante est demeurée sans emploi entre le 1^{er} juin et le 31 juillet 2010. Durant cette période, elle était à disposition de son employeur et sa réintégration aurait pu être demandée en cas de succès de son recours. Le refus de l'employeur d'entrer en matière sur une réintégration ouvrant la voie à une prétention en indemnisation, il y a lieu d'admettre que le recours conserve un objet sur ce point.

8. La recourante conteste la validité de la prolongation de sa période probatoire.

La nomination en qualité de fonctionnaire intervient en règle générale au terme d'une période probatoire de deux ans, sous réserve de prolongation de cette dernière (art. 47 al. 1 RLPAC).

Conformément à l'art. 5 al. 1 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) les prestations du nouveau collaborateur font l'objet d'une analyse au terme de la période d'essai de trois mois et des 1^{ère} et 2^{ème} années probatoires. Les résultats de l'analyse sont portés à la connaissance du titulaire et discutés au cours d'un entretien avec son chef direct et le supérieur hiérarchique. La formule d'analyse des prestations doit être signée par tous les intéressés. Le titulaire a la possibilité de rédiger une note contestant tout ou partie de l'analyse. Cette note fait partie intégrante du dossier d'analyse. Si les résultats ne sont pas jugés satisfaisants, l'intéressé est avisé par écrit qu'une nouvelle analyse doit être faite dans un délai maximum de douze mois, au plus tard avant la fin de la période probatoire (art. 5 al. 4 let. c RTrait).

L'art. 5A RTrait prévoit que la période probatoire peut être prolongée exceptionnellement, d'un an au maximum, en cas de prestations insuffisantes (let. e).

En l'espèce, la recourante a été engagée le 1^{er} octobre 2007. La fin de sa période probatoire ordinaire intervenait donc le 30 septembre 2009. La prolongation de sa période probatoire a été discutée lors de l'entretien du 25 août 2009 et à l'occasion d'autres entretiens ultérieurs non formalisés. Mme B_____ a eu l'occasion de faire part de ses divergences de vue, en dernier lieu en renvoyant l'EAFO accompagnée de ses commentaires le 7 septembre 2009, soit une semaine avant la réunion de la direction au cours de laquelle sa situation a été examinée. Le 25 septembre 2009, l'hospice a avisé par écrit l'intéressée que sa période probatoire était prolongée de douze mois. Ainsi, si le comportement peu rigoureux

de la hiérarchie de la recourante est critiquable, force est toutefois de retenir que cette dernière a pu présenter et faire valoir ses arguments oralement et par écrit avant que la décision de reporter sa nomination ne soit prise, de sorte que son droit d'être entendu n'a pas été violé. La prolongation de sa période probatoire est ainsi valablement intervenue en temps utile.

9. A teneur de l'art. 21 al. 1 LPAC, les rapports de service d'un employé peuvent être résiliés moyennant son audition préalable. La décision n'a pas à contenir de motifs, ceux-ci n'ayant à être donnés qu'à la demande de la personne licenciée.

Les art. 336c et 336d de loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations (CO - RS 220) sont applicables par analogie en matière de résiliation en temps inopportun (art. 44A 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). Selon l'art. 336c CO, l'employeur ne peut pas résilier le contrat, notamment pendant une incapacité de travail totale ou partielle résultant d'une maladie, et ce, 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 années de service (al. 1 let b).

Pour le licenciement d'un employé, l'administration bénéficie d'un large pouvoir d'appréciation. De fait, la loi ne prévoit pas de conditions au licenciement d'un collaborateur de l'État se trouvant dans la période probatoire autre que celle rappelée ci-dessus. Le licenciement doit seulement se faire dans le respect des garanties et principes constitutionnels, tels le droit d'être entendu, l'égalité de traitement, l'interdiction de l'arbitraire et le principe de la proportionnalité (ATA/819/2010 du 23 novembre 2010 ; ATA/739/2010 du 2 novembre 2010).

En l'espèce, la résiliation des rapports de service est intervenue le 10 février 2010, soit plus de nonante jours après le début de l'incapacité de travail de la recourante. Elle respecte donc l'art. 44A RPAC.

En revanche, la recourante n'a pas été entendue avant que la décision de licenciement ne soit prise.

- 10 Le droit d'être entendu, garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. – [RS 101](#)) ainsi que par les lois de procédures applicables (art. 29 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 – PA – [RS 172.021](#) ; art. 41 LPA), comprend avant tout le droit pour les parties de faire valoir leur point de vue avant qu'une décision ne soit prise (art. 30 al. 1 LPA). L'intéressé doit notamment avoir la possibilité de s'exprimer avant qu'une décision ne soit prise touchant à sa situation juridique, de

prendre connaissance des pièces du dossier, de faire administrer des preuves sur des faits importants pour la décision envisagée, de participer à l'administration des preuves essentielles, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (Arrêt du Tribunal fédéral [2A_520/2002](#) du 17 juin 2003, cons. 2.2).

In casu, l'hospice a annoncé le 10 décembre 2010 à la recourante qu'il avait décidé de la licencier. Comme elle était à ce moment là encore en période de protection, il a encore précisé que la résiliation des rapports de services serait formalisée ultérieurement. La teneur et la formulation du courrier ne laissent aucun doute quant au fait que la décision de licenciement était prise, seule sa notification étant différée. La recourante n'a ainsi pas eu l'occasion de s'exprimer sur son licenciement avant que celui ne soit décidé, en violation de son droit d'être entendue.

11. Une décision entreprise pour violation du droit d'être entendu n'est pas nulle, mais annulable (Arrêt du Tribunal fédéral [2P_207/2001](#) du 12 novembre 2001 consid. 5a et les arrêts cités ; [ATA/452/2008](#) du 2 septembre 2008 consid. 2b).

La réparation d'un vice de procédure en instance de recours et, notamment, du droit d'être entendu, est possible lorsque l'autorité dispose du même pouvoir d'examen que l'autorité inférieure ([ATA/452/2008](#) du 2 septembre 2008 consid. 2b ; [ATA/430/2008](#) du 27 août 2008 consid. 2 ; P. MOOR, Droit administratif, Les actes administratifs et leur contrôle, vol. 2, 2ème éd., Berne 2002, ch. 2.2.7.4 p. 283). En outre, la possibilité de recourir doit être propre à effacer les conséquences de cette violation. Autrement dit, la partie lésée doit avoir le loisir de faire valoir ses arguments en cours de procédure contentieuse aussi efficacement qu'elle aurait dû pouvoir le faire avant le prononcé de la décision litigieuse ([ATA/452/2008](#) précité).

Tel n'est pas le cas en l'espèce, la chambre de céans ne pouvant revoir l'opportunité d'une décision de licenciement et substituer, dans ce cadre, sa propre appréciation à celle de l'autorité intimée.

Il s'ensuit que la chambre administrative retiendra que le licenciement de la recourante est contraire au droit.

12. Si la chambre administrative retient que la résiliation des rapports de service est contraire au droit, elle peut proposer à l'autorité compétente la réintégration (art. 31 al. 2 LPAC). En cas de décision négative de l'autorité compétente, elle fixe une indemnité dont le montant ne peut être inférieur à un mois et supérieur à vingt-quatre mois du dernier traitement brut à l'exclusion de tout autre élément de rémunération concernant un employé, l'indemnité ne peut être supérieure à six mois (art. 31 al. 3 LPAC).

Dans le cas particulier, l'hospice ayant fait part de son opposition à toute réintégration, il y a lieu de fixer l'indemnité. Vu la nature de celle-ci, elle ne saurait être supérieure à deux mois de traitement, correspondant à la période durant laquelle la recourante était sans emploi et en mesure d'être réintégrée.

Compte tenu de l'ensemble des circonstances, l'indemnité sera fixée à deux mois du dernier traitement brut, à l'exclusion de tout autre élément de rémunération, perçu par la recourante.

13 Au vu de ce qui précède, le recours sera admis dans la mesure de sa recevabilité.

Un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de l'hospice. Une indemnité de procédure de CHF 1'500.- sera allouées à la recourante, à la charge de l'hospice.

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

admet dans la mesure où il est recevable le recours interjeté le 29 mars 2010 par Madame B_____ contre la décision de l'Hospice général du 24 février 2010 ;

dit que la résiliation des rapports de service de Madame B_____ est contraire au droit ;

constate que l'Hospice général est opposé à la réintégration de Madame B_____ ;

fixe l'indemnité pour refus de réintégration à deux mois du dernier traitement brut de Madame B_____, à l'exclusion de toute autre rémunération ;

condamne en tant que de besoin l'Hospice général à payer à Madame B_____ dite indemnité ;

met un émolument de CHF 1'000.- à la charge de l'Hospice général ;

alloue à Madame B_____ une indemnité de procédure de CHF 1'500.-, à la charge de l'Hospice général ;

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 ;

communique le présent arrêt à Me Jean-Bernard Waeber, avocat de la recourante, ainsi qu'à l'Hospice général.

Siégeants : Mme Hurni, présidente, M. Thélin, Mme Junod et M. Dumartheray, juges,
M. Torello, juge suppléant.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière de juridiction :

M. Tonossi

la présidente siégeant :

E. Hurni

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :