

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1222/2019-FPUBL

ATA/560/2020

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 9 juin 2020

dans la cause

Monsieur A_____

représenté par Me Robert Assaël, avocat

contre

**DÉPARTEMENT DE L'INSTRUCTION PUBLIQUE, DE LA FORMATION ET
DE LA JEUNESSE**

EN FAIT

1. a. Le 1^{er} décembre 2011, la direction générale de l'office médico-pédagogique (ci-après : OMP), rattachée au département de l'instruction publique, de la culture et du sport, devenu depuis lors le département de l'instruction publique, de la formation et de la jeunesse (ci-après : DIP), a engagé, sous statut d'auxiliaire, Monsieur A_____ en qualité de médecin interne à 100 % à compter du jour même pour une durée indéterminée mais au maximum jusqu'au 30 septembre 2012.
 - b. Les 21 septembre 2012 et 7 octobre 2013, le DIP a réengagé M. A_____, sous statut d'auxiliaire, du 1^{er} octobre 2012 au 30 septembre 2013 puis du 1^{er} octobre 2013 au 31 octobre 2014, en qualité de chef de clinique sans spécialisation reconnue par la Fédération des médecins suisses (*Foederatio medicorum helveticorum*, ci-après : FMH).
 - c. Le 29 août 2014, la direction générale de l'OMP a confirmé à M. A_____ son engagement sous statut d'agent spécialisé en qualité de chef de clinique, sans FMH, jusqu'au 31 août 2017, prenant note qu'il s'engageait à poursuivre sa formation FMH afin d'acquérir dans les meilleurs délais le titre de spécialiste en psychiatrie et psychothérapie de l'enfant et de l'adolescent. Le contrat initialement conclu jusqu'au 31 octobre 2014 était modifié d'un commun accord.
 - d. Le 9 août 2017, la direction générale de l'OMP a engagé M. A_____ sous statut d'auxiliaire en qualité de chef de clinique, sans FMH, à compter du 1^{er} septembre 2017 pour une durée indéterminée mais au maximum jusqu'au 31 octobre 2018. Il restait affecté à la consultation de B_____.
2. Durant l'année scolaire 2016-2017, M. A_____ exerçait son activité pour l'OMP notamment comme responsable thérapeutique au centre médico-pédagogique de C_____ (ci-après : CMP C_____).
 3. Le 31 mai 2018, M. A_____ a fait l'objet d'un entretien d'évaluation et de développement du cadre (ci-après : EEDC), en période post-probatoire. Son supérieur hiérarchique direct, médecin directeur général de l'OMP, Monsieur D_____, concluait que l'intéressé était un cadre de qualité. Après de nombreuses années au service de l'OMP dans un poste à responsabilité, ce dernier réduisait son taux d'activité à 50 % pour être en mesure de développer également une pratique privée. Dans ce contexte, il continuerait à accompagner la nouvelle cheffe d'équipe. M. D_____ lui en était extrêmement reconnaissant et se réjouissait de cette collaboration au cours des années à venir. L'EEDC ne mentionnait pas la formation FMH.

4. Le 19 juin 2018, M. D_____ a rempli un formulaire de demande de prolongation de contrat concernant M. A_____, du 1^{er} octobre 2018 au 31 octobre 2019, avec modification de taux d'activité à 50 %.
5. Le 29 août 2018, M. A_____ a fait l'objet d'un entretien s'inscrivant dans une démarche interne de clarification de faits en lien concernant des actes de contrainte sexuelle au sein d'un groupe de quatre élèves du CMP C_____ durant l'année scolaire 2016-2017, commis au préjudice de deux d'entre eux (ci-après : les deux élèves). Le père d'un des deux élèves avait dénoncé le 8 juin 2018 les actes commis à l'égard de son fils. Cet entretien a fait l'objet d'un compte rendu que l'intéressé a signé le 20 septembre 2018.
6. Le 20 septembre 2018, la direction générale de l'OMP a pris note de la diminution temporaire de taux de travail de 100 % à 50 % du 1^{er} au 31 octobre 2018 demandée par M. A_____ et approuvée par sa hiérarchie.
7. Les 25 et 26 septembre 2018, M. A_____ a demandé le passage d'un taux d'activité de 100 % à un taux de 75 % dès le 1^{er} octobre 2018 et M. D_____ a rempli un formulaire de demande de modification du taux d'activité en ce sens, dès le 1^{er} octobre 2018.
8. Le 15 octobre 2018, la secrétaire générale du DIP a mené un « entretien par voie écrite – art. 24 LPAC » (soit 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). La situation, relative aux éléments ayant fait l'objet de l'entretien de clarification interne, était « susceptible de conduire à la fin des rapports de service avec l'OMP, dans le délai légal de congé, conformément à l'art. 24 al. 2 LPAC (en référence avec les indications contenues dans l'EED[C] du 31 mai 2018 relatives à la poursuite des rapports de service) ». Un délai était imparti à M. A_____ pour faire valoir ses observations.
9. Le 31 octobre 2018, la secrétaire générale du DIP a informé M. A_____ de la prolongation de son engagement en qualité de chef de clinique, sans FMH, à 75 % du 1^{er} novembre 2018 au 28 février 2019, sous réserve d'une prolongation, compte tenu de la procédure en cours le concernant et des engagements pris par M. D_____ lors de son EEDC. En l'état, l'engagement de l'intéressé était prolongé jusqu'à l'aboutissement de ladite procédure.
10. Le 16 novembre 2018, M. A_____ a contesté la légalité de l'entretien de clarification, indiqué qu'il avait toujours travaillé conformément aux règles de l'art et à ses obligations légales et affirmé qu'il n'y aurait pas de motif de fin des rapports de service.
11. Les 8 janvier et 14 février 2019, M. A_____ a demandé à la secrétaire générale du DIP de lui confirmer que la prolongation du contrat allait jusqu'au

31 octobre 2019, conformément à la demande de M. D_____ du 19 juin 2018, sous réserve d'une nouvelle prolongation.

12. Par courrier du 21 février 2019, intitulé « échéance des rapports de service – art. 24 LPAC » et notifié le 25 février 2019, la conseillère d'État en charge du DIP a indiqué à M. A_____ qu'il serait fait droit à sa demande tendant à la poursuite des rapports de service, sous contrat d'auxiliaire, pour une durée maximale au 31 octobre 2019 et l'a informé que les rapports de service ne seraient en aucun cas prolongés au-delà du 31 octobre 2019.

L'intéressé avait violé son devoir de respect de l'intérêt de l'État, ses devoirs, par son attitude, d'entretenir des relations dignes et correctes avec ses collègues pour faciliter la collaboration, d'établir des contacts empreints de compréhension et de tact avec les parents et de justifier et renforcer la considération et la confiance dont la fonction publique devait être l'objet, ainsi que son devoir de remplir tous les devoirs de sa fonction consciencieusement et avec diligence en assurant la protection des enfants et élèves confiés au DIP et l'information complète aux parents sur tous les faits concernant leur enfant. Il s'agissait de graves violations de ses devoirs de service. Néanmoins, au regard des principes de la bonne foi et de la proportionnalité, le DIP devait tenir compte des engagements pris par le directeur général de l'OMP à l'époque des faits concernant le renouvellement de son contrat jusqu'au 31 octobre 2019, du bilan positif de son EEDC du 31 mai 2018 ainsi que de l'absence d'antécédents disciplinaires. Était également pris en compte son engagement pour la poursuite de sa formation FMH.

Vu la suite positive donnée à la demande de prolongation de son contrat et le fait qu'une lettre confirmant la fin des rapports de service au terme d'un contrat de durée déterminée ne constituait pas une décision, le courrier n'était pas sujet à recours.

13. Par acte du 25 mars 2019, M. A_____ a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre ce courrier, concluant à son annulation, au constat qu'il n'avait violé aucun devoir de service et à l'allocation d'une équitable indemnité pour les frais inhérents au recours. Préalablement, il a sollicité la production de l'intégralité du dossier relatif aux griefs à son encontre – dont la dénonciation du 8 juin 2018 avec le complément du 20 août 2018, toutes pièces produites par le père dénonciateur ainsi que les procès-verbaux d'audition de toutes les personnes qui étaient intervenues, de près ou de loin, pour les deux élèves avec les pièces produites et les dossiers de ceux-ci –, le constat de la nullité de l'entretien de clarification du 29 août 2018 ainsi que le retrait de ce dernier de son dossier et de la procédure.

Il avait demandé la prolongation de son contrat jusqu'au 31 octobre 2019, mais sous réserve d'une nouvelle prolongation. Il n'avait en aucun cas voulu que

les rapports de service s'arrêtent définitivement à cette date. Il avait travaillé sous statut d'auxiliaire et d'agent spécialisé, et pas moins de cinq contrats s'étaient succédés, suivis de plusieurs prolongations, pour le même travail. Le courrier litigieux consacrait des longs développements à la démonstration qu'il avait gravement violé ses devoirs de service et annulait son droit d'être entendu. Il s'agissait d'une décision. En prolongeant le contrat jusqu'au 31 octobre 2019 sans voie de recours, le DIP l'empêchait de contester la violation de ses devoirs de service – alors qu'il y aurait eu une voie de recours si le DIP avait procédé à une résiliation avec effet immédiat – et avait violé le principe de la bonne foi. En avortant la procédure en se fondant essentiellement sur un document par essence succinct – le tableau « suites et traitements » –, le DIP avait supprimé la condition qui justifiait la prolongation du contrat selon son courrier du 31 mai 2018, ce qui contrevenait à l'interdiction de l'arbitraire. Le courrier attaqué constituait en réalité une sanction déguisée.

Dans une situation difficile, il était intervenu, avec d'autres personnes, avec compétence, réflexion et diligence dans le strict respect de son serment et de ses obligations légales et réglementaires.

14. Le 26 avril 2019, le DIP a conclu à l'irrecevabilité du recours pour cause de tardiveté, position que M. A_____ a contestée le 15 août 2019.
15. a. Par réponse du 1^{er} novembre 2019, le DIP a conclu à l'irrecevabilité du recours, subsidiairement à son rejet.

L'engagement de l'intéressé, comme médecin en formation FMH, ne s'était jamais inscrit dans le cadre de rapports de service de durée indéterminée. Aucune promesse en ce sens n'avait été faite par l'OMP. Au contraire, le souhait de M. A_____ de s'installer en cabinet privé et de diminuer son taux d'activité auprès de l'OMP était signe que son évolution professionnelle avait commencé à s'orienter vers une activité en dehors du DIP. Il ne pouvait être reproché aucun abus de droit à l'autorité. Par ailleurs, M. A_____ avait simplement conclu à l'annulation du courrier et au constat qu'il n'avait pas violé ses devoirs de service, mais non au constat qu'il serait titulaire d'un droit à la prolongation des rapports de service. Il n'avait pas fait l'objet d'une sanction administrative, il avait été fait droit à sa demande de prolongation des rapports de service et toute désapprobation exprimée par l'autorité d'engagement n'ouvrait pas systématiquement le droit à un contrôle judiciaire. Il s'agissait uniquement de s'assurer qu'il accomplirait sa mission en toute connaissance des attentes de l'autorité d'engagement durant le temps restant avec l'échéance du contrat. Il n'avait toujours pas obtenu le titre FMH.

Le courrier du 21 février 2019 était bien fondé.

b. À l'appui de sa réponse, il a notamment produit le cahier des charges signé par l'intéressé le 10 septembre 2014, prévoyant notamment que ce dernier devait faire progresser sa formation selon les exigences FMH relatives au titre de spécialiste en psychiatrie de l'enfant et l'adolescent, un document sur les formations postgraduées en psychiatrie et psychothérapie de l'enfant et de l'adolescent en emploi pour l'OMP ainsi qu'un courriel du 18 octobre 2019 de M. D_____ indiquant que M. A_____ n'avait pas obtenu son titre de spécialiste en psychiatrie et psychothérapie de l'enfant et de l'adolescent, mais qu'il possédait, depuis le 20 mai 2010, un titre de spécialiste en psychiatrie adulte.

16. En l'absence de requêtes ou observations complémentaires dans le délai imparti à cet effet par le juge délégué, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est de ces points de vue recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2. Sauf exceptions prévues par la loi ou lorsque le droit fédéral ou une loi cantonale prévoit une autre voie de recours (art. 132 al. 8 LOJ), la chambre administrative statue sur les recours formés contre les décisions des autorités et juridictions administratives au sens des art. 4, 4A, 5, 6 al. 1 let. d et 57 LPA (art. 132 al. 2 LOJ).
3. a. Sont considérées comme des décisions les mesures individuelles et concrètes prises par l'autorité dans les cas d'espèce fondées sur le droit public fédéral, cantonal ou communal et ayant pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations (let. a), de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits, d'obligations ou de faits (let. b), de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou obligations (let. c ; art. 4 al. 1 LPA).

Pour qu'un acte administratif puisse être qualifié de décision, il doit revêtir un caractère obligatoire pour les administrés en créant ou constatant un rapport juridique concret de manière contraignante. Ce n'est pas la forme de l'acte qui est déterminante, mais son contenu et ses effets (ATA/1264/2019 du 21 août 2019 consid. 2b).

En droit genevois, la notion de décision est calquée sur le droit fédéral (art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 – PA - RS 172.021), ce qui est également valable pour les cas limites, ou plus exactement pour les actes dont l'adoption n'ouvre pas de voie de recours. Ainsi,

de manière générale, les communications, opinions, recommandations et renseignements ne déploient aucun effet juridique et ne sont pas assimilables à des décisions, de même que les avertissements ou certaines mises en demeure (arrêts du Tribunal fédéral 1C_593/2016 du 11 septembre 2017 consid. 2.2 ; 1C_113/2015 du 18 septembre 2015 consid. 2.2 ; ATA/1199/2019 du 30 juillet 2019 consid. 4b ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2^{ème} éd., 2018, n. 783 ss ; Ulrich HÄFELIN/Georg MÜLLER/Felix UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7^{ème} éd., 2016, p. 195 n. 874 ss ; Pierre MOOR/Etienne POLTIER, Droit administratif, vol. 2, 3^{ème} éd., 2011, pp. 179 ss n. 2.1.2.1 ss et 245 n. 2.2.3.3).

Une décision tend à modifier une situation juridique préexistante. Il ne suffit pas que l'acte visé ait des effets juridiques, encore faut-il que celui-ci vise des effets juridiques. Sa caractéristique en tant qu'acte juridique unilatéral tend à modifier la situation juridique de l'administrée ou administré par la volonté de l'autorité, mais sur la base et conformément à la loi (ATA/784/2018 du 24 juillet 2018 consid. 2d ; Jacques DUBEY/Jean-Baptiste ZUFFEREY, Droit administratif général, 2014, p. 320 n. 876).

Les décisions doivent être désignées comme telles, motivées et signées, et indiquer les voies et délais de recours (art. 46 al. 1 LPA). Elles sont notifiées aux parties, le cas échéant à leur domicile élu auprès de leur mandataire, par écrit (art. 46 al. 2 1^{ère} phr. LPA).

b. À teneur de l'art. 24 al. 1 LPAC, qui se trouve dans la section 3 – autres membres du personnel – du chapitre II – fin des rapports de service –, lorsqu'un contrat est conclu pour une durée déterminée, les rapports de service prennent fin à l'échéance dudit contrat. Selon l'art. 24 al. 2 LPAC, lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chacune des parties peut mettre fin aux rapports de service en respectant le délai de congé. La personne concernée est entendue par l'autorité compétente ; elle peut demander que le motif de la résiliation lui soit communiqué.

Il n'existe pas de droit au renouvellement du contrat de durée déterminée (ATA/398/2012 du 26 juin 2012 consid. 6 ; ATA/840/2003 du 18 novembre 2003 consid. 3a). L'échéance d'un contrat de durée déterminée ne constitue pas un licenciement ou une sanction disciplinaire ; c'est un simple fait objectif qui n'est pas susceptible de recours (ATA/569/2010 du 31 août 2010 consid. 1a). Le courrier par lequel l'employeuse ou employeur rappelle l'échéance du contrat n'est donc pas une décision car il ne crée, ne modifie ou n'annule pas de droits ou d'obligations (ATA/768/2014 du 30 septembre 2014 consid. 2b ; ATA/142/2006 du 14 mars 2006 consid. 3).

4. a. Selon une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte légal n'est pas

absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, la juridiction recherchera la véritable portée de la norme en la dégagant de sa relation avec d'autres dispositions légales, de son contexte (interprétation systématique), du but poursuivi, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ainsi que de la volonté du législateur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique ; ATF 145 I 108 consid. 4.4.2 ; 143 I 109 consid. 6 ; ATA/273/2019 du 19 mars 2019 consid. 3). Le Tribunal fédéral ne privilégie aucune méthode d'interprétation, mais s'inspire d'un pluralisme pragmatique pour rechercher le sens véritable de la norme. Il ne se fonde sur la compréhension littérale du texte que s'il en découle sans ambiguïté une solution matériellement juste (ATF 144 V 313 consid. 6.1 ; ATA/1026/2019 du 18 juin 2019 consid. 5a). Enfin, si plusieurs interprétations sont admissibles, il faut choisir celle qui est conforme à la Constitution (ATF 144 III 58 consid. 4.1.3.1).

Il y a lacune proprement dite lorsque la loi reste, même après interprétation, muette sur un point qu'il est nécessaire de trancher pour pouvoir l'appliquer, autrement dit lorsque le législateur s'est abstenu de régler un point qu'il aurait dû régler. Il y a lacune improprement dite lorsque la loi apporte une solution qui peut être considérée comme objectivement insoutenable ou lorsque la réponse qu'apporte la loi est insatisfaisante (ATA/317/2020 du 31 mars 2020 consid. 2d ; Thierry TANQUEREL, *op. cit.*, n. 440). En règle générale, les lacunes improprement dites ne peuvent, en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, être comblées par les juges. Les lacunes proprement dites doivent en revanche l'être sous peine de commettre un déni de justice. Cette conception revient à assimiler la lacune improprement dite au silence qualifié, c'est-à-dire à la volonté du législateur de ne pas réglementer une situation ou de ne pas inscrire une solution déterminée dans la loi. Il est certain que lorsqu'il apparaît que c'est à dessein que la loi ne réglemente pas une situation donnée, ce silence qualifié doit être respecté. Il n'y a alors pas de place pour un quelconque comblement de lacune (ATA/317/2020 précité consid. 2d ; Thierry TANQUEREL, *op. cit.*, n. 441). La lacune proprement dite sera comblée non seulement par les juges, qui feront acte de législateur en s'inspirant des buts et valeurs qui sous-tendent la législation en cause, mais aussi par l'administration, chargée d'appliquer la loi en premier lieu. On peut certes imaginer que la lacune soit comblée par voie d'ordonnance législative (Thierry TANQUEREL, *op. cit.*, n. 442). S'agissant ensuite de la distinction entre lacune proprement dite et lacune improprement dite, la jurisprudence tend à assimiler à la première l'inconséquence manifeste de la loi, à savoir le cas où l'on arrive à la conclusion que si le législateur avait vu le problème, il aurait prévu une législation topique. Il apparaît ainsi que la jurisprudence admet des compléments de lacunes dans des cas où il aurait quand même été possible d'appliquer la loi sans cela, certes au prix d'un résultat insatisfaisant (ATF 123 II 225 ; Thierry TANQUEREL, *op. cit.*, n. 444).

D'après la jurisprudence, afin d'assurer l'application uniforme de certaines dispositions légales, l'administration peut expliciter l'interprétation qu'elle leur donne dans des directives. Celles-ci n'ont pas force de loi et ne lient ni les administrés, ni les tribunaux, ni même l'administration. Elles ne dispensent pas cette dernière de se prononcer à la lumière des circonstances du cas d'espèce (ATF 145 II 2 consid. 4.3). Par ailleurs, elles ne peuvent sortir du cadre fixé par la norme supérieure qu'elles sont censées concrétiser. En d'autres termes, à défaut de lacune, elles ne peuvent prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence (ATF 141 II 338 consid. 6.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_522/2012 du 28 décembre 2012 consid. 2.3 ; ATA/829/2019 du 25 avril 2019 consid. 6a).

b. Existent au sein de l'administration cantonale des fonctions permanentes et des fonctions non permanentes (art. 3 al. 1 LPAC). Sont permanentes les fonctions exercées par le personnel régulier, fonctionnaires ou employées et employés, pour assurer l'accomplissement des tâches dévolues de façon durable à l'administration ou aux établissements (art. 3 al. 2 LPAC). Sont non permanentes les fonctions exercées par les auxiliaires et les agentes et agents spécialisés pour permettre l'accomplissement de tâches dévolues occasionnellement à l'administration ou aux établissements, ou le remplacement temporaire du titulaire d'une fonction permanente (art. 3 al. 3 LPAC).

Le personnel de la fonction publique se compose de fonctionnaires, d'employées et employés, d'auxiliaires, d'agentes et agents spécialisés et de personnel en formation (art. 4 al. 1 LPAC). Est une ou un fonctionnaire le membre du personnel régulier ainsi nommé pour une durée indéterminée après avoir accompli comme employée ou employé une période probatoire (art. 5 LPAC). Est une employée ou un employé le membre du personnel régulier qui accomplit une période probatoire (art. 6 al. 1 LPAC). Est une ou un auxiliaire le membre du personnel engagé en cette qualité pour une durée déterminée ou indéterminée aux fins d'assurer des travaux temporaires (art. 7 al. 1 LPAC). La relation de service ne peut excéder une durée maximale de trois ans. Cette limite ne s'applique pas à l'auxiliaire accomplissant des tâches intermittentes et de très courte durée (art. 7 al. 2 LPAC). La durée d'engagement est prise en compte comme période probatoire en cas d'accès au statut d'employée ou employé (art. 7 al. 3 LPAC). Est une agente ou un agent spécialisé le membre du personnel engagé en cette qualité, en raison de ses connaissances particulières et de son expérience, pour accomplir une mission déterminée de durée limitée (art. 8 LPAC). L'agente ou agent spécialisé peut être engagé pour une durée de quatre ans au maximum (art. 84 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). L'engagement est renouvelable, la durée totale ne pouvant toutefois excéder huit ans (art. 84 al. 2 RPAC).

Dans l'ancienne loi générale relative au personnel de l'administration publique cantonale et des établissements publics médicaux du 15 octobre 1987 (aLPAC) ne figurait aucune limitation de la durée des rapports de service avec une ou un auxiliaire, qui ne pouvait alors être engagé que pour une durée déterminée (art. 8 aLPAC). Lors de l'adoption de la nouvelle LPAC, il y a eu une volonté de préciser le statut des auxiliaires et des agentes et agents spécialisés, pour répondre aux besoins de l'administration et pour contenir dans des bornes raisonnables la précarité de leur emploi (MGC 1996 43/VI 6357 et 6410). La règle de l'engagement d'auxiliaires pour une durée déterminée manquait de souplesse (MGC 1996 43/VI 6357). Par ailleurs, dans la pratique, des personnes avaient été engagées comme auxiliaires pendant une période beaucoup plus longue que celle qui avait été déterminée, voire pour des tâches permanentes et illimitées (MGC 1997 55/IX 9648 ; 1996 43/VI 6410). En conséquence, pour remédier à ces éléments, il avait été proposé d'engager les auxiliaires pour une durée déterminée ou indéterminée, mais n'excédant pas quatre ans (MGC 1996 43/VI 6357). Finalement, après des discussions avec les organisations syndicales, la limite maximale avait été ramenée à trois ans (MGC 1997 55/IX 9672). Le statut d'auxiliaire vise des travaux temporaires, soit une tâche qui devrait être terminée à un moment donné (MGC 1997 55/IX 9649).

Selon les travaux préparatoires, l'agente ou agent spécialisé est engagé pour ses connaissances particulières, pour accomplir une mission de durée déterminée. C'est la mission qui détermine la durée et non le droit (MGC 1997 55/IX 9658).

À teneur de la fiche 01.05.01 du memento des instructions de l'office du personnel de l'État (ci-après : MIOPE et OPE), la limite maximale de trente-six mois ne s'applique pas à certaines catégories d'auxiliaires, parmi lesquelles les médecins en formation FMH. Par ailleurs, un nouveau contrat d'auxiliaire ou son renouvellement s'inscrit dans le cadre restrictif du remplacement des absences de longue durée, du rattachement à un projet ou de gestion d'une surcharge de travail, et ne saurait être utilisé ni pour des motifs d'essai dans une fonction permanente, ni en attente d'une régularisation dans un poste permanent, ni en attente de la régularisation du domicile, dans les cas où ce dernier est imposé à Genève.

Lorsque l'autorité d'engagement maintient artificiellement une employée ou un employé dans un statut d'auxiliaire par des contrats successifs ininterrompus pour éluder les garanties offertes par la loi aux titulaires d'un emploi fixe, elle commet un abus de droit et la personne concernée doit être considérée comme un membre du personnel régulier (ATA/768/2014 du précité consid. 2c). Il en a été jugé ainsi d'une personne ayant été engagée en qualité d'auxiliaire par contrats successifs, avec une brève interruption de deux mois, durant quatre ans, l'autorité ayant sciemment eu recours à ce procédé pour bénéficier de ses compétences

pendant une période supérieure à trois ans, tout en la maintenant dans le statut précaire d'auxiliaire (ATA/574/2007 du 13 novembre 2007 consid. 6).

5. En l'occurrence, la lettre de la LPAC donne à penser qu'il n'existe aucune place pour une exception à la limite maximale de durée des rapports de service avec une ou un auxiliaire de trois ans.

Néanmoins, il ressort des travaux préparatoires que cette limite a été prévue afin de limiter la précarité de l'emploi – l'ancien droit permettant d'instaurer, par un enchaînement de contrats, des rapports de service s'inscrivant dans la durée sous statut d'auxiliaire, les auxiliaires n'acquérant ainsi jamais la stabilité de l'emploi liée au statut de fonctionnaire malgré la durée prolongée des rapports de service –, sans que la question de la nécessité d'éventuelles exceptions en dehors du cadre des tâches intermittentes et de très courte durée n'ait été abordée. Ainsi, le législateur n'a pas envisagé les cas dans lesquels la limite de trois se heurterait à des nécessités pratiques.

Or, la formation FMH en pédopsychiatrie nécessite quatre ans de pratique de psychiatrie et psychothérapie d'enfants et d'adolescents, lesquels peuvent être effectués au sein de l'OMP. Les médecins embauchés dans ce cadre sont spécifiquement engagés dans le but de la poursuite de leur formation, d'une durée de quatre ans, de sorte qu'il ne sont par essence pas destinés à occuper une fonction permanente, le statut d'employée ou employé puis de fonctionnaire étant dans ce cadre par nature inadéquat, quand bien même une stabilisation n'est pas exclue une fois le titre obtenu, selon les circonstances. Le statut d'agente ou agent spécialisé n'est pas non plus indiqué, puisqu'il s'agit précisément de permettre à la ou au médecin d'acquérir des connaissances spécifiques et de l'expérience, et non de permettre à l'autorité employeuse de bénéficier de telles connaissances ou expérience, but du statut d'agente ou agent spécialisé. Vu le caractère temporaire des rapports de service, pendant la durée de la formation, seul le statut d'auxiliaire apparaît en définitive indiqué, sans qu'il s'agisse de tâches intermittentes et de très courte durée et sans que la limite de trois ans ne puisse pourtant être appliquée, vu la durée supérieure de la formation.

Par conséquent, en prévoyant une exception à la durée limite de trois ans dans le MIOPE, l'OPE a comblé par voie de directive une lacune de la LPAC, conformément aux nécessités pratiques, de sorte que l'exception prévue pour les médecins en formation FMH apparaît conforme au droit, en tout cas en ce qu'elle concerne les médecins en formation FMH en pédopsychiatre au sein de l'OMP.

6. Toutefois, dans le cas d'espèce, lorsque le recourant est arrivé à l'OMP, le 1^{er} décembre 2011, il bénéficiait déjà d'un titre FMH, non en psychiatrie du développement de l'enfant et de l'adolescent, mais en psychiatrie adulte. Par ailleurs, les premiers contrats d'auxiliaire – du 1^{er} décembre 2011 au 30 septembre 2012, du 1^{er} octobre 2012 au 30 septembre 2013 et du

1^{er} octobre 2013 au 31 octobre 2014 – ne mentionnaient aucunement qu'il s'agissait d'un poste de formation, l'intitulé de la fonction indiquant uniquement que le recourant était engagé en tant que médecin interne, puis chef de clinique, dans les deux cas sans FMH. Ce n'est qu'une fois la limite de trois ans presque atteinte, en août 2013 qu'est apparue pour la première fois l'engagement du recourant dans le cadre de la formation FMH, cette fois sous statut d'agent spécialisé – en dépit du fait qu'il n'était pas engagé en raison de ses connaissances particulières ou ses compétences – et ceci pour une durée de trois ans, du 1^{er} septembre 2014 au 31 août 2017, alors qu'il avait déjà travaillé trois ans à l'OMP et que la durée du cursus à effectuer au sein de l'OMP est de quatre ans. À l'issue de ce contrat, après près de six ans d'activité dans des fonctions non permanentes – soit deux ans de plus que nécessaire pour la formation FMH –, l'autorité intimée a réengagé le recourant à compter du 1^{er} septembre 2017 jusqu'au 31 octobre 2018 sous statut d'auxiliaire en tant que chef de clinique, sans FMH, à nouveau sans mention de la formation FMH dans le contrat d'engagement. Durant ce dernier contrat, le recourant a fait l'objet, le 31 mai 2018, d'un EEDC, dans lequel aucune mention de la formation FMH ne figure, pas même dans les objectifs à atteindre, et qui suggère fortement des rapports de service s'inscrivant dans la durée, l'entretien étant effectué en période post-probatoire et le supérieur hiérarchique direct du recourant se réjouissant de la collaboration au cours « des années à venir ».

Ces éléments ne permettent pas de confirmer que les rapports de service avec le recourant s'inscrivaient dans le cadre de la formation FMH et que la durée déterminée des contrats successifs, renouvelés sur près de huit ans, du 1^{er} décembre 2011 au 31 octobre 2019, était due à ladite formation, ceci d'autant plus que ce dernier n'avait toujours pas obtenu, à leur issue, le titre de pédopsychiatre.

À cela s'ajoute le fait qu'il ressort du dossier que l'autorité elle-même considérait que les rapports de service avec le recourant étaient de durée indéterminée, puisque, dans l'entretien mené par voie écrite le 15 octobre 2018, elle a indiqué que la situation était « susceptible de conduire à la fin des rapports de service, dans le respect du délai légal de congé, conformément à l'art. 24 al. 2 LPAC » et qu'elle a pris la peine de motiver son courrier de prolongation des rapports de service jusqu'au 31 octobre 2019, sans nouvelle prolongation possible, comme s'il s'agissait d'une décision mettant fin aux rapports de service.

En définitive et au vu de l'ensemble des circonstances, il doit être retenu que le cas du recourant ne rentre pas dans l'exception à la durée maximale de trois ans pour les médecin en formation FMH prévue par le MIOPE et que l'autorité l'a engagé en le maintenant artificiellement dans une fonction non permanente par l'enchaînement de contrats successifs de durée déterminée pendant une durée de

près de huit ans, ayant ce faisant commis un abus de droit, de sorte que le recourant doit être considéré comme un membre du personnel régulier.

Le courrier litigieux, qui prolonge l'engagement du recourant jusqu'au 31 octobre 2019, sans nouvelle prolongation possible, met ainsi en réalité fin aux rapports de service avec un membre du personnel régulier et constitue par conséquent une décision. Le recours sera par conséquent déclaré recevable.

7. Dans son acte de recours, le recourant a sollicité la production de l'intégralité du dossier relatif aux griefs à son encontre, dont la dénonciation du 8 juin 2018 et le complément du 20 août 2018, toutes pièces produites par le père dénonciateur ainsi que les procès-verbaux d'audition de toutes les personnes étant intervenues, de près ou de loin, pour les deux élèves avec les pièces produites et les dossiers de ceux-ci.

a. Le droit d'être entendu, garanti par les art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) et 41 LPA, comprend notamment le droit pour la personne concernée de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision et de participer à l'administration des preuves (ATF 132 II 485 consid. 3.2 ; 129 II 497 consid. 2.2). Ce droit n'empêche cependant pas la juridiction saisie de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, si elle acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 ; 136 I 229 consid. 5.2).

b. En l'espèce et au regard des considérants qui suivent, les pièces dont le recourant demande la production ne sont pas nécessaires pour trancher le litige et la chambre administrative dispose d'un dossier complet lui permettant de statuer en toute connaissance de cause.

Il ne sera par conséquent pas donné suite aux requêtes du recourant.

8. a. Selon l'art. 21 LPAC, pendant le temps d'essai et la période probatoire, chacune des parties peut mettre fin aux rapports de service ; le membre du personnel n'ayant pas qualité de fonctionnaire est entendu par l'autorité compétente ; il peut demander que le motif de résiliation lui soit communiqué (al. 1). L'autorité compétente peut résilier les rapports de service de la ou du fonctionnaire pour un motif fondé. Elle motive sa décision. Elle est tenue, préalablement à la résiliation, de proposer des mesures de développement et de réinsertion professionnels et de rechercher si un autre poste au sein de l'administration cantonale correspond aux capacités de la personne concernée (al. 3). Il y a motif fondé lorsque la continuation des rapports de service n'est plus compatible avec le bon fonctionnement de l'administration, soit notamment en raison de l'insuffisance des prestations (let. a), l'inaptitude à remplir les exigences

du poste (let. b) ou la disparition durable d'un motif d'engagement (let. c ; art. 22 LPAC).

Le motif fondé, au sens de l'art. 22 LPAC, n'implique pas l'obligation pour l'employeuse ou employeur de démontrer que la poursuite des rapports de service est rendue difficile, mais qu'elle n'est plus compatible avec le bon fonctionnement de l'administration (ATA/1679/2019 du 19 novembre 2019 consid. 3b). L'intérêt public au bon fonctionnement de l'administration cantonale, déterminant en la matière, sert de base à la notion de motif fondé, lequel est un élément objectif indépendant de la faute du membre du personnel. La résiliation pour motif fondé, qui est une mesure administrative, ne vise pas à punir mais à adapter la composition de la fonction publique aux exigences relatives au bon fonctionnement de celle-ci (ATA/213/2020 du 25 février 2020 consid. 4b).

Lorsque le licenciement intervient après la fin de la période probatoire, mais en l'absence de décision tant de prolongation de celle-ci que de nomination, la personne concernée doit être considéré comme n'étant plus employée en période probatoire. L'autorité doit ainsi se laisser opposer les règles applicables aux fonctionnaires en matière de fin des rapports de service, sans que l'intéressée ou intéressé n'acquière pour autant formellement le statut de fonctionnaire (ATA/252/2018 du 20 mars 2018 consid. 4d).

b. Selon l'art. 16 al. 1 LPAC, les fonctionnaires et les employés qui enfreignent leurs devoirs de service, soit intentionnellement soit par négligence, peuvent faire l'objet, selon la gravité de la violation, des sanctions suivantes :

a) prononcé par la supérieures ou le supérieur hiérarchique, en accord avec sa hiérarchie :

1° le blâme;

b) prononcées, au sein de l'administration cantonale, par la cheffe ou le chef du département ou la chancelière ou le chancelier d'État, d'entente avec l'OPE :

2° la suspension d'augmentation du traitement pendant une durée déterminée,

3° la réduction de traitement à l'intérieur de la classe;

c) prononcées, à l'encontre d'une ou d'un fonctionnaire, au sein de l'administration cantonale, par le Conseil d'État :

4° le retour au statut d'employée ou employé en période probatoire pour une durée maximale de trois ans,

5° la révocation.

Le Conseil d'État peut en tout temps ordonner l'ouverture d'une enquête administrative qu'il confie à une personne qui a les compétences requises. Il doit le faire dans les hypothèses visées à l'art. 16 al. 1 let. c LPAC (art. 27 al. 2 LPAC). La personne concernée est informée de l'enquête dès son ouverture et peut se faire assister d'un conseil de son choix (art. 27 al. 3 LPAC). L'enquête doit, en principe, être menée à terme dans un délai de trente jours dès la première audition. En règle générale, il n'est procédé qu'à une seule audience au cours de laquelle les parties, ainsi que d'éventuels témoins, sont entendus. Les parties doivent communiquer d'emblée à l'enquêtrice ou enquêteur tous les moyens de preuve dont elles requièrent l'administration (art. 27 al. 4 LPAC). Une fois l'enquête achevée, la personne concernée peut s'exprimer par écrit dans les trente jours qui suivent la communication du rapport (art. 27 al. 5 LPAC). Le Conseil d'État statue à bref délai (art. 27 al. 6 LPAC). La responsabilité disciplinaire des membres du personnel se prescrit par un an après la découverte de la violation des devoirs de service et en tout cas par cinq ans après la dernière violation. La prescription est suspendue, le cas échéant, pendant la durée de l'enquête administrative (art. 27 al. 7 LPAC).

Les sanctions disciplinaires sont régies par les principes généraux du droit pénal, de sorte qu'elles ne sauraient être prononcées en l'absence de faute de la ou du fonctionnaire. Alors qu'en droit pénal, les éléments constitutifs de la faute doivent être expressément indiqués dans la loi, en droit disciplinaire, les agissements pouvant constituer une faute sont d'une telle diversité qu'il est impossible que la législation en donne un état exhaustif. La notion de faute est admise de manière très large en droit disciplinaire et celle-ci peut être commise consciemment, par négligence ou par inconscience, la négligence n'ayant pas à être prévue dans une disposition expresse pour entraîner la punissabilité de l'autrice ou auteur. La faute disciplinaire peut même être commise par méconnaissance d'une règle. Cette méconnaissance doit cependant être fautive (ATA/244/2020 du 3 mars 2020 consid. 10b).

L'autorité qui inflige une sanction disciplinaire, qui dispose à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation, doit respecter le principe de la proportionnalité. Le choix de la nature et de la quotité de la sanction doit être approprié au genre et à la gravité de la violation des devoirs professionnels et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer les buts d'intérêt public recherchés. À cet égard, l'autorité doit tenir compte en premier lieu d'éléments objectifs, à savoir des conséquences que la faute a entraînées pour le bon fonctionnement de la profession en cause et de facteurs subjectifs, tels que la gravité de la faute, ainsi que les mobiles et les antécédents de l'intéressée ou intéressé (ATA/244/2020 précité consid. 10b).

c. En l'espèce, l'autorité intimée a prononcé la décision litigieuse en retenant que le recourant était un auxiliaire et n'appartenait pas au personnel régulier. Dans

une telle configuration, la voie d'une sanction disciplinaire n'était pas ouverte, puisque l'art. 16 LPAC la limite aux membres du personnel régulier, tandis qu'une résiliation des rapports de service n'entraîne pas en ligne de compte vu la durée déterminée des relations de service.

Cependant, le recourant devant en réalité être considéré comme un membre du personnel régulier, une éventuelle violation des devoirs de service était en définitive susceptible de mener soit à la résiliation des rapports de service, dans l'hypothèse où les reproches formulés à l'encontre de l'intéressé constitueraient des motifs fondés, soit au prononcé d'une sanction disciplinaire, à définir en fonction de la gravité de la faute et du statut du recourant.

Or, au vu de la connotation disciplinaire de sa motivation, reposant sur des violations des devoirs de service qualifiées de graves et tenant compte de l'absence d'antécédents disciplinaires, la décision litigieuse ne peut pas être interprétée comme une résiliation des rapports de service dont la chambre administrative pourrait examiner le bien-fondé en application des art. 21 al. 3 et 22 LPAC. Par ailleurs, malgré ladite connotation disciplinaire, elle ne peut pas non plus être interprétée comme une sanction disciplinaire, soit une révocation – seule sanction mettant fin aux rapports de service –, l'autorité intimée n'ayant pas pu envisager une telle sanction par rapport à une personne qu'elle estimait être un auxiliaire et donc décider de la sanction en application du principe de la proportionnalité. Au surplus, la procédure et la compétence pour le prononcé d'une révocation, à supposer qu'une révocation soit possible, n'ont pas été respectées en l'espèce, en l'absence d'enquête administrative et la décision litigieuse ayant été prononcée par la conseillère d'État en charge du DIP et non le Conseil d'État.

Au vu de ce qui précède, la décision litigieuse ne peut être interprétée comme reposant sur une base légale applicable au personnel régulier, de sorte qu'elle doit être annulée et le dossier renvoyé à l'autorité intimée pour qu'elle examine quelle voie elle entend privilégier, la voie de la résiliation des rapports de service ou la voie disciplinaire, et dans ce dernier cas, qu'elle détermine la nature et la quotité de la sanction qu'elle entend infliger, ceci en suivant dans tous les cas la procédure applicable à la voie choisie.

9. Dans ces circonstances, le recours sera partiellement admis, la décision de l'autorité intimée sera annulée et le dossier sera renvoyé à cette dernière pour nouvelle décision.
10. Vu l'issue du litige, il ne sera pas perçu d'émolument (art. 87 al. 1 LPA), et une indemnité de CHF 1'000.- sera allouée au recourant, à la charge de l'État de Genève (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 26 mars 2019 par Monsieur A_____ contre la décision du département de l'instruction publique, de la formation et de jeunesse du 21 février 2019 ;

au fond :

l'admet partiellement ;

annule la décision du département de l'instruction publique, de la formation et de jeunesse du 21 février 2019 ;

renvoie le dossier au département de l'instruction publique, de la formation et de jeunesse pour nouvelle décision au sens des considérants ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ;

alloue à Monsieur A_____ une indemnité de procédure de CHF 1'000.-, à la charge de l'État 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, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, 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 Robert Assaël, avocat du recourant, ainsi qu'au département de l'instruction publique, de la formation et de la jeunesse.

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, M. Verniory, Mme Lauber,
M. Mascotto, Mme Tombesi, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

J. Balzli

la présidente siégeant :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :