

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2622/2011-FPUBL

ATA/446/2012

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 30 juillet 2012

dans la cause

Monsieur X _____

représenté par Me Christian Bruchez, avocat

contre

HAUTE ÉCOLE SPÉCIALISÉE DE SUISSE OCCIDENTALE

représentée par Me François Bellanger, avocat

EN FAIT

1. Monsieur X_____, né le _____ 1962, a été engagé en qualité d'ingénieur du son par le conservatoire supérieur de musique de Genève (ci-après : le conservatoire ou CSMG) le 1^{er} octobre 1988.
2. Après que les formations professionnelles dispensées au sein de cette institution eurent été accréditées « HES » (Haute école spécialisée), cette fondation de droit privé a changé de statut le 1^{er} janvier 2009. Elle est devenue une fondation de droit public et a rejoint la Haute école spécialisée de Suisse occidentale (ci-après : HES-SO).
3. En janvier 2008, le salaire mensuel brut de M. X_____ était de CHF 6'496,65. Il se divisait en deux postes distincts, l'un concernant les tâches administratives (60 % de son taux d'activité), l'autre les tâches pédagogiques (animation de séminaires et suivi de travaux d'étudiants ; taux d'activité 29 %). Pour la première activité, colloquée en classe 14, position 13 par la fondation, cet employé percevait un salaire mensuel brut de CHF 4'842,75. L'autre, colloquée en classe 17, position 6, lui rapportait un salaire mensuel brut de CHF 1'653,90.
4. Par courrier du 30 septembre 2008, le président du conseil de fondation du conservatoire a notifié à M. X_____ la fin des rapports de service l'unissant à la fondation. Cette résiliation s'accompagnait simultanément d'un engagement par le département de l'instruction publique, actuellement dénommé le département de l'instruction publique, de la culture et du sport (ci-après : DIP), qui prendrait effet à partir du 1^{er} janvier 2009.

Il remerciait l'intéressé de sa fructueuse collaboration et se félicitait d'avoir pu bénéficier de son expérience et de ses compétences pendant de nombreuses années.

5. Le 14 novembre 2008, M. X_____ a reçu une offre de contrat sous statut d'employé par le DIP.

Ce contrat était régi par les dispositions 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) ainsi que par son règlement d'application (règlement d'application de la LPAC du 24 février 1999 - RPAC - B 5 05.01).

M. X_____ exercerait la fonction de technicien spécialisé (responsable technique des studios d'enregistrement) auprès de la Haute école de musique (ci-après : HEM), comme auparavant. Son poste était colloqué en classe 14, position 13 de l'échelle des traitements et son taux d'activité fixé à 60 %, soit un

salaire mensuel brut de CHF 4'842,75 (barème de septembre 2008). En référence à la date de l'engagement de M. X_____ par le conservatoire, la direction de la HEM pourrait solliciter sa nomination anticipée après une année en tant qu'employé de l'Etat, et sa période d'essai était considérée comme d'ores et déjà terminée.

Ledit contrat, soumis à acceptation, n'a pas été signé par l'intéressé, qui a contesté auprès de son employeur la réduction de son taux d'activité, la collocation de sa fonction, la détermination de ses annuités et la réduction de son salaire.

Il effectuait les mêmes tâches et occupait les mêmes fonctions que précédemment (techniques et pédagogiques). Or, pour ces dernières, il n'était plus rémunéré.

6. Suite à ces revendications, la classe de traitement de M. X_____ a été réévaluée. Le poste a été colloqué en classe 17, annuité 9 avec effet au 1^{er} janvier 2009. En juillet 2011 (soit en annuité 11), cette classe de traitement correspondait à un salaire mensuel brut de CHF 5'321,95 pour un taux d'activité de 60 %.
7. Cette contestation, ainsi que les changements de procédure induits par la nouvelle structure et les nouvelles exigences imposées par la direction ont créé un climat de tension dans les relations de travail entre M. X_____ et sa hiérarchie.
8. Le 5 août 2009, M. X_____ a été convoqué par Madame Y_____, directrice adjointe de la HEM, à un entretien qui s'est déroulé le 25 septembre 2009 en présence de Madame Z_____, adjointe du directeur du service des ressources humaines de la HES-SO Genève, de Monsieur A_____, de Monsieur B_____, chargé de cours à la HEM et de Monsieur C_____, directeur de la HEM.

Cette entrevue n'a pas fait l'objet d'un procès-verbal mais d'un compte rendu établi par Mme Y_____ et envoyé à M. X_____ par courriel le 29 septembre 2009.

D'une manière générale, il était reproché à M. X_____ ne pas répondre avec rigueur à ses courriels, ne pas informer sa hiérarchie et ses collaborateurs de ses horaires et de ses absences, de ne pas accepter les remarques qui lui étaient faites et de ne pas adopter une démarche « proactive » par rapport aux tâches qui entraient dans son cahier des charges.

L'intéressé devait exercer ses fonctions en faisant preuve de plus d'initiative et ne pas attendre qu'on lui formule expressément des demandes qui ressortissaient naturellement à son activité. Le directeur technique de l'opéra l'« incoronazione di Poppea » (ci-après : « Poppée ») s'était plaint de n'avoir pu obtenir de la part de M. X_____ de réponses concrètes à ses demandes de

sonorisation de ce spectacle malgré des demandes réitérées. Or, cette activité relevait de ses fonctions, ainsi qu'il résultait de son cahier des charges.

M. X_____ devrait se déterminer à bref délai sur l'acceptation de son nouveau cahier des charges, qu'il avait jusque là refusé de signer.

Un calendrier public serait mis en place, dans lequel M. X_____ devrait inscrire ses activités planifiées, ses cours et ses absences, de sorte à rendre plus transparentes ses heures de présence pour les personnes qui souhaitaient le contacter.

L'adéquation du temps de travail de M. X_____ mis à disposition pour les activités du studio d'enregistrement, avec le volume de ces tâches, serait évaluée dans un an.

9. M. X_____ a accepté son nouveau cahier des charges le 14 novembre 2009.
10. A cette période, la direction de la HEM a reçu, dans le cadre de la gestion des frais de « Poppée » une copie d'une fiche de salaire établie par la société « Le Capitaine des singes » assurant la direction de ce spectacle (en la personne de Monsieur D_____). Ce document, daté du 31 août 2009, faisait état du paiement à M. X_____ de dix heures de travail le 31 août 2009 au poste « son/régie » pour un salaire horaire de CHF 33.- de l'heure, soit un total de CHF 330.-.
11. La direction de la HEM a aussitôt convoqué M. X_____ à un entretien de service et d'évaluation qui s'est déroulé le 17 décembre 2010.

M. X_____ s'était fait rémunérer deux fois pour la même activité. La facture qu'il avait adressée à titre personnel à la société « Le Capitaine des singes » visait une activité entrant dans le cadre de ses fonctions à la HEM. Cette faute entraînait le report de la demande de sa nomination par sa hiérarchie et la prolongation de sa période probatoire du 1^{er} janvier 2011 au 31 décembre 2011. En dehors de cet incident, les prestations professionnelles de l'intéressé étaient jugées bonnes. M. X_____ était prié de respecter les procédures et règlements en vigueur, afin que de tels incidents ne se reproduisent plus à l'avenir.
12. Par courrier du 23 décembre 2010, la direction générale de la HES-SO a confirmé à M. X_____ la prolongation, « à titre exceptionnel », de sa période probatoire de douze mois en raison de la gravité de l'événement survenu dans le cadre de « Poppée ».
13. Par lettre du 11 février 2011 adressée à M. X_____, la direction de la HEM a convoqué M. X_____ à un nouvel entretien de service.

Outre les incidents liés à « Poppée », elle avait appris que des professeurs et des étudiants rencontraient de nombreuses difficultés à obtenir de sa part une copie de leur enregistrement ou d'établir un contact avec lui par messagerie électronique ou par téléphone.

Un manque de communication et d'anticipation de son emploi du temps lui était par ailleurs reproché.

Ces manquements constituaient des violations à ses devoirs de fonction et la direction de la HEM souhaitait l'entendre à ce sujet. Il pouvait se faire accompagner à cette entrevue par une personne de son choix.

14. Cet entretien s'est déroulé le 4 mars 2011. Il résulte du procès-verbal y afférent les éléments suivants :

a. S'agissant de « Poppée », la direction de la HEM avait pris connaissance d'un contrat signé par M. X_____ le 20 juillet 2009, par lequel ce dernier s'engageait à travailler trente-neuf heures pour le compte de la société « Le Capitaine des singes » du 31 août au 3 septembre 2009. Ce contrat avait été signé peu après que ses supérieurs hiérarchiques lui avaient expressément demandé de prendre contact avec cette société pour assurer, dans le cadre de ses fonctions, la sonorisation de ce projet. La facturation relative à ce contrat constituait une double rémunération.

M. X_____ a allégué n'être engagé à la HEM qu'à 60 %. Pour les 40 % restants, il effectuait des activités professionnelles extérieures en qualité d'indépendant, avec l'accord de l'école. La HEM lui avait planifié trois jours d'activités sur le projet de « Poppée ». En dehors de ceux-ci, il avait accepté à titre personnel d'effectuer des activités annexes, sans rapport avec ce mandat, soit notamment, le montage et le démontage des décors, la peinture, etc. La mention « sonorisation, régie/son » figurant sur son contrat et sur la facture relevait d'une erreur. Il produisait un document établi par M. D_____ et confirmant ses dires. Contrairement aux apparences, il ne s'était ainsi pas fait rémunérer pour une activité entrant dans le cadre de ses fonctions.

b. Pour la direction, M. X_____ ne réagissait pas à ses courriels et était régulièrement injoignable.

Ce dernier s'est défendu en relevant que la gestion des courriels n'était pas planifiée dans son temps de travail. Il convenait de mettre en place des directives et des informations à ce sujet. Il proposait l'instauration d'une matinée de permanence par semaine dévolue à cette tâche.

c. La direction de la HEM avait appris récemment que les produits finis issus des enregistrements n'étaient pas systématiquement remis à leurs destinataires. Plusieurs plaintes lui avaient été adressées à ce sujet. Ceci semblait illustrer une

problématique plus vaste. En effet, l'équipe des chœurs et des orchestres s'interrogeait même quant à l'utilité de ces enregistrements dont les produits finis n'étaient que rarement transmis aux personnes concernées.

M. X_____ s'est étonné de ces plaintes ; il n'avait pas été personnellement mis au courant de ces demandes. Ces problèmes résultaient d'une organisation défaillante, soit du temps insuffisant dévolu à ces enregistrements, ainsi qu'à l'enchaînement des projets.

d. Sa hiérarchie l'avait prié à plusieurs reprises de respecter les procédures administratives, de communiquer et d'anticiper son emploi du temps. Le 25 septembre 2009, il avait été convenu qu'il inscrirait ses activités au fur et à mesure de leur planification dans un calendrier « Outlook ». Or, ce calendrier n'avait pas été complété comme prévu, malgré les rappels réguliers à ce sujet par courriel et oralement. La procédure relative aux vacances n'était pas non plus respectée, bien que rappelée le 17 juillet 2009. Le formulaire y relatif n'avait pas été remis au service des ressources humaines pour les vacances 2010, comme cela lui avait été rappelé dans un courriel du 26 janvier 2011.

L'intéressé a allégué avoir fait de gros efforts pour remplir cet agenda et montré qu'il était à l'écoute des reproches qui lui étaient faits. Concernant ses vacances, il n'avait pas compris qu'il fallait faire une demande de déplacement. Ces démarches étaient totalement nouvelles et il s'y conformerait désormais.

e. Un nouvel entretien se déroulerait en avril. Une amélioration d'ici là était attendue de M. X_____ qui pouvait exercer son droit d'être entendu par écrit jusqu'au 21 mars 2011. Suite au complément d'information à apporter par l'intéressé, la direction déciderait d'éventuelles sanctions liées à l'incident de « Poppée ».

f. M. X_____ a produit à cette occasion un courrier du 2 mars 2011 signé par M. D_____ dont il résultait qu'il était intervenu en tant qu'ingénieur du son spécialisé pour la sonorisation du spectacle de « Poppée » dans le cadre de son mandat HEM. Il l'avait en outre sollicité pour « prêter main forte à la production ». Ce « mandat de technicien » l'avait occupé « pendant six services d'installation et de démontage, hors du mandat HEM de sonorisation du spectacle ». Il était possible qu'il y ait eu une erreur d'intitulé de sa fonction, dans son contrat comme dans la facturation de sa prestation.

15. Le 22 mars 2011, Madame E_____, de la société du « Capitaine des singes », a adressé un courrier à Mme Y_____.

Elle lui confirmait que l'engagement de M. X_____ pour « Poppée » portait sur un mandat technique « indépendant de son activité avec la HEM ». Aucune précision n'était donnée sur le contenu de ce « mandat technique ».

16. Par courrier du 31 mars 2011, Mme Y_____ a informé M. X_____ qu'aucune sanction ne serait prise à son encontre, vu les courriers émis par M. D_____ et Mme E_____ et les doutes qui subsistaient quant à la faute commise.

Cette situation avait néanmoins révélé la nécessité de clarifier le contenu de ses activités annexes. En conséquence, afin d'éviter tout futur malentendu, elle le pria de l'informer systématiquement et à l'avance de tout engagement de sa part auprès d'une entité externe lorsque celui-ci intervenait dans le cadre d'un projet impliquant la HEM.

17. Quelques jours plus tard, la mère de Monsieur F_____, étudiant en master auprès de la HEM, a contesté auprès de la direction HEM une facture de CHF 350.- émise par M. X_____ pour un enregistrement de son fils effectué dans les studios de la HEM le 28 mars 2011.

18. Aussitôt informé de cette situation par un courriel de Mme Y_____, M. X_____ s'est expliqué par écrit le 10 avril 2011. Il n'avait pu répondre plus tôt car il avait été souffrant.

Lorsque M. F_____ lui avait demandé de faire les enregistrements litigieux, il était persuadé que ce dernier n'était plus étudiant auprès de la HEM et qu'il s'agissait d'un enregistrement privé. Il avait proposé à ce pianiste d'effectuer les enregistrements ailleurs, dans d'autres studios où l'acoustique était meilleure. Aucun lieu n'ayant été disponible, il avait procédé à cet enregistrement dans les studios de la HEM.

19. Le 19 avril 2011, la direction de l'école a convoqué M. X_____ à un nouvel entretien de service en se référant à l'art. 44 RPAC.

a. Concernant la facture qu'il avait adressée à M. F_____, elle avait fait suite à une demande envoyée à son adresse professionnelle « hem.ge ». Conformément à la procédure habituelle, il aurait dû transférer celle-ci pour validation à M. C_____. Au lieu de cela, il avait donné son accord personnel à l'enregistrement. Il l'avait au surplus réalisé dans les locaux de la HEM et l'avait facturé indépendamment de son activité.

Cette prestation avait enfin été effectuée sur son temps d'activité professionnelle et comptabilisée comme temps de travail, ainsi qu'il résultait de l'agenda « Outlook » précité.

b. A l'occasion de cette vérification, il avait été constaté que plusieurs activités figuraient dans son agenda professionnel alors que sa présence n'était pas requise (par exemple : session d'orchestre).

c. Son incapacité de répondre « pour raison de santé » au dernier courriel de Mme Y_____ n'avait pas été annoncée, ni n'avait donné lieu à la remise d'un certificat médical comme le voulait la procédure en vigueur.

Tous ces éléments constituaient de graves infractions à ses devoirs de fonction susceptibles de conduire à la résiliation des rapports de service.

20. Un nouvel entretien de service a eu lieu le 11 mai 2011.

a. Pour l'enregistrement de M. F_____, M. X_____ avait utilisé sa fonction ainsi que les infrastructures de la HEM à des fins personnelles, ce qui était inacceptable et nuisait fortement à l'image de l'école. Cette attitude contrevenait à l'art. 22 RPAC (obligation d'exercer sa fonction consciencieusement et avec diligence, et de s'abstenir de toute occupation étrangère au service pendant les heures de travail), ainsi qu'à l'art. 20 RPAC (obligation de respecter l'intérêt de l'Etat et de s'abstenir de tout ce qui peut lui porter préjudice).

Le 4 mars 2011, il avait été expressément demandé à M. X_____ de respecter les procédures et les règles administratives en vigueur à la HEM, ce qu'il s'était engagé à faire. Il avait été prié d'informer systématiquement Mme Y_____ de ses engagements externes lorsque ceux-ci interféraient avec sa fonction. Or, moins d'un mois plus tard, il avait violé cet engagement, en se faisant rémunérer pour une activité entrant dans le champ de ses activités et réalisée dans le studio de son employeur.

M. X_____ a admis à cette occasion avoir utilisé les infrastructures de la HEM à des fins personnelles mais pas sa fonction. Il connaissait M. F_____ depuis longtemps et ne savait pas qu'il s'était inscrit à la HEM en master de pédagogie. Vu sa notoriété actuelle, il s'agissait d'un enregistrement privé à but lucratif pour démarcher des maisons de disques. Un tel enregistrement n'était pas pris en charge par la HEM. Il avait utilisé le studio pendant trois heures. S'il avait su que cela poserait tous ces problèmes, il ne l'aurait pas fait. Il avait déjà travaillé avec M. F_____ pour des prestations privées. Ce dernier lui avait écrit à son adresse « HEM » car il ne disposait pas de son adresse personnelle. Tous deux s'étaient entretenus de la rémunération de cette prestation. Il avait commis l'erreur d'effectuer cet enregistrement dans les locaux de l'école. L'urgence avait été la cause de cette situation. Il ne pouvait pas affirmer que M. F_____ était la seule personne à qui il ait proposé de faire des enregistrements dans le studio d'enregistrement. Il était « assez bordélique » et avait du mal à se conformer aux procédures. Il admettait que sa hiérarchie les lui avait rappelées plusieurs fois et il se trouvait quelque peu « stupide ».

b. Concernant l'inscription de ses activités dans l'agenda « Outlook », M. X_____ contestait que sa présence n'ait pas été requise aux moments qui lui étaient reprochés. Ce planning était prévisionnel. Ses horaires étaient annualisés ;

il pouvait donc choisir de ne pas assister à une répétition pour récupérer des heures de travail en trop.

c. Il admettait avoir été absent quatre jours pour cause de maladie lors de l'envoi du courriel de Mme Y_____, soit depuis le 30 mars 2011, et n'avoir pas corrigé son emploi du temps dans son agenda ni informé sa hiérarchie à ce sujet. Il avait toutefois averti ses étudiants de son absence pour son cours du jeudi. Il n'avait jamais fourni de certificat médical à sa hiérarchie car il n'allait pas chez le médecin. Il ignorait son obligation d'annoncer son absence à sa hiérarchie, de remplir un formulaire d'absence à son retour et celle de lui remettre un certificat médical.

d. Au terme de cet entretien, un délai de quatorze jours a été imparti à M. X_____ pour s'exprimer par écrit sur les fautes qui lui étaient reprochées. Une résiliation des rapports de service pourrait être envisagée.

21. M. F_____ et sa mère ont adressé un courrier à Mme Y_____ le 2 mai 2011.

Ce pianiste avait quitté le conservatoire en 2005. Il s'y était réinscrit en 2009 seulement. L'enregistrement effectué par M. X_____ était destiné aux maisons de disques. La demande y afférente n'avait pas été déposée sous la forme du formulaire *ad hoc*, usuellement transmis à M. C_____ pour validation, car M. F_____ ne connaissait pas cette nouvelle procédure. M. X_____ avait été ainsi fondé à croire que cette demande était formée à titre privé. L'urgence avait justifié l'utilisation du studio de la HEM, sans qu'aucune idée de profit n'ait présidé à cette décision. Le pianiste et sa mère croyaient tous deux que l'enregistrement était pris en charge par la HEM et relevait des prestations accordées aux étudiants.

22. Par décision du 29 juin 2011, la HES-SO, sous la plume de son directeur général, Monsieur G_____, a résilié les rapports de travail de M. X_____ avec effet au 30 septembre 2011.

Cette décision était exécutoire nonobstant recours et assortie d'une libération de l'obligation de travailler avec effet immédiat.

Malgré les engagements formels qu'il avait pris lors des différents rappels à l'ordre qui lui avaient été adressés, M. X_____ avait persisté à ne pas respecter les procédures et les obligations qui lui incombait. Pire, sa situation s'était aggravée au fil des mois, les dysfonctionnements reprochés étant de plus en plus graves et nuisibles à l'image et au bon fonctionnement de l'institution. La relation de confiance était rompue et une nomination ne pouvait être envisagée.

23. Par acte du 30 août 2011, M. X_____ a recouru contre cette décision auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre

administrative), en concluant à son annulation et subsidiairement au versement d'une indemnité correspondant à vingt-quatre mois de son dernier traitement brut, soit CHF 127'726,80.

Il sollicitait préalablement la restitution de l'effet suspensif.

En application de l'art. 333 de la loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations - CO - RS 220), il n'était plus employé en période probatoire à la date de son licenciement. En effet, après vingt années passées au service du conservatoire, son transfert dans la nouvelle structure lui donnait droit à l'acquisition automatique et immédiate du statut de fonctionnaire avec toutes les conséquences que cela emportait, notamment en matière de résiliation des rapports de travail.

Le statut de fonctionnaire dont il bénéficiait rendait nulle la prolongation de sa « période probatoire ». En effet, en vertu de l'art. 333 CO, les employés transférés dans l'entreprise reprenante ne pouvaient être soumis à une nouvelle période d'essai.

Formellement, l'autorité aurait dû, conformément à la jurisprudence, distinguer la procédure de licenciement pour motifs fondés (art. 22 LPAC) et celle applicable à la révocation disciplinaire (art. 16 LPAC), et l'informer de celle qui avait été choisie, afin qu'il puisse se défendre adéquatement et participer de manière appropriée à l'administration des preuves (ATA/386/2011 du 21 juin 2011 consid. 5).

Ce manquement violait son droit d'être entendu, et l'obligation pour l'autorité de faire précéder la révocation d'une enquête administrative si le licenciement avait été prononcé pour faute grave.

La révocation d'un fonctionnaire était par ailleurs soumise à l'art. 21 al. 3 LPAC qui prévoyait que l'autorité était tenue de proposer, préalablement au licenciement, des mesures de développement et de réinsertion professionnelle et de rechercher si un autre poste au sein de l'administration cantonale correspondait aux capacités de l'intéressé.

Les conditions de fond d'une révocation n'étaient en outre pas réalisées, car aucun motif justifiant son licenciement n'était fondé.

24. Par décision du 3 octobre 2011, la chambre administrative a rejeté la demande de restitution de l'effet suspensif déposée par le recourant.
25. La HES-SO a conclu au rejet du recours le 14 octobre 2011 pour des motifs qui seront repris, en tant que de besoin, dans la partie en droit ci-après.

26. Le 3 novembre 2011, le juge délégué a entendu les parties en audience de comparution personnelle.

a. Selon la HES-SO, la procédure de recrutement en cours pour repourvoir le poste de M. X_____ était en voie d'achèvement.

Concernant l'incident de « Poppée », il était établi par pièces que le recourant avait travaillé à titre privé pour « Le Capitaine des singes » pendant son temps de travail.

Il lui était reproché de ne pas avoir fait état de cette participation lors de l'entretien qu'il avait eu avec sa hiérarchie le 25 septembre 2009, lors duquel il avait été discuté des problèmes rencontrés lors de ce spectacle. Ce silence pouvait être interprété comme une volonté de sa part de cacher cette information.

La période probatoire de deux ans imposée à M. X_____ était la même que celle appliquée à tous les employés de l'Etat. Elle pouvait être abrégée ou prolongée d'un an, ainsi qu'il découlait de la directive du Mémento des instructions de l'office du personnel de l'Etat (ci-après : MIOPE) versée à la procédure.

b. M. X_____ s'était inscrit au chômage. Il n'avait cependant pas encore reçu d'indemnités.

Il contestait avoir effectué ses heures de montage et de démontage des décors pour « Le Capitaine des singes » pendant ses heures de travail. Il n'avait pas à informer sa hiérarchie de cette activité, dont la nature était inférieure à son niveau de spécialisation, mais qu'il avait acceptée par amitié et vu l'urgence, le spectacle n'ayant pas été suffisamment préparé.

S'agissant de M. F_____, il avait été persuadé que ce dernier n'était plus élève de l'école depuis 2005. Dans l'urgence, il avait commis l'erreur de lui proposer un enregistrement dans les locaux de la HEM sans en référer au préalable à sa direction.

Il n'avait pas le sentiment que la décision attaquée était basée sur des motifs occultes liés notamment à ses demandes de réévaluation salariale.

Il contestait la validité du document « entretien d'évaluation et de développement du personnel » du 17 décembre 2010 (pièce n° 16 du chargé de l'intimé), qui ne correspondait pas au document en sa possession (pièce 20 de son chargé). Il ne pouvait expliquer les différences entre ces deux documents que par le fait que le premier avait été complété par la suite, la dernière page signée par ses soins ayant été conservée.

L'entretien du 25 septembre 2009 ne pouvait être considéré comme un entretien d'évaluation. Il n'y avait d'ailleurs pas eu de procès-verbal le concernant.

27. Le 18 novembre 2011, la HES-SO a prié le juge délégué de mettre fin à l'instruction. A défaut, l'audition de MM. C_____, B_____ et F_____ était sollicitée.
28. Le 18 novembre 2011, le recourant a demandé l'audition de MM. B_____ et D_____.
29. Le 12 janvier 2012, MM. C_____ et B_____ ont été entendus, le premier à titre de renseignements, l'autre en qualité de témoin.
 - a. M. C_____ a confirmé avoir été présent lors de l'entretien du 25 septembre 2009.

La mise en place d'un calendrier public avait été abordée en relation avec l'annualisation du temps de travail, qui était généralisée pour le personnel administratif de la HEM. En effet, une partie des tâches étant dédiée à la production, il y avait, selon les périodes, des creux ou des pics en termes d'horaires. Le problème de la présence de M. X_____ au sein de l'institution et de ses horaires de travail avait été abordé. Ce dernier se plaignait d'une surcharge de travail, mais la HEM ne disposait pas de renseignements suffisants pour établir ses heures de présence.

M. X_____ n'avait pas fait mention, lors de cet entretien, du fait qu'il avait travaillé pour le compte de la compagnie « Le Capitaine des singes », ni à plus forte raison qu'il avait été rémunéré pour cela. La découverte de cette situation avait constitué un obstacle objectif à sa nomination et justifié la prolongation de sa période probatoire. Lors de l'entrevue du 17 décembre 2010, M. X_____ avait minimisé son comportement en faisant de cet événement une faute légère qui ne méritait pas de telles conséquences. La HEM n'avait toutefois pas envisagé de mettre un terme à son contrat, car la direction souhaitait lui laisser une chance de se conformer aux nouvelles procédures et exigences de sa hiérarchie. Elle avait tenu compte, dans cette décision, de la longueur des rapports de service qu'avait eus M. X_____ avec le conservatoire avant le changement de statut de l'institution.

Lors de ce changement, la direction générale des HES avait imposé à la HEM la mise au concours de tous les postes et le réengagement tacite, avec statut d'employé, des personnes déjà en fonction et au bénéfice d'un contrat fixe.

Le travail en studio de M. X_____ comportait des aspects administratifs et le suivi de travaux d'étudiants. Depuis l'année académique 2003-2004, M. X_____ supervisait un atelier d'activité technique, soit une initiation des étudiants à la régie sonore, qui se faisait essentiellement sous forme de travaux

pratiques. Le cours d'initiation à l'acoustique, consistant en six séances par année, était obligatoire pour les étudiants de bachelor. Sa réussite dépendait de la participation des étudiants et n'était pas noté. L'assistance technique aux étudiants se faisait au gré des besoins.

Après le transfert, le cahier des charges de M. X_____ avait été refondu. Les besoins de l'institution avaient changé et la modification du taux d'activité de M. X_____ avait découlé de ces changements.

b. M. B_____ était directeur du centre de musique électroacoustique, unité d'enseignement au centre de la HEM.

M. X_____ avait contesté auprès de lui la prolongation de sa période probatoire discutée lors de l'entretien du 17 décembre 2010 auquel il avait participé.

Il avait utilisé le studio de la HEM à des fins personnelles, contrairement à ses obligations et l'emploi du temps figurant dans son agenda, lors de l'enregistrement de M. F_____, ne correspondait pas à son activité réelle.

Il avait fait son possible pour que M. X_____ ait une seconde chance suite à l'incident de « Poppée » dont la facture était ambiguë.

Les activités d'enseignement assurées par M. X_____ étaient restées les mêmes avant et après le passage de l'école en HEM.

La pièce n° 16 du chargé de l'intimée reproduisait plus fidèlement l'entretien du 17 décembre 2010 que la pièce n° 20 du chargé du recourant. Ce dernier était un projet qui avait circulé sans avoir été validé.

30. Malgré plusieurs tentatives de convocation, les témoins F_____ et D_____ n'ont pu être entendus.

31. Le 11 avril 2012, les parties ont été informées que la cause serait gardée à juger à partir du 8 mai 2012 si aucune mesure d'instruction complémentaire n'était sollicitée.

32. Le 7 mai 2012, le recourant a attiré l'attention du juge délégué sur les courriers des témoins absents, versés à la procédure, soit celui de M. D_____ du 2 mars 2011 expliquant la nature de son activité accessoire dans « Poppée » et celui de M. F_____ du 2 mai 2011 confirmant l'existence d'un malentendu quant à l'enregistrement litigieux.

33. Le 8 mai 2012, la HES-SO a persisté dans ses conclusions.

Les enquêtes avaient démontré le bien-fondé des reproches formulés à l'encontre de M. X_____ et la validité de la pièce n° 16 qu'elle avait produite.

34. Ensuite de quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 17A let. b et 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 ; art. 21 al. 1 de la loi cantonale sur les Hautes écoles spécialisées du 19 mars 1988 - LHES-GE - C 1 26).

2. La qualification de la fonction exercée par M. X_____ détermine le droit applicable.

En effet, selon l'art. 21 al. 1 de la loi cantonale sur les Hautes écoles spécialisées du 19 mars 1998 - qui régit la HEM en vertu de son art. 9E - le corps enseignant des écoles HES est soumis au statut de droit public des fonctionnaires de l'instruction publique genevoise. Le personnel administratif et technique est, quant à lui, soumis à la LPAC et au RPAC (art. 21 al. 2 et 4 LHES-GE).

Bien qu'il ait revendiqué plusieurs fois auprès de son nouvel employeur la prise en compte de ses activités pédagogiques dans la détermination de son salaire, M. X_____ admet dans son recours qu'il a été engagé au sein du personnel administratif et technique et que sa fonction est régie par la LPAC.

Intitulant sa fonction « technicien spécialisé » responsable technique des studios d'enregistrement de la HEM, son contrat précise en effet que la LPAC est applicable à ses rapports de travail. Même si, en cette qualité et ainsi qu'il figure dans son cahier des charges, M. X_____ a pour tâche d'animer des séminaires d'acoustique au sein du studio et de suivre les travaux des étudiants relevant de cette discipline, il n'est pas membre du corps enseignant au sens des art. 22, 22A et 22B LHES-GE. Il n'a d'ailleurs pas été engagé conformément à la procédure prévue par l'art. 22A al. 1 de cette loi pour ce type de fonction.

La LPAC et le RPAC sont ainsi applicable à la présente cause (art. 21 al. 4 LHES-GE).

3. Le recourant prétend qu'il disposait d'un statut de fonctionnaire au jour de son licenciement, bien qu'aucun arrêté de nomination n'ait été pris à son égard. Ce statut découlerait automatiquement du transfert des rapports de travail du conservatoire à une fondation de droit public. Subsidiairement, il proviendrait de la nullité de la prolongation de la période probatoire, qui serait intervenue tardivement. La réponse à cette question détermine les dispositions de la LPAC applicables à son licenciement.

4. Sous le nom de « Haute école de musique – Conservatoire supérieur de musique de Genève (HEM-CSMG) », il a été créé, avec effet au 1^{er} janvier 2009, une fondation de droit public, placée sous le contrôle du Conseil d'Etat, qui a repris l'ensemble des activités de l'enseignement professionnel HEM de la fondation de droit privé nommée « Le Conservatoire de musique de Genève » et de la fondation de « l'Institut Jaques-Dalcroze » (art. 20A et 20B al. 2 LHES-GE).

La HEM fait partie de la Haute école de Genève, qui regroupe toutes les écoles genevoises dispensant des formations HES (art. 10 LHES-GE). Celle-ci est placée sous la direction du DIP, qui est l'autorité d'engagement des membres du personnel de toutes les écoles HES (art. 12A LHES-GE).

5. Selon l'art. 20C LHES-GE, la fondation de droit public HEM-CSMG s'engage à reprendre à sa charge l'ensemble des biens actifs et passifs, l'ensemble des droits et avoirs matériels, ainsi que la totalité des engagements contractés, découlant de la séparation entre la partie de l'enseignement non professionnel (école de musique) et la partie professionnelle (HEM) du Conservatoire de musique de Genève, selon accord entre ces parties.

En application de cette disposition, la direction générale des HES a imposé à la nouvelle direction de la HEM la mise au concours de tous les postes et le réengagement tacite, avec statut d'employé, des personnes déjà en fonction et au bénéfice d'un contrat fixe.

Ces dernières personnes, auparavant liées au conservatoire par un contrat de droit privé, ont ainsi été réengagées par le DIP à compter du 1^{er} janvier 2009. Depuis cette date, leurs rapports de travail ont été régis par le droit public (art. 21 LPAC).

6. Il découle de ce qui précède que les effets juridiques du transfert des employés dans la nouvelle structure ont été prévus par la LHES-GE. L'obligation de reprise par le DIP des « engagements contractés » visés par l'art. 20C LHES-GE n'imposait pas à ce dernier d'octroyer à ces personnes un statut de fonctionnaire qu'ils n'avaient pas précédemment, sous prétexte qu'ils l'auraient eu s'ils avaient été engagé dès le départ par cette autorité - pour autant que ce dernier point soit démontré.

Le passage du conservatoire à son nouveau statut a entraîné d'importants changements (filières de formation, définition de nouveaux besoins, changement de direction, nouvelles procédures, modification des cahiers des charges des employés, etc.), qui justifient l'application des dispositions de la LPAC imposant à tous les employés nouvellement engagés l'accomplissement d'une période probatoire permettant à la nouvelle direction d'évaluer l'aptitude de l'employé à intégrer ces changements et de vérifier, avant de prononcer leur nomination, qu'ils continuent, comme par le passé, à satisfaire les besoins du service.

7. L'invocation de l'art. 333 CO par le recourant pour contrer ce résultat ne lui est d'aucun secours.

En effet, selon cette disposition, si l'employeur transfère l'entreprise ou une partie de celle-ci à un tiers, les rapports de travail passent à l'acquéreur avec tous les droits et les obligations qui en découlent, au jour du transfert, à moins que le travailleur ne s'y oppose.

Outre qu'elle n'est pas applicable en raison de la réserve faite par l'art. 342 CO en faveur du droit public et donc de la réglementation prévue par le LHES-GE, cette disposition garantit au travailleur le maintien de ses droits acquis (droits salariaux, non renouvellement de sa période d'essai, etc.) ; elle ne lui permet pas de prétendre à l'octroi d'un statut de fonctionnaire qu'il n'avait pas auparavant, et qui s'acquiert moyennant l'accomplissement d'une période probatoire qui ne peut être effectuée que lorsque la personne concernée est placée sous un régime de droit public.

Le recourant n'a ainsi pas obtenu un statut de fonctionnaire par le fait du transfert des activités du conservatoire à la nouvelle HEM.

8. Reste à savoir s'il l'a obtenu par l'écoulement du temps, en raison de la nullité prétendue de la prolongation de sa période probatoire.

Selon l'art. 47 al. 1 RPAC, la nomination intervient au terme d'une période probatoire de deux ans, sous réserve de prolongation. La nomination peut cependant être proposée ou sollicitée en tout temps dès le début de l'engagement au service de l'Etat (art. 47 al. 2 RPAC).

Dans le contrat d'engagement de M. X_____, le DIP a informé ce dernier qu'il était engagé comme employé et soumis à une période probatoire. Il lui a été précisé à cette occasion que « la direction de la HEM [pourrait] solliciter [sa] nomination anticipée après une année en tant qu'employé de l'Etat ».

Cette faculté n'a pas été utilisée par la direction, qui a décidé de prolonger sa période probatoire avant le terme des deux ans prescrits par l'art. 47 al. 1 RPAC, soit le 23 décembre 2010.

La nomination de M. X_____ par le Conseil d'Etat avant le terme des deux ans prévus par la loi ne relevait que d'une faculté et non d'une obligation, ainsi que l'expriment clairement le contrat et l'art. 47 al. 2 RPAC. Le recourant ne l'a d'ailleurs jamais sollicitée entre le 1^{er} janvier 2010 (date de l'échéance de sa première année en période probatoire) et le 23 décembre 2010 (date de la décision de prolongation).

Quant à la prolongation, elle a été décidée conformément à la faculté offerte par la loi à l'autorité d'engagement (art. 47 al. 1 LPAC).

M. X_____ disposait ainsi bien d'un statut d'employé en période probatoire au moment de son licenciement.

9. Suite à la novelle du 23 mars 2007 entrée en vigueur le 31 mai 2007, la LPAC a établi un régime juridique différent concernant la résiliation ordinaire des rapports de service par décision de l'administration, selon que l'agent a le statut de fonctionnaire au sens de l'art. 5 LPAC ou celui d'employé au sens de l'art. 6 LPAC.

Dans le premier cas, il ne peut être mis fin aux rapports de services que pour des motifs fondés au sens de l'art. 22 LPAC, en respectant le délai légal et la procédure prévue à l'art. 21 al. 3 LPAC.

Dans le deuxième, applicable au cas d'espèce, il peut être mis fin à ceux-ci, selon l'art. 21 al. 1 LPAC, moyennant une audition préalable de l'intéressé et le respect du délai légal. La communication du motif n'est pas nécessaire, celui-ci n'ayant à être donné qu'à la demande de la personne licenciée (ATA/217/2012 du 17 avril 2012 consid. 2 ; ATA/739/2010 du 2 novembre 2010 consid. 4a ; ATA/611/2008 du 9 décembre 2008 consid. 5).

Durant la période probatoire, l'administration dispose d'un très large pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité de la poursuite des rapports de service. Ce large pouvoir d'appréciation permet le recrutement d'agents répondant véritablement aux besoins du service. L'administration reste néanmoins tenue au respect des principes et droits constitutionnels, notamment le droit d'être entendu, l'interdiction de l'arbitraire, et le respect de l'égalité de traitement et du principe de proportionnalité. La résiliation des rapports de service peut être attaquée devant la chambre administrative, mais compte tenu du large pouvoir d'appréciation laissé à l'autorité compétente, le pouvoir d'examen de celle-ci sera limité, sauf violation des droits et principes constitutionnels, à l'application des délais légaux de congé (ATA/217/2012 et ATA/611/2008 précités ; MGC 1996/VI A pp. 6360-6361).

Une décision est arbitraire au sens de l'art. 9 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) lorsqu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique indiscuté ou lorsqu'elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. A cet égard, le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue par l'autorité cantonale de dernière instance que lorsque celle-ci est manifestement insoutenable, qu'elle se trouve en contradiction claire avec la situation de fait, si elle a été adoptée sans motif objectif ou en violation d'un droit certain. L'arbitraire ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution pourrait entrer en considération ou même qu'elle serait préférable. Pour qu'une décision soit annulée pour cause d'arbitraire, il ne suffit pas que la motivation formulée soit insoutenable, il faut encore que la décision apparaisse arbitraire dans son résultat (ATF 135 V 4 consid. 1.3 ; 135 III 522 consid. 4.3 ; 135 II 362 consid. 4.2.1 ; 134 II 133 consid. 4.1 ; 134 I 265 consid. 3.1). La

chambre administrative suit le raisonnement du Tribunal fédéral en la matière (ATA/344/2008 du 24 juin 2008 consid. 6a).

10. En l'espèce, la décision du département du 29 juin 2011 de mettre fin aux rapports de services pour le 30 septembre 2011 respecte le délai de résiliation de l'art. 20 al. 3 LPAC et le droit d'être entendu accordé par l'art. 21 al. 1 LPAC. Quand bien même la loi ne l'exige pas, les motifs de cette décision ont été largement exposés au recourant.

Ceux-ci échappent au grief d'arbitraire. En effet, plusieurs manquements fondant la décision de licenciement, établis ou non contestés, ont été reprochés au recourant, qui n'a pas pris à temps la mesure de leur gravité (non-respect des consignes de sa hiérarchie concernant la transparence de ses activités sur le calendrier public Outlook, exécution de travaux personnels pendant les heures de travail [montage et démontage des décors de « Poppée », enregistrement de M. F. _____], non-respect des procédures [informer sa hiérarchie de ses absences pour cause de maladie], utilisation du studio à des fins privées [enregistrement de M. F. _____], manque de réactivité aux demandes qui lui étaient faites par courriels, absence de transmission des produits finis d'enregistrement).

La décision est sévère pour le recourant. La direction lui a toutefois régulièrement signalé les problèmes rencontrés. Elle lui a adressé des demandes claires de changement d'attitude, en lui laissant le temps de s'adapter à ses propres exigences et aux nouvelles procédures induites par le changement de direction et de statut de l'école. Les actes qui lui ont été reprochés ne touchent pas tant à la qualité des prestations attendues (encore que celle-ci est atteinte par ses manquements dans la communication et dans la transmission des enregistrements effectués) qu'à la confiance qui doit exister dans les rapports de travail entre l'employé et sa hiérarchie ; ils ont rendu opaque la prise de connaissance par celle-ci de ses activités (défaut de transparence de ses activités sur le calendrier public Outlook et d'information au sujet de ses absences) et révélé un manque de conscience de sa part de l'existence d'une frontière nette entre ses activités personnelles et ses fonctions au sein de la HEM. Sa minimisation des incidents survenus (utilisation du studio à des fins privées, absence d'information à sa hiérarchie de son intervention à titre privé dans Poppée, dont la production relevait de la HEM) confirme le caractère non arbitraire de la décision de licenciement, malgré les importantes conséquences de celle-ci pour le recourant, qui exerce sa profession au sein du studio depuis plus de vingt ans, était proche de la cinquantaine au jour de son licenciement et exerce une profession dans laquelle les emplois stables ne sont pas nombreux. La décision entreprise est enfin intervenue à une période où le DIP devait se déterminer sur la nomination du recourant, dont la période probatoire venait à échéance en décembre 2011. A cette date, l'autorité n'aurait eu que le choix de licencier M. X. _____ ou de demander sa nomination. Sa décision de ne pas opter pour cette seconde solution à ce terme,

au vu des faits reprochés - qui sont relativement graves - justifie également la sévérité de la décision attaquée.

11. Le recours sera dès lors rejeté.
12. Un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge du recourant, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Vu l'issue du litige, il ne lui sera pas alloué d'indemnité de procédure (art. 87 al. 2 LPA).

La HES-SO étant placée sous l'autorité d'un département qui dispose d'un service juridique, il ne lui sera pas alloué d'indemnité.

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 30 août 2011 par Monsieur X_____ contre la décision de la Haute école spécialisée de suisse occidentale du 29 juin 2011 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de Monsieur X_____ un émolument de CHF 500.- ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité ;

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 ;

communiqué le présent arrêt à Me Christian Bruchez, avocat du recourant, ainsi qu'à Me François Bellanger, avocat de la Haute école spécialisée de Suisse occidentale.

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

Au nom de la chambre administrative :

la greffière de juridiction a.i. :

C. Sudre

le président siégeant :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :