

# **GE\_GERICHTE ATAS/1122/2014 vom 30. Oktober 2014**

GE Cour de justice, 2014-10-30, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_1122\\_2014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_1122_2014)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/1122/2014 du 30 octobre 2014

IT: GE\_GERICHTE ATAS/1122/2014 del 30 ottobre 2014

## **Regeste**

Résumé: L'indemnité compensatoire prévue par l'art. 31 al. 3 LPAC lorsque le licenciement du fonctionnaire est déclaré injustifié par l'autorité de recours et que celui-ci ne peut pas être réintégré dans son activité est de même nature et vise le même but que les indemnités octroyées en vertu de l'art. 336a CO (indemnité pour licenciement abusif) ou de l'art. 337c al. 3 CO (indemnité fixée par le juge en cas de résiliation injustifiée). Ces indemnités ont une double finalité, punitive et réparatrice. Par conséquent, l'indemnité prévue à l'art. 31 al. 3 LPAC, même si elle est calculée en fonction du salaire, revêt notamment le caractère d'une sanction et ne constitue pas un droit au salaire ou une indemnité pour cause de résiliation anticipée des rapports de travail au sens de l'art. 11 al. 3 LACI. Partant, lorsque l'employeur verse une indemnité compensatoire, la caisse de chômage qui a versé ses indemnités dès le licenciement de l'assuré n'est pas subrogée aux droits de celui-ci en vertu de l'art. 29 LACI.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05) en vigueur dès le 1er janvier 2011, la chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA; RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (LACI; RS 837.0). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

### **E. 2**

La LPGA, entrée en force le 1er janvier 2003, est applicable à la présente procédure.

### **E. 3**

Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, le recours est recevable.

### **E. 4**

En procédure administrative, l'objet du litige est le rapport juridique qui - dans le cadre de l'objet de la contestation déterminé par la décision - constitue, d'après les conclusions du recours, l'objet de la décision effectivement attaqué (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_197/2007 du 27 mars 2008 consid. 1.2). En l'espèce, l'intimée a rendu une décision confirmant qu'elle s'était subrogée au recourant dans ses prétentions à l'encontre de l'appelé en cause. Il s'agit là d'une décision de constatation au sens de l'art. 49 al. 2 LPGA, qui définit l'objet du litige. La Cour de céans doit ainsi se borner à examiner si l'intimée est bien subrogée au recourant. En revanche, les conclusions du recourant tendant au versement par l'intimée de

CHF 69'548.60 avec intérêts à 5 % l'an sont exorbitantes au présent litige. En effet, en cas d'admission du recours, c'est à l'appelé en cause qu'il incomberait de s'acquitter de l'intégralité de l'indemnité à laquelle il a été condamné, l'intimée s'étant engagée dans une telle éventualité à lui restituer ce montant. Ces conclusions sont donc irrecevables.

A/557/2014 - 11/24 -

#### **E. 5**

En vertu de l'art. 8 al. 1er LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (let. a), s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (let. b), s'il est domicilié en Suisse (let. c), s'il a achevé sa scolarité obligatoire, s'il n'a pas encore atteint l'âge donnant droit à une rente AVS et ne touche pas de rente de vieillesse de l'AVS (let. d), s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré (let. e), s'il est apte au placement (let. f) et s'il satisfait aux exigences du contrôle (let. g). Ces conditions sont cumulatives (ATF 124 V 215 consid. 2).

#### **E. 6**

L'art. 11 al. 3 LACI précise que n'est pas prise en considération la perte de travail pour laquelle le chômeur a droit au salaire ou à une indemnité pour cause de résiliation anticipée des rapports de travail. Aux termes de l'art. 29 LACI, si la caisse a de sérieux doutes que l'assuré ait droit, pour la durée de la perte de travail, au versement par son ancien employeur d'un salaire ou d'une indemnité au sens de l'art. 11, al. 3, ou que ces prétentions soient satisfaites, elle verse l'indemnité de chômage (al. 1). En opérant le versement, la caisse se subroge à l'assuré dans tous ses droits, y compris le privilège légal, jusqu'à concurrence de l'indemnité journalière versée par la caisse. Celle-ci ne peut renoncer à faire valoir ses droits, à moins que la procédure de faillite ne soit suspendue par le juge qui a prononcé la faillite (art. 230 de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite [LP ; RS 281.1]). Si, par la suite, les prétentions se révèlent manifestement injustifiées ou que leur exécution forcée occasionne des frais disproportionnés, l'organe de compensation peut autoriser la caisse à renoncer à faire valoir ses droits (al. 2). Le Conseil fédéral fixe les conditions auxquelles la caisse peut renoncer à faire valoir sa créance lorsqu'il s'agit de poursuivre un employeur à l'étranger (al. 3). La LACI prévoit également la subrogation de la caisse de chômage lors du versement d'une indemnité en cas d'insolvabilité, qui suppose que l'employeur soit insolvable, soit qu'il soit sujet à une procédure d'exécution en Suisse (cf. art. 51 al. 1 LACI). Conformément à l'art. 54 LACI, en opérant le versement de l'indemnité, la caisse se subroge à l'assuré dans ses droits concernant la créance du salaire, y compris le privilège légal, jusqu'à concurrence de l'indemnité qu'elle a versée et des cotisations des assurances sociales qu'elle a acquittées. La caisse ne peut renoncer à faire valoir ses droits à moins que la procédure de faillite ne soit suspendue par le juge qui a prononcé la faillite (art. 230 LP) (al. 1). Le Conseil fédéral fixe les conditions auxquelles la caisse peut renoncer à faire valoir sa créance lorsqu'il s'agit de poursuivre l'employeur à l'étranger (al. 2). Si l'assuré a déjà obtenu un acte de défaut de biens, il est tenu de le céder à la caisse (al. 3). Les principes procéduraux découlant de l'art. 54 LACI sont applicables par analogie dans le cadre de la subrogation prévue par l'art. 29 LACI (ATF 120 II 365 consid. 4).

A/557/2014 - 12/24 -

#### **E. 7**

Il convient en premier lieu d'examiner le grief du recourant, selon lequel l'intimée est forclosée à invoquer la subrogation. On rappellera que la subrogation survient lors du versement opéré conformément à l'art. 29 al. 1 LACI. Il s'agit d'une cession légale, opposable aux tiers sans aucune formalité et même indépendamment de toute manifestation de volonté du créancier conformément à l'art. 166 du code des obligations (CO ; RS 220) (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 24/06 du 25 octobre 2006 consid. 4.2.1). Certains auteurs retiennent que la subrogation a pour effet que le travailleur assuré perd la créance qu'il aurait pu faire valoir contre l'employeur à concurrence des prestations de l'assurance-chômage. La caisse en devient titulaire, le salarié ne gardant ses prétentions que pour les montants non couverts. S'il agit contre l'employeur, le travailleur ne peut ainsi exiger que la somme qui excède les indemnités versées. La ratio legis de l'art. 29 al. 2 LACI est double : le législateur n'a pas voulu libérer l'employeur de ses obligations au détriment de l'assurance-chômage. Cette disposition a en même temps amélioré la position du travailleur, qui n'a pas besoin d'agir lui-même contre l'employeur. Par conséquent, la caisse de chômage ne peut pas rétrocéder ses droits à l'assuré afin que celui-ci intente une action pour obtenir la reconnaissance de toutes ses créances et l'obliger à lui rembourser la part des prétentions qu'il obtient. C'est donc la caisse de chômage qui doit assumer les frais inhérents au recouvrement de ces prétentions (Charles MUNOZ, *La fin du contrat individuel de travail et le droit aux indemnités de l'assurance-chômage*, thèse, Lausanne 1992, pp. 198-199). Pour une partie de la doctrine, dès lors que la caisse de chômage devient titulaire de la créance du travailleur par subrogation, elle a qualité pour agir en justice contre l'employeur. Elle a l'obligation d'agir en paiement de sa créance contre l'employeur puisqu'elle ne peut y renoncer en vertu de la loi. Le transfert de la titularité de la créance entraîne pour le travailleur la perte de la qualité pour agir en paiement de celles-ci. Après que la caisse de chômage a communiqué sa subrogation, c'est à elle qu'il incombe d'agir. Le travailleur n'a plus le droit de le faire, peu importe que la caisse de chômage le fasse ou non (Fabienne HOHL, *La subrogation de la caisse de chômage et ses effets sur le procès civil* in *Mélanges Poudret*, Lausanne 1999, pp. 81-82 et 84). Boris RUBIN se rallie à cette analyse en précisant qu'en cas de subrogation intervenant après l'introduction de l'action en paiement par le travailleur, le changement de parties au procès intervient de plein droit. Le travailleur n'a pas dans ce cas à supporter le risque d'une condamnation aux dépens en cas de perte dudit procès (RUBIN, *Assurance-chômage*, *Droit fédéral*, *Survol des mesures cantonales*, procédure, 2ème éd., Zurich 2006, pp. 573-574). Une autre partie de la doctrine retient que la question de savoir si une caisse peut agir seule ou en consorité avec l'assuré se détermine en fonction de la procédure cantonale (désormais unifiée en matière civile) (Gerhard GERHARDS, *Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz [AVIG]* ; vol. I, 1988, n. 18 ad art. 29; Thomas NUSSBAUMER, *Arbeitslosenversicherung in Soziale Sicherheit*, SBVR A/557/2014 - 13/24 - vol. XIV, 2ème éd. 2007, p. 2311 n. 451). Ce dernier auteur ajoute que la caisse décide librement du moment auquel elle entend devenir partie à la procédure contre un employeur, dans la mesure où la subrogation doit être communiquée à ce dernier. La Chambre de céans précise que selon la jurisprudence genevoise, en cas de licenciement avec effet immédiat injustifié, il faut déduire de l'indemnité due au travailleur par l'employeur le montant des prestations de l'assurance-chômage afin qu'elle puisse, si elle le juge utile, faire valoir ses droits de tiers subrogé contre l'employeur (SJ 1987 p. 588). On ajoutera encore qu'il est habituel en procédure genevoise que la caisse de chômage intervienne dans la procédure opposant l'assuré à son employeur (cf. à titre d'exemple arrêt

du Tribunal fédéral 4C.259/2003 du 2 avril 2004). Dans un arrêt non publié, le Tribunal fédéral a considéré que la subrogation au sens de l'art. 29 al. 2 LACI n'a pas pour effet une substitution ipso jure des parties au procès, la position dans ce sens défendue par une partie de la doctrine précitée ne trouvant aucun appui dans la lettre de la loi, laquelle ne contient aucune disposition de procédure. Notre Haute Cour a précisé que si l'institution de la substitution visait également à libérer l'employé des risques liés aux coûts d'un procès, on ne voyait pas pour quel motif la caisse de chômage serait tenue d'intervenir dans le procès déjà pendant (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_192/2009 du 14 janvier 2010 consid. 5.3.3). Quant aux arrêts invoqués par le recourant à l'appui de sa position, ils rappellent les principes régissant la subrogation mais ne se prononcent pas expressément sur la question de savoir si la caisse de chômage doit intervenir dans la procédure dirigée contre l'employeur (arrêt du Tribunal fédéral 8C\_765/2012 du

### **E. 8**

mars 2013 consid. 3.3, arrêt du Tribunal fédéral 8C\_55/2011 du 20 juin 2011). En l'espèce, la question de savoir si des raisons juridiques justifieraient que la Chambre de céans s'écarte de l'analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral du 14 janvier 2010 (4A\_192/2009) pour se rallier à la position du recourant, qui rejoint les auteurs précités, peut rester ouverte en l'espèce. En effet, dès lors que la chambre administrative a rejeté la requête d'appel en cause de l'intimée, cette dernière n'était pas en mesure de se substituer au recourant dans la procédure opposant ce dernier à l'employeur. Le recourant allègue qu'il appartenait à l'intimée de contester la position de la chambre administrative en faisant valoir ses droits de partie devant le Tribunal fédéral. Or, eu égard au caractère constant de la jurisprudence de la chambre administrative rejetant l'appel en cause des caisses de chômage dans des litiges portant sur la résiliation de rapports de service de droit public (par exemple ATA/92/2013 du 19 février 2013 consid. 6 et les références) et à la jurisprudence précitée, on ne peut faire grief à l'intimée de ne pas avoir recouru au Tribunal fédéral sans violer le principe de la bonne foi. Ce principe, ancré à l'art.

### **E. 9**

de la constitution (Cst ; 101) et valant pour l'ensemble de l'activité étatique, confère au citoyen le droit à certaines conditions d'être protégé dans la confiance légitime qu'il met dans les assurances reçues des autorités (arrêt du

A/557/2014 - 14/24 - Tribunal fédéral 2P.64/2004 du 19 juillet 2004 consid. 3.1). En l'espèce, la chambre administrative a considéré que l'intimée restait subrogée au recourant même si elle ne participait pas à la procédure dirigée contre l'employeur. Même s'il fallait considérer, à l'instar du recourant, que cette analyse est erronée et doit faire l'objet d'un revirement de jurisprudence, il y aurait alors lieu de rappeler qu'une nouvelle jurisprudence doit certes s'appliquer immédiatement aux affaires pendantes au moment où elle est adoptée. Toutefois, le droit à la protection de la bonne foi doit être pris en considération, à certaines conditions. D'une manière générale, l'autorité doit attirer en principe l'attention des parties sur l'application peu prévisible d'une norme. A titre d'exemple, la modification d'une jurisprudence relative à la computation des délais de recours ne peut pas intervenir sans avertissement, si elle provoque la péremption d'un droit (ATF 122 I 57 consid. 3c/bb et les références). Ce principe devrait être appliqué par analogie en l'espèce. On ne saurait ainsi retenir la forclusion de l'intimée à invoquer la subrogation, puisque rien ne lui permettait d'anticiper un tel changement de pratique de la Cour de justice, juridiction dont la chambre

administrative et la Chambre de céans font toutes deux parties (cf. art. 1 let. h de la loi sur l'organisation de la justice [LOJ – E 2 05]). Eu égard à ces éléments, l'intimée n'était pas forclosée à invoquer la subrogation. 8. Il faut en premier lieu rappeler quels sont les éléments qui tombent dans le champ d'application de l'art. 11 al. 3 LACI, puis de déterminer en particulier si l'indemnité au paiement de laquelle l'appelé en cause a été condamné en fait partie a) On entend par droit au salaire au sens de l'art. 11 al. 3 LACI le salaire dû pour la période postérieure à la résiliation des rapports de travail, soit le salaire dû en cas de non-respect du délai de congé au sens de l'art. 335c CO, et en cas de résiliation en temps inopportun au sens de l'art. 336c CO. La notion de droit au salaire se recoupe en grande partie avec celle du salaire déterminant prévue par l'art. 5 al. 2 de la loi sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS ; RS 831.10) (Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, nn. 28-29 ad art. 11 ; ATF 126 V 390 consid. 5a). Selon cette disposition, le salaire déterminant comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé. Il englobe les allocations de renchérissement et autres suppléments de salaire, les commissions, les gratifications, les prestations en nature, les indemnités de vacances ou pour jours fériés et autres prestations analogues, ainsi que les pourboires, s'ils représentent un élément important de la rémunération du travail. Font partie du salaire déterminant, par définition, toutes les sommes touchées par le salarié, si leur versement est économiquement lié au contrat de travail; peu importe, à cet égard, que les rapports de service soient maintenus ou aient été résiliés, que les prestations soient versées en vertu d'une obligation ou à titre bénévole. On considère donc comme revenu d'une activité salariée, soumis à cotisations, non seulement les rétributions versées pour un travail effectué, mais en principe toute indemnité ou prestation ayant une relation quelconque avec les rapports de service, dans la mesure où ces prestations ne sont pas franches de

A/557/2014 - 15/24 - cotisations en vertu de prescriptions légales expressément formulées. Selon cette description du salaire déterminant, sont en principe soumis à cotisations tous les salaires liés à des rapports de travail ou de service qui n'auraient pas été perçus sans ces rapports. (ATF 131 V 444 consid. 1.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C\_824/2008 du 6 mars 2009 consid. 5.1). De manière générale, les versements en réparation du dommage ne sont pas soumis à cotisation ni imposés lorsqu'ils compensent une perte de capital ou une diminution du patrimoine, mais le sont en revanche lorsqu'ils sont destinés à remplacer un revenu futur ou à compenser la renonciation à l'exercice d'une activité lucrative (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_1003/2008 du 6 août 2009 consid. 4.3 et les références). b) Il existe toutefois deux exceptions importantes au principe selon lequel les éléments qui font partie du salaire déterminant ou qui de par leur nature, sont censés remplacer un revenu, sont pris au compte au sens de l'art. 11 al. 3 LACI. Il s'agit d'une part des exceptions prévues au règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS ; RS 831.101). Ainsi, conformément à l'art. 6 al. 2 let. b dudit règlement, les prestations d'une assurance collective d'indemnités journalières en cas de maladie soumise à la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA ; RS 221.229.1) ne constituent ni un salaire ni une indemnité au sens de l'art.

## **E. 11**

al. 3 LACI, c'est pourquoi leur versement ne fait pas obstacle à la prise en considération d'une perte de travail (ATF 128 V 176 consid. 3 et 4). D'autre part, il s'agit de la délimitation du point de vue temporel, en fonction de la période pour laquelle la

rémunération est due. Les prétentions visées par l'art. 11 al. 3 LACI ne peuvent porter que sur la période durant laquelle l'assuré est au chômage et où les autres conditions du droit sont réalisées. Les arriérés de paiement et les créances relatives à une période durant laquelle l'assuré se trouvait dans un rapport de travail ne sont pas couverts par cette disposition (Alfred BLESIG, Abgangschädigungen des Arbeitsgebers: Ungereimtheiten im Arbeitslosen-versicherungsrecht in DTA 2006 p. 90). c) En application de ce qui précède, le droit au salaire de l'art. 11 al. 3 LACI ne se recouvre pas parfaitement avec la notion de salaire déterminant au sens de la LAVS, puisque les indemnités pour heures supplémentaires ou pour vacances ne sont pas prises en considération, conformément à l'art. 11 al. 4 LACI. Les prétentions fondées sur l'art. 337b CO (dommage résultant de la résiliation immédiate du contrat de travail) et sur l'art. 337c al. 1 CO (droit au salaire jusqu'au terme du délai de congé en cas de résiliation immédiate des rapports de travail sans justes motifs) sont des indemnités au sens de l'art. 11 al. 3 LACI. En revanche, tel n'est pas le cas des indemnités octroyées en vertu de l'art. 336a CO (indemnité pour licenciement abusif) ou de l'art. 337c al. 3 CO (indemnité fixée par le juge en cas de résiliation immédiate injustifiée) (NUSSBAUMER, op. cit., n. 174 p. 2231). Selon l'art. 336a CO, la partie qui résilie abusivement le contrat doit verser à l'autre une indemnité (al. 1). L'indemnité est fixée par le juge, compte tenu de toutes les circonstances; toutefois, elle ne peut dépasser le montant correspondant à six mois

A/557/2014 - 16/24 - de salaire du travailleur. Sont réservés les dommages-intérêts qui pourraient être dus à un autre titre (al. 2). En vertu de l'art. 337c CO, lorsque l'employeur résilie immédiatement le contrat sans justes motifs, le travailleur a droit à ce qu'il aurait gagné, si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé ou à la cessation du contrat conclu pour une durée déterminée (al. 1). On impute sur ce montant ce que le travailleur a épargné par suite de la cessation du contrat de travail ainsi que le revenu qu'il a tiré d'un autre travail ou le revenu auquel il a intentionnellement renoncé (al. 2). Le juge peut condamner l'employeur à verser au travailleur une indemnité dont il fixera librement le montant, compte tenu de toutes les circonstances; elle ne peut toutefois dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du travailleur (al. 3). Contrairement au salaire de remplacement au sens de l'art. 337c al. 1 CO, les "indemnités" prévues aux articles 336a et 337c al. 3 CO ne font pas partie du salaire déterminant. Si ces "indemnités" trouvent leur origine dans les rapports de service résiliés et sont donc bien en lien avec le contrat de travail, cela ne suffit pas à leur qualification en salaire déterminant. En effet, elles ont pour but la sanction et la prévention ainsi que la réparation, ce que révèle notamment le fait que l'obligation d'indemniser prévue à l'art. 336a CO vise tant l'employé que l'employeur. Partant, on ne saurait considérer que ces indemnités ont un rapport juridique ou économique, même indirect, avec le revenu du travail. Le fait que la fixation de l'indemnité soit délimitée en fonction du salaire n'y change rien (ATF 123 V 5 consid. 5). De plus, l'art. 11 al. 3 LACI vise la rémunération en raison d'une résiliation anticipée des rapports de travail, et un licenciement abusif donnant droit à l'indemnité visée à l'art. 336a CO n'entraîne pas la dissolution anticipée de rapports de travail (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 72/04 du 17 août 2004 consid. 2.2). 9. Il n'est pas inutile de souligner que l'art. 11a LACI, en vigueur depuis le 1er juillet 2003, dispose que la perte de travail n'est pas prise en considération tant que des prestations volontaires versées par l'employeur couvrent la perte de revenu résultant de la résiliation des rapports de travail (al. 1). Les prestations volontaires de l'employeur ne sont prises en compte que pour la part qui dépasse le montant maximum visé à l'art. 3, al. 2 (al. 2). Le Conseil fédéral règle les exceptions

lorsque les prestations volontaires sont affectées à la prévoyance professionnelle (al. 3). Le législateur a introduit cette réglementation car il trouvait choquant que les assurés qui obtiennent des prestations extrêmement élevées de leur ancien employeur puissent percevoir l'indemnité de chômage dès le premier jour, la prise en compte de la totalité des prestations volontaires risquant toutefois de conduire à ce que les plans sociaux ne prévoient plus d'indemnité de départ (Barbara KUPFER BUCHER, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenz-entschädigung, 4ème éd., Zurich 2013, pp. 42-43 ). L'art. 10a de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (OACI ; RS 837.02) précise que sont réputées prestations volontaires de l'employeur les prestations allouées en cas de résiliation de rapports de travail régis par le droit privé ou par le droit public qui ne constituent pas des prétentions

A/557/2014 - 17/24 - de salaire ou d'indemnités selon l'art. 11, al. 3, LACI. Les prestations volontaires ne sont prises en compte que pour la part qui dépasse le montant maximal fixé à l'article 3 al. 2 LACI, soit le montant maximal du gain mensuel assuré dans l'assurance-accidents obligatoire, soit CHF 126'000.- par an et CHF 346.- par jour selon l'art. 22 al. 1 de l'ordonnance sur l'assurance-accidents (OLAA ; RS 832.202). Le critère décisif est le caractère volontaire de la prestation. Il n'est pas déterminant que la prestation ait été convenue avant, pendant ou à la résiliation des rapports de travail. Elle peut trouver sa source dans un plan social ou un contrat (Vincent CARRON, Fin des rapports de travail et droit aux indemnités de chômage; retraite anticipée et prestations volontaires de l'employeur in Panorama en droit du travail, Rémy WYLER [éd.], Berne 2009, pp. 681-682). Selon la jurisprudence, une prestation destinée à compenser la perte des avantages économiques découlant de la préretraite n'est pas une prestation volontaire de l'employeur mais une indemnité pour cause de résiliation anticipée des rapports de travail au sens de l'art. 11 al. 3 LACI (ATF 139 V 384 consid. 5.4 in DTA 2014 p. 65). Cette jurisprudence se réfère cependant aux prestations prévues par l'ordonnance sur le personnel de la confédération (OPers ; RS 172.220.111.3). Le Tribunal fédéral a par ailleurs relevé qu'une indemnité de départ versée par la Ville de Genève pour financer un complément de pension constituait un revenu déterminant au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS (arrêt du Tribunal fédéral 8D\_3/2009 du 23 mars 2010 consid. 4.3). 10. a) En l'espèce, le recourant s'est vu allouer une prestation fondée sur l'art. 57(A) al. 5 du statut du personnel de l'B\_\_\_\_\_ (ci-après le statut, consulté en ligne à l'adresse

[http://www.sspta.ch/documents/StatutsB\\_\\_\\_\\_\\_.pdf](http://www.sspta.ch/documents/StatutsB_____.pdf)), dont la teneur est la suivante :

Lorsqu'un licenciement est déclaré injustifié par l'autorité de recours, cette dernière peut proposer la réintégration de l'intéressé et, en cas de refus de B\_\_\_\_\_, condamner celui-ci au paiement d'une indemnité ne dépassant pas dix-huit mois de salaire fixe. L'art. 31 al. 3 de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux (LPAC - B 5 05) prévoit qu'en cas de décision négative de l'autorité compétente, la chambre administrative de la Cour de justice fixe une indemnité dont le montant ne peut être inférieur à 1 mois et supérieur à 24 mois du dernier traitement brut à l'exclusion de tout autre élément de rémunération; concernant un employé, l'indemnité ne peut être supérieure à 6 mois. Dans un cas portant sur l'application de cette disposition, la chambre administrative s'est notamment référée à la jurisprudence rendue en application de l'art. 57(A) du statut (ATA/290/2014 du 29 avril 2014 consid. 7). Partant, on peut admettre que les critères régissant la fixation des indemnités selon ces deux normes sont identiques et se référer à la jurisprudence rendue en application de l'art. 31 al. 3 LPAC. Dans la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale en force jusqu'au 28

février 1998, l'art. 30 disposait que le membre du personnel licencié en

A/557/2014 - 18/24 - application des articles 17, alinéa 4, ou 23, peut recourir au Tribunal administratif (al. 1). Si ce tribunal retient que le licenciement est abusif, il peut proposer au Conseil d'Etat la réintégration (al. 2). En cas de décision négative du Conseil d'Etat, le tribunal fixe alors une indemnité dont le montant ne peut excéder 3 mois du traitement brut de l'intéressé au moment du licenciement, à l'exclusion de tout autre élément de rémunération, dans l'hypothèse de l'art. 17, alinéa 4, et 24 mois dans celle de l'article 23. Le commentaire du projet de loi de la commission ne donne aucune indication sur la nature de cette indemnité (Mémorial des séances du Grand Conseil de la République et canton de Genève, 1987/IV, Séance du

## **E. 15**

octobre 1987 p. 5023). Les travaux préparatoires relatifs à la LPAC révisée et entrée en vigueur le 1er mars 1998 n'amènent pas non plus d'éclairage sur la nature de l'indemnité prévue à l'art. 31 al. 3 LPAC (Mémorial des séances du Grand Conseil de la République et canton de Genève, 1996 43/VI, Exposé des motifs p. 6363). b) Dans sa jurisprudence antérieure à 2011 et portant sur l'octroi d'une indemnité fondée sur l'art. 31 al. 3 LPAC, le Tribunal administratif, alors compétent, ne tenait pas compte du retour en emploi dans la fixation de cette indemnité, ce critère n'apparaissant pas dans ses considérants (par exemple ATA/78/2011 du 8 février 2011 ; ATA/256/2000 du 18 avril 2000). Dans un arrêt du 30 octobre 2001, le Tribunal administratif a ainsi relevé que l'indemnité devait être fixée en prenant en considération des éléments tels que la nature et la gravité des faits ayant conduit au licenciement, ainsi que l'importance du préjudice subi par la personne licenciée. D'autres éléments pouvaient être pris en compte pour apprécier l'importance de la réparation à laquelle avait droit la personne licenciée, en raison de son préjudice économique et moral. Ces critères ne pouvaient cependant, en principe, être postérieurs à la période pendant laquelle cette personne était dans un rapport contractuel avec l'Etat, car c'est en sa qualité d'ancien employeur que ce dernier était appelé à répondre d'un dommage (ATA/676/2001 du 30 octobre 2001 consid. 2b). Dans un arrêt de 2011, la chambre administrative a modifié sa jurisprudence en ce sens qu'elle a considéré que les conclusions en paiement d'une indemnité d'un fonctionnaire limogé injustement étaient irrecevables lorsque ce dernier avait retrouvé un emploi. En effet, le but de l'indemnité prévue par l'art. 31 al. 3 LPAC n'était pas de réparer un éventuel tort moral ou de sanctionner un licenciement abusif, mais de pallier la non-réintégration d'une personne licenciée à tort (ATA/413/2011 du 28 juin 2011 consid. 3). L'indemnité ne pouvait couvrir que la période durant laquelle l'intéressé était resté sans emploi (ATA/525/2011 du 30 août 2011 consid. 7). Par la suite, la chambre administrative de la Chambre de céans est revenue sur sa pratique, dans un arrêt de principe rendu le 1er avril 2014 (ATA/193/2014) concernant une fonctionnaire désormais à la retraite. Dans ce contexte, elle a noté qu'une application trop stricte de sa jurisprudence récemment développée,

A/557/2014 - 19/24 - établissant un lien entre l'absence d'emploi et le droit à une indemnité, reviendrait à écarter par trop l'aspect de sanction de ce moyen d'obtenir la réparation d'un licenciement infondé. Une telle restriction dans l'application du droit à l'indemnité pourrait de plus conduire l'employeur étatique à ne pas respecter ses obligations légales lorsqu'il entendait licencier un fonctionnaire, dès lors que le risque d'avoir à payer des indemnités disparaissait si son ancien collaborateur avait retrouvé du travail ou n'était plus réintégré pour un autre motif. Partant, dans la fixation de l'indemnité fondée sur le

modèle de la LPAC, il y avait désormais lieu de tenir compte de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce, et de les apprécier sans donner une portée automatiquement prépondérante à certains aspects, comme le fait d'avoir ou non retrouvé un emploi en cours de procédure (ATA/193/2014 du 1er avril 2014 consid. 15 et 16). Ce revirement de jurisprudence a été confirmé dans plusieurs arrêts (ATA/195/2014 du 1er avril 2014 consid. 12, ATA/196/2014 du 1er avril 2014 consid. 12, ATA/439/2014 du 17 juin 2014 consid. 15; ATA/258/2014 du 15 avril 2014 consid. 8). Tous ces arrêts font l'objet de recours actuellement pendants devant le Tribunal fédéral. 11. Les indemnités octroyées en vertu de l'art. 336a CO (indemnité pour licenciement abusif) ou de l'art. 337c al. 3 CO (indemnité fixée par le juge en cas de résiliation injustifiée) sont de même nature et visent les mêmes buts (ATF 123 V 5 consid. 2a). Ces indemnités ont une double finalité, punitive et réparatrice. La finalité en partie réparatrice de l'indemnité résulte des mots mêmes utilisés par le législateur pour la désigner (indemnité, Entschädigung, indennità); elle découle aussi du fait que cette indemnité est versée non pas à l'Etat, comme une amende pénale, mais à la victime elle-même. Certes, l'indemnité ne représente pas des dommages-intérêts au sens classique, car elle est due même si la victime ne subit ou ne prouve aucun dommage. Revêtant un caractère sui generis, elle s'apparente à la peine conventionnelle. Le juge doit la fixer en équité. Dès lors que la loi lui impose de tenir compte de toutes les circonstances, il ne saurait faire abstraction des effets économiques du licenciement, qui peuvent aggraver les conséquences de l'atteinte portée aux droits de la personnalité du travailleur. En réservant, à l'art. 336a al. 2 in fine CO, les dommages-intérêts que la victime du congé pourrait exiger à un autre titre, le législateur a laissé ouvert le droit du travailleur de réclamer la réparation du préjudice résultant d'une cause autre que le caractère abusif du congé. Toutefois, rien ne permet de penser qu'il ait voulu par-là empêcher le juge de prendre en considération la situation économique des parties lors de la fixation de l'indemnité, alors que les travaux préparatoires en font précisément expressément mention parmi les facteurs pertinents (ATF 123 III 391 consid. 3c). On soulignera en outre qu'à l'instar d'une résiliation abusive, tout congé avec effet immédiat qui ne repose pas sur un juste motif comporte une atteinte aux droits de la personnalité du travailleur. Cette atteinte ouvre les droits précisément décrits à l'art. 337c CO, soit des dommages-intérêts (al. 1) et une indemnité sui generis (al. 3), dont il est admis qu'elle peut prendre en compte les effets économiques du licenciement (ATF 135 III 405 consid. 3.2).

A/557/2014 - 20/24 - 12. En l'espèce, en analysant la nature de l'indemnité prévue par l'art. 31 al. 3 LPAC à l'aune de l'art. 11 al. 3 LACI, force est de relever qu'il ne s'agit pas là d'une indemnité pour cause de résiliation anticipée des rapports de travail. Cette dernière indemnité vise en effet expressément la compensation des salaires perdus en raison de la résiliation anticipée injustifiée. Elle a pour effet de replacer le travailleur dans la situation qui aurait été la sienne si son contrat avait été résilié dans les délais légaux ou conventionnels. Or, l'indemnité prévue à l'art. 31 al. 3 LPAC n'est pas réservée aux seuls cas de suspension avec effet immédiat des rapports de travail, et il n'est pas contesté que le recourant a vu ses rapports de travail résiliés dans le délai statutaire et qu'il a continué à percevoir son traitement durant cette période. b) Reste à savoir si cette indemnité a pour fonction de remplacer le salaire, auquel cas l'art. 11 al. 3 LACI s'appliquerait, conformément aux considérants qui précèdent. La chambre administrative a retenu que tel n'était pas le cas dans sa récente jurisprudence, à l'issue d'une analyse que la Chambre de ceans fait sienne et à laquelle s'ajoutent les arguments suivants. Il faut tout d'abord relever que selon la lettre même de la loi, l'indemnité versée en application de l'art. 31 al. 3 LPAC

n'est pas conditionnée à une perte de salaire. Il n'est du reste pas inutile de noter que cette indemnité ne couvre pas systématiquement – dans le cadre des maxima qu'elle prévoit – l'intégralité de la période durant laquelle l'ancien employé de l'état est resté sans emploi (à titre d'exemple, cf. ATA/687/2009 du 22 décembre 2009 où une indemnité correspondant à quatre mois de salaire a été accordée à un employé sans travail depuis le 1er juin 2009). Il est vrai que le libellé de l'art. 31 al. 3 LPAC articule la fourchette de l'indemnité due au fonctionnaire licencié en mois de salaire – à l'instar d'ailleurs du mécanisme de fixation de l'indemnité de l'art. 337c al. 3 CO. Cependant, comme l'a relevé le Tribunal fédéral, le fait qu'une indemnité soit calculée en fonction du salaire ne suffit pas à lui conférer le caractère d'un revenu déterminant au sens de l'AVS (ATF 123 V 5 consid. 5 déjà cité). Par ailleurs, il sied de rappeler qu'en matière de rapports de service de droit public, un congé injustifié constitue toujours un acte illicite (Minh Son NGUYEN, La fin des rapports de service in Peter HELBLING/Tomas POLEDNA [éd.], Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Berne 1999, p. 448 ; Peter HÄNNI, La fin des rapports de service en droit public, RDAF 1995 p. 432). Au demeurant, le Tribunal fédéral, examinant l'art. 31 al. 3 LPAC dans sa teneur en force jusqu'au 31 mai 2007, qui prévoyait que seuls les fonctionnaires – à l'exclusion des employés – avaient droit à une indemnité en cas de licenciement non conforme au droit, a jugé cette réglementation insatisfaisante car le défaut de conséquence économique d'un licenciement contraire au droit vidait le recours au Tribunal administratif d'une part significative de son sens et le comportement illégal de l'Etat envers les employés n'était pas sanctionné. Dans ce contexte, notre Haute Cour a suggéré que le Tribunal administratif s'inspire de la réglementation de l'art. 336a

A/557/2014 - 21/24 - CO pour régler la situation des employés illégalement licenciés et non réintégrés par l'employeur (arrêt du Tribunal fédéral 2P.181/2006 du 28 novembre 2006 consid. 2.3 et 2.5). La doctrine semble aussi rapprocher l'indemnité versée par certains cantons en vertu du droit de la fonction publique aux employés licenciés de manière injustifiée qui ne peuvent être réintégrés de l'indemnité versée pour licenciement abusif en vertu de l'art. 336a CO (Tomas POLEDNA, Annäherungen ans Obligationenrecht in Peter HELBLING/Tomas POLEDNA [éd.], Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Berne 1999, pp. 230-231). Eu égard à ces éléments, on ne saurait nier que l'indemnité prévue à l'art. 31 al. 3 LPAC revêt notamment le caractère d'une sanction et qu'elle est similaire dans sa nature aux indemnités prévues par les art. 336a CO et 337c al. 3 CO, ce qui exclut de l'assimiler à un salaire au sens de l'art. 11 al. 3 LACI. Le fait que son montant soit également, dans une certaine mesure, destinée à réparer le préjudice économique subi par le fonctionnaire n'y fait pas échec, par analogie avec les indemnités précitées de droit privé, exclues du salaire déterminant malgré leur caractère en partie compensatoire. c) Par surabondance, la Chambre de céans relève qu'il ne serait pas équitable que l'indemnité due en vertu de l'art. 31 al. 3 LPAC soit intégralement considérée comme un salaire au sens de l'art. 11 al. 3 LACI, excluant ainsi le droit aux indemnités de chômage, alors que les prestations volontaires de l'employeur ne sont prises en compte qu'au-delà de CHF 126'000.- par année. En effet, la première sanctionne un comportement contraire au droit de l'employeur, qui peut entraîner un important préjudice financier et moral pour le travailleur. En revanche, les secondes sont par définition octroyées à bien plaisir, dans un contexte souvent moins conflictuel, sans nécessairement que l'employeur se soit rendu coupable d'une conduite illicite et sans les stigmates généralement attachés au licenciement dans la fonction publique. Il ne se justifie pas de favoriser les assurés qui ont bénéficié de certaines largesses de leur ancien employeur, en leur reconnaissant le droit de conserver les

prestations volontaires qui ne dépassent pas le montant maximal prévu, alors que ceux qui ont été victimes d'un licenciement non conforme au droit et qui ont dû faire valoir leurs droits en justice à leurs frais devraient rétrocéder l'indemnité qu'ils ont perçue à ce titre à la caisse de chômage. Partant, l'indemnité due en vertu de l'art. 31 LPAC ne constitue pas un droit au salaire ou une indemnité pour cause de résiliation anticipée des rapports de travail au sens de l'art. 11 al. 3 LACI. 13. Les autres arguments soulevés par l'intimée et l'appelé en cause ne permettent pas de parvenir à une autre conclusion. L'intimée fait notamment valoir que la loi prévoit la subrogation pour les indemnités versées à un fonctionnaire en attente d'une décision définitive sur son licenciement et paraît y voir une analogie avec le présent cas.

A/557/2014 - 22/24 - Il est exact que selon l'art. 10 al. 4 LACI, la suspension provisoire d'un rapport de service fondé sur le droit public est assimilée à du chômage, lorsqu'un recours avec effet suspensif contre la résiliation signifiée par l'employeur est pendant. L'art. 11 al. 5 LACI dispose que le Conseil fédéral règle la prise en considération de la perte de travail en cas de suspension provisoire d'un rapport de service fondé sur le droit public (art. 10, al. 4). Le Conseil fédéral a fait usage de cette délégation législative à l'art. 10 de l'OACI, dont la teneur est la suivante : si l'assuré a interjeté recours contre une suspension du versement de son salaire, liée à une procédure visant à mettre fin à un rapport de service fondé sur le droit public, la perte de travail que subit l'assuré est prise provisoirement en considération jusqu'au terme de la procédure principale. La caisse verse l'indemnité lorsque l'assuré remplit toutes les conditions dont dépend le droit à l'indemnité et qu'il est notamment apte au placement (al. 1). Par son versement, la caisse se substitue, jusqu'à concurrence du montant de l'indemnité, à l'assuré en ce qui concerne les droits de celui-ci au salaire et à des dommages-intérêts, droits à établir par la procédure en cours ou reconnus par l'employeur; la caisse est tenue de faire valoir sans délai ses droits envers l'employeur (al. 2). Si la procédure de recours révèle que, par son comportement et notamment par la violation des devoirs lui incombant en vertu de son contrat de travail, l'assuré a donné à son employeur des motifs justifiant la cessation du rapport de service, la caisse le suspend dans l'exercice de son droit et exige de lui qu'il rembourse les indemnités journalières reçues en trop (al. 3). La situation visée par cette disposition légale diffère toutefois du présent cas puisque les rapports de travail n'ont en l'espèce pas été suspendus mais résiliés, de telle sorte que l'art. 10 al. 4 LACI ne s'applique pas (arrêt du Tribunal fédéral C 260/01 du 5 mars 2002 consid. 2). Partant, ce grief tombe à faux. L'appelé en cause fait quant à lui valoir que le recourant n'aurait pas contesté la subrogation en cas de réintégration. Cependant, contrairement à ce qu'il allègue, le fait qu'un fonctionnaire réintégré perçoive son salaire, fût-il versé à titre rétroactif – et non une indemnité ayant en partie une vocation de sanction comme c'est le cas ici – est absolument essentiel pour déterminer s'il y a eu une perte de travail au sens de l'art. 11 al. 3 LACI. Or, l'annulation de la décision résiliant les rapports de service n'entraîne pas un rétablissement automatique du droit au salaire, l'art. 31 al. 2 et 3 LPAC ne prévoyant pas cette possibilité (ATA/787/2012 du 20 novembre 2012 consid. 3a). 14. Eu égard aux éléments qui précèdent, l'intimée n'est pas subrogée dans les droits du recourant à l'encontre de l'appelé en cause. Le recours est ainsi admis dans la mesure de sa recevabilité et la décision litigieuse annulée. Le recourant a droit à l'intégralité de l'indemnité due par l'appelé en cause, dont il lui appartiendra de requérir le paiement par ce dernier. Le recourant, qui obtient gain de cause, a droit à une indemnité de dépens qu'il convient de fixer à CHF 3'500.- Elle sera prise en charge par l'intimée.

A/557/2014 - 23/24 - Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant conformément à l'art. 133 al. 2 LOJ A la forme :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.