

GE_GERICHTE ATA/119/2016 vom 9. Februar 2016

GE Cour de justice, 2016-02-09, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_119_2016

FR: GE_GERICHTE ATA/119/2016 du 9 février 2016

IT: GE_GERICHTE ATA/119/2016 del 9 febbraio 2016

Regeste

Résumé: La chambre administrative est compétente à raison de la matière pour connaître des litiges en matière de rapports de travail entre la Fondation pour l'exploitation de pensions pour personnes âgées « La Vespérale » et ses employés. La recourante a conclu avec l'autorité intimée une convention de cessation des rapports de travail prévoyant un licenciement pour réorganisation. Constatation de la nullité du licenciement selon l'art. 336c al. 2 CO exclue, la recourante ayant accepté la fin des rapports de travail, tant antérieurement que postérieurement à la notification du congé. La prétention en paiement d'une indemnité de licenciement pour suppression de poste élevée par la recourante se heurte en l'espèce aux principes de la légalité et de la bonne foi. Recours rejeté.

Erwägungen

E. 26

septembre 2010 - LOJ - E 2 05). Elle examine d'office sa compétence, qui est déterminée par la loi et ne peut être créée par accord entre les parties (art. 11 al. 1 et 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

- 11/23 - A/1011/2015

b. 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), elle statue sur les recours formés contre les décisions des autorités et juridictions administratives au sens des art. 4, 4A, 5, 6 al. 1 let. a et e et 57 LPA (art. 132 al. 2 LOJ).

c. Selon l'art. 4 al. 1 LPA, sont considérées comme des décisions au sens de l'art. 1 LPA les mesures individuelles et concrètes prises par l'autorité dans le cas d'espèce fondées sur le droit public fédéral, cantonal, 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) et de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou obligations (let. c).

d. Sont notamment réputées autorités administratives les corporations et établissements de droit public (art. 5 let. e LPA). 2) a. Pour déterminer si un rapport juridique relève du droit privé ou du droit public, l'on ne peut se fonder sur la qualification juridique utilisée par les parties, le contenu réel du rapport de travail étant décisif (arrêts du Tribunal fédéral 2P.151/2005 du 9 février 2006 consid. 5 ; 2P.136/2005 du 14 décembre 2005 consid. 3.1.1 ; ATA/200/2014 du 1er avril 2014 consid. 2a). Si une autorité est partie audit rapport de droit, le droit public est présumé applicable. En outre, les conditions d'engagement dans le secteur public sont en principe fixées par des décisions soumises à acceptation (arrêts du Tribunal fédéral 2P.151/2005 précité consid. 5 ; 2P.136/2005 précité consid. 3.1.1).

b. Les fonctionnaires et les autres agents soumis au droit public sont nommés par décision. La nomination est un acte unilatéral soumis à l'accord de l'intéressé. L'acte d'engagement ne contient pas les clauses fixant un régime individuel, mais soumet le fonctionnaire nommé aux normes générales régissant la fonction publique. Il ne renferme de spécifique que ce qui est nécessaire à l'individualisation de la charge à remplir ou de certaines prestations particulières (ATA/200/2014 précité consid. 2b et les références citées).

La LPAC, qui définit les droits et devoirs des membres du personnel de la fonction publique qui lui sont assujettis (art. 2 al. 1 LPAC), dresse le catalogue du personnel de la fonction publique, pour les entités entrant dans son champ d'application (art. 1 LPAC), qui se compose de fonctionnaires, d'employés, d'auxiliaires, d'agents spécialisés et du personnel en formation (art. 4 al. 1 LPAC), lesquels sont soumis à un rapport de droit public. Le législateur a ainsi soumis à dessein tous les agents de l'État, auxquels la LPAC est applicable, au droit public, renonçant par la même occasion à les assujettir au droit privé (MGC 1996 43/VI 6330 p. 6350 ss).

- 12/23 - A/1011/2015

c. Le Tribunal fédéral et la doctrine admettent le principe de l'application du droit privé dans la relation de travail entre un agent public et une collectivité publique pour autant qu'une base légale expresse le prévoit (ATF 118 II 213 consid. 3 p. 217 ss ; arrêts du Tribunal fédéral 8C_467/2012 du 14 février 2013 consid. 5.4.1 ; 2P.18/2006 du 19 mars 2006 consid. 2.3 ; 2P.136/2005 précité consid. 3.2 ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, n. 269 et 270 p. 87 ss ; Blaise KNAPP, Précis de droit administratif, 1991, n. 3070 p. 628). En principe, les rapports entre l'État et ses agents doivent être soumis au droit public, des rapports de droit privé n'étant admissibles que dans des circonstances exceptionnelles, par exemple s'il s'agit de tâches de trop courte durée pour être confiées à des fonctionnaires et même à des employés ou, en cas de tâches spéciales, voire s'il est nécessaire d'individualiser le rapport juridique (ATA/823/2013 du 17 décembre 2013 consid. 2c ; ATA/582/2011 du 13 septembre 2011 consid. 4c ; ATA/362/2010 du 1er juin 2010 consid. 7b). Le législateur peut, en édictant une norme claire à cet effet, décider de soumettre au droit privé ou permettre à l'autorité d'application de soumettre au droit privé certains rapports de travail du personnel étatique. La base légale autorisant le recours au droit privé peut être fédérale, cantonale, voire communale dans la mesure où le droit cantonal le permet. Elle peut aussi consister en une prescription autonome d'une entité décentralisée, mais, dans ce cas, le droit de la collectivité dont dépend cette entité doit expressément autoriser celle-ci à prévoir le recours au droit privé dans ses prescriptions autonomes. La base légale doit être formelle, par respect du parallélisme des formes, lorsqu'elle permet de déroger à un principe d'engagement de droit public lui-même prévu dans une loi formelle, ce qui est en pratique presque toujours le cas. Plus généralement, le principe même du recours au droit privé devrait figurer dans une loi formelle, les modalités pouvant faire l'objet d'une délégation (Thierry TANQUEREL, Droit public et droit privé : unité et diversité du statut de la fonction publique, in Les réformes de la fonction publique, 2012, p. 71 à 73).

d. En l'espèce, selon l'art. 10 al. 2 des statuts de la fondation, établissement de droit public au sens de l'art. 5 let. e LPA, l'aLPAC s'applique par analogie à son personnel. Bien qu'elle se réfère à l'aLPAC et non à la LPAC actuellement en vigueur, cette disposition confirme que les rapports de service entre la fondation et ses employés sont soumis au droit public, ce que la chambre administrative a au demeurant déjà eu l'occasion de constater par le passé

(ATA du 10 octobre 1995 dans la cause A/64/1995 consid. 8c).

La chambre administrative est dès lors compétente à raison de la matière. 3)

L'intéressée recourt contre le courrier du 26 février 2015.

a. Les décisions doivent être désignées comme telles, motivées et signées, et indiquer les voies et délais de recours (art. 46 al. 1 LPA). Une notification irrégulière ne peut entraîner aucun préjudice pour les parties (art. 47 LPA).

- 13/23 - A/1011/2015

b. 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/569/2015 du 2 juin 2015 consid. 9 ; ATA/629/2013 du 24 septembre 2013 consid. 3).

c. 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 8C_220/2011 du 2 mars 2012 consid. 4.1.2 ; 8C_191/2010 du 12 octobre 2010 consid. 6.1 ; 1C_408/2008 du 16 juillet 2009 consid. 2 ; ATA/1339/2015 du 15 décembre 2015 consid. 2 et les références citées).

d. La voie du recours à la chambre administrative est ouverte en cas de litige entre un agent public et une collectivité publique portant sur des prétentions pécuniaires, dans tous les cas où la détermination relative à celles-ci peut sans difficulté faire l'objet d'une décision ordinaire (MGC 2007-2008/VIII A 6501 p. 6549). Le fonctionnaire ne peut plus intenter une action pécuniaire pour des prétentions fondées sur les rapports de service. Il doit formuler ses prétentions auprès de l'autorité qui, selon lui, viole ses droits (art. 4A LPA). L'autorité ouvre alors une procédure qui est régie par la LPA. Après avoir instruit la cause, l'autorité concernée prend une décision sujette à recours. La juridiction administrative n'intervient plus que sur recours contre cette décision. L'action contractuelle de l'art. 132 al. 3 LOJ n'est plus une voie de droit ouverte pour ce type de contentieux, étant désormais réservée à celui des contrats de droit public (ATA/1301/2015 du 8 décembre 2015 consid. 2b et les références citées).

e. En l'espèce, le recours est notamment dirigé contre le courrier de l'autorité intimée du 26 février 2015. Par ce dernier, l'autorité intimée a indiqué « opposer une fin de non-recevoir » et a donc rejeté la prétention en paiement d'une indemnité de licenciement pour suppression de poste formulée par la recourante le 2 février 2015.

Le courrier du 26 février 2015, précisant la position de l'autorité intimée, constitue par conséquent une décision sujette à recours. Bien qu'il ne soit pas désigné en tant que décision et ne comporte la mention ni de la voie et ni du délai de recours, l'intéressée a recouru à son encontre dans le délai de trente jours prévu par l'art. 62 al. 1 let. a LPA, de sorte qu'elle n'a subi aucun préjudice.

Au vu de ce qui précède, le recours à l'encontre de la décision de l'autorité intimée du 26 février 2015 est sous cet aspect recevable.

- 14/23 - A/1011/2015 4)

La recourante s'est toutefois engagée à n'entreprendre aucune démarche judiciaire contre l'autorité intimée.

a. Selon l'art. 5 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit est la base et la limite de l'activité de l'État. Le principe de la légalité se compose de deux éléments : le principe de la suprématie de la loi et le principe de l'exigence de la base légale. Le premier signifie que l'autorité doit respecter l'ensemble des normes juridiques ainsi que la hiérarchie des normes. Le second implique que l'autorité ne peut agir que si la loi le lui permet ; son action doit avoir un fondement dans une loi (ATA/52/2015 du 13 janvier 2015 consid. 2a ; Pierre MOOR/Alexandre FLÜCKIGER/Vincent MARTENET, Droit administratif, vol. 1, 3ème éd., 2012, p. 621s, 624 et 650 ; Thierry TANQUEREL, op. cit., 2011, n. 448, 467 ss et 476 ss).

b. En l'espèce, la recourante et l'autorité intimée ont conclu une « convention concernant les modalités de départ » le 22 juin 2014, laquelle prévoyait notamment à son art. 7 que, moyennant sa bonne et fidèle exécution, l'intéressée renonçait à faire valoir à l'encontre de la fondation toute prétention découlant des rapports de services et s'engageait à n'entreprendre aucune démarche judiciaire. En vertu du principe de la légalité, l'autorité intimée et la recourante ne pouvaient toutefois pas écarter l'application des dispositions légales de droit public applicables, en particulier supprimer la possibilité de recourir contre les décisions de l'autorité intimée, le recours étant ouvert en vertu des art. 132 LOJ et 57 ss LPA.

Le recours contre la décision de la fondation du 26 février 2015 sera par conséquent déclaré recevable. 5)

La recourante recourt également contre le « rejet implicite » de délivrance et de modification de son certificat de travail final.

a. Il convient préalablement d'examiner si la LPAC est applicable par analogie, les statuts renvoyant à l'aLPAC par analogie. Cette dernière a été abrogée et remplacée par la LPAC à compter du 1er mars 1998. L'art. 10 al. 2 des statuts ne figure pas parmi les dispositions modifiées le 14 octobre 2006 (PL 9'831-A, Rapport de la Commission des finances chargée d'étudier le projet de loi du Conseil d'État approuvant les modifications des statuts de la Fondation pour l'exploitation de pensions pour personnes âgées « La Vespérale » [PA 649.00], p. 3). Il s'agit dès lors d'une disposition vraisemblablement adoptée avant l'adoption de la LPAC, renvoyant à la loi alors en vigueur, l'aLPAC, et dénotant la volonté de la fondation de soumettre son personnel au même régime que le personnel de l'administration cantonale. Il convient par conséquent d'appliquer par analogie le régime actuellement en vigueur, soit le régime de la LPAC.

- 15/23 - A/1011/2015

b. Selon l'art. 31A LPAC, tout membre du personnel peut recourir à la chambre administrative contre les décisions relatives à un certificat de travail le concernant.

Par décision au sens de cet article, il faut entendre les décisions formelles rejetant une demande de modification de certificat de travail formée par le travailleur auprès de

l'autorité qui l'a employé (ATA/447/2007 du 4 septembre 2007 consid. 4a).

c. En tant que tel, le certificat de travail constitue un acte matériel et non une décision administrative au sens de l'art. 4 LPA, car il ne crée pas, ni ne modifie, n'annule ou ne constate des droits ou des obligations. Il est néanmoins apparu nécessaire au législateur que cet acte matériel puisse être attaqué en raison des conséquences que son contenu peut avoir sur la carrière professionnelle de l'employé. Dans le système instauré par le législateur, il apparaît toutefois cohérent et conforme au principe de l'économie de procédure de n'ouvrir la voie du recours qu'après que l'autorité a pu se déterminer sur la modification souhaitée par l'employé. Il résulte de ces considérations que la communication du certificat de travail n'est pas soumise aux exigences formelles de la procédure administrative, applicable aux décisions (indication des voies et délai de recours notamment). En revanche, la détermination de l'autorité rejetant la demande de modification formée par l'employé doit respecter les exigences de forme et de procédure imposées par la loi : respect du droit d'être entendu, notification, etc. (ATA/271/2015 du 17 mars 2015 consid. 1c).

d. Lorsqu'une autorité mise en demeure refuse sans droit de statuer ou tarde à se prononcer, son silence est assimilé à une décision (art. 4 al. 4 LPA). Dans un tel cas, une partie peut recourir en tout temps pour déni de justice ou retard non justifié, si l'autorité concernée ne donne pas suite rapidement à la mise en demeure prévue à l'art. 4 al. 4 LPA (art. 62 al. 6 LPA).

e. En l'espèce, l'autorité intimée a transmis le 13 janvier 2015 à la recourante la version qu'elle estimait finale du certificat de travail, laquelle devait être signée d'ici à la fin de la semaine. Le 15 janvier 2015, la recourante a toutefois formulé une demande de modifications de ce dernier, transmettant à la fondation la version du certificat de travail souhaitée. Dans son recours contre la décision du 26 février 2015, laquelle n'avait pas pour objet le certificat de travail, la recourante a formulé des conclusions en modification de son certificat de travail, argumentant que l'autorité intimée avait implicitement rendu une décision de refus de délivrance et de modification. Il ressort toutefois du dossier qu'à la date du recours, aucun certificat de travail définitif n'avait été délivré à la recourante, ni aucune décision formelle quant aux demandes de modification du projet de certificat de travail notifiée. Les conclusions de la recourante étaient dès lors prématurées. Au surplus, la recourante n'allègue pas avoir mis en demeure l'autorité intimée de rendre une décision relative à sa demande de modifications et

- 16/23 - A/1011/2015 d'avoir été victime d'un déni de justice. Il convient d'ailleurs de constater que l'autorité intimée a finalement délivré un certificat de travail final à la recourante, en avril 2015, intégrant uniquement une partie des modifications sollicitées. Il revenait dès lors, cas échéant, à la recourante de recourir contre le certificat de travail ainsi délivré.

Au vu de ce qui précède, n'étant pas dirigé contre une décision ni formé pour déni de justice, le recours du 26 mars 2015, en tant qu'il concerne le certificat de travail de la recourante, est irrecevable. 6)

L'autorité intimée a formulé des conclusions subsidiaires tendant à la condamnation de la recourante à lui rembourser la somme de CHF 9'600.-, correspondant à la prise en charge du programme de « coaching ».

a. L'acte de recours contient, sous peine d'irrecevabilité, la désignation de la décision attaquée et les conclusions du recourant (art. 65 al. 1 LPA). L'acte de recours contient également l'exposé des motifs ainsi que l'indication des moyens de preuve. Les pièces dont dispose le recourant doivent être jointes. À défaut, la juridiction saisie impartit un bref délai au recourant pour satisfaire à ces exigences, sous peine d'irrecevabilité (art. 65 al. 2 LPA).

b. L'objet du litige est principalement défini par l'objet du recours (ou objet de la contestation), les conclusions du recourant et, accessoirement, par les griefs ou motifs qu'il invoque. L'objet du litige correspond objectivement à l'objet de la décision attaquée, qui délimite son cadre matériel admissible (ATF 136 V 362 consid. 3.4 et 4.2 p. 365 ss ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_581/2010 du 28 mars 2011 consid. 1.5 ; ATA/809/2015 du 11 août 2015 consid. 2b et les références citées). La contestation ne peut excéder l'objet de la décision attaquée, c'est-à-dire les prétentions ou les rapports juridiques sur lesquels l'autorité inférieure s'est prononcée ou aurait dû se prononcer. L'objet d'une procédure administrative ne peut donc pas s'étendre ou qualitativement se modifier au fil des instances, mais peut tout au plus se réduire dans la mesure où certains éléments de la décision attaquée ne sont plus contestés. Ainsi, si un recourant est libre de contester tout ou partie de la décision attaquée, il ne peut pas prendre, dans son mémoire de recours, des conclusions qui sortent du cadre des questions traitées dans la procédure antérieure (ATA/809/2015 précité consid. 2b et les références citées).

c. En l'espèce, par sa décision du 26 février 2015, l'autorité intimée a refusé d'accorder l'indemnité de licenciement pour suppression de poste sollicitée par la recourante, de sorte que l'objet du litige se limite à la conformité au droit de ce refus. La fondation y a certes également indiqué avoir l'intention de réclamer la restitution du montant versé au titre du programme de « coaching » dans l'éventualité où l'intéressée saisirait la justice pour faire valoir ses prétentions. Cette indication constitue cependant une simple information donnée à la recourante et non une décision touchant à ses droits et obligations.

- 17/23 - A/1011/2015

Au demeurant, la possibilité de former un recours incident par la simple production de conclusions motivées au moment du dépôt de la réponse au recours n'est pas offerte par la LPA (ATA/693/2015 du 30 juin 2015 consid. 2c ; ATA/700/2014 du 2 septembre 2014 consid. 2b).

Au vu de ce qui précède, les conclusions de l'autorité intimée tendant à la condamnation de la recourante à la restitution du montant de CHF 9'600.- sont exorbitantes au litige et seront déclarées irrecevables. 7)

La recourante a produit une liste de témoins à l'appui de son recours.

a. Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes et d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes (arrêts du Tribunal fédéral 2C_545/2014 du 9 janvier 2015 consid. 3.1 ; 2D_5/2012 du 19 avril 2012 consid. 2.3).

b. Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il 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 136 I 229 consid. 5.2 p. 236 ; 134 I 140 consid. 5.3 p. 148 ; 131 I 153 consid. 3 p. 158).

; arrêts du Tribunal fédéral 1C_119/2015 du 16 juin 2015 consid. 2.1 ; ATA/695/2015 du 30 juin 2015 consid. 2a).

c. En l'espèce, vu les écritures et les chargés versés à la procédure par les parties, la chambre administrative dispose de tous les éléments et pièces lui permettant de statuer en connaissance de cause, de sorte que l'audition des personnes figurant sur la liste de témoins de la recourante, qui n'est pas de nature à influencer sur l'issue du litige, ne s'avère pas utile.

Il ne sera dès lors pas donné suite aux requêtes de la recourante. 8)

Le recours porte sur la conformité au droit du refus d'accorder à la recourante une indemnité de licenciement pour suppression de poste. 9)

Le licenciement prévu par la convention a été notifié par courrier recommandé du 15 septembre 2014, soit pendant une période d'incapacité de travail, de sorte qu'il convient préalablement de vérifier sa validité, sous l'angle de la nullité uniquement.

a. La nullité d'une décision peut être constatée en tout temps et d'office par n'importe quelle autorité, y compris en instance de recours (ATF 136 II 415 consid. 1.2 p. 417 ; 132 II 342 consid. 2.1 p. 346).

- 18/23 - A/1011/2015

b. Selon l'art. 44A du règlement d'application de la LPAC du 24 février 1999 (RPAC - B 5 05.01), les art. 336c et 336d CO sont applicables par analogie. À teneur de l'art. 336c al. 1 let. b CO, qui régit la résiliation en temps inopportun par l'employeur, après le temps d'essai, ce dernier ne peut pas résilier le contrat pendant une incapacité totale ou partielle résultant d'une maladie ou d'un accident non imputables à la faute du travailleur durant cent quatre-vingts jours à partir de la sixième année de service. Le congé donné pendant cette période est nul (art. 336c al. 2 CO).

Lorsqu'un employé est incapable de travailler pour cause de maladie ou d'accidents successifs n'ayant aucun lien entre eux, chaque nouvelle maladie ou chaque nouvel accident fait courir un nouveau délai légal de protection, durant lequel l'employeur ne peut valablement résilier le contrat de travail (cumul dit intralittéral ; ATF 120 II 124 consid. 3d p. 126 s. ; arrêts du Tribunal fédéral 1C_296/2008 et 1C_310/2008 du 5 mars 2009 consid. 2.1). Il n'y a pas de nouveau délai de protection si la nouvelle incapacité provient de la même cause médicale que l'ancienne. Ainsi, une rechute ou une affection faisant suite à une maladie précédente avec laquelle elle présente des liens, par exemple une dépression suivant un « burnout », ne font pas courir un nouveau délai (arrêts du Tribunal fédéral 4A_117/2007 et 4A_127/2007 du 13 septembre 2007 consid. 5). Il en va de même en cas d'aggravation de la même maladie (arrêt du Tribunal fédéral 4C.346/2004 du 15 février 2005 consid. 5.1).

Le délai de protection commence à courir avec le début de l'incapacité de travail, le moment déterminant étant celui où le salarié reçoit le congé (ATF 113 II 259 consid. 2). À l'expiration de la période de protection, l'employeur peut librement résilier le contrat, même si le travailleur est toujours en incapacité de travail (Rémy WYLER/Boris HEINZER, op. cit., p. 688).

c. Aux termes de l'art. 5 al. 3 Cst., les organes de l'État et les particuliers doivent agir conformément aux règles de la bonne foi. Cela implique notamment qu'ils s'abstiennent d'adopter un comportement contradictoire ou abusif (ATF 136 I 254 consid. 5.2 ; 134 V 306

consid. 4.2) et leur impose un comportement loyal et digne de confiance dans les actes avec autrui. Ne peut toutefois prétendre à être traité conformément aux règles de la bonne foi que celui qui n'a pas lui-même violé ce principe de manière significative. On ne saurait ainsi admettre, dans le cas d'espèce, de se prévaloir de son propre comportement déloyal et contradictoire (arrêt du Tribunal fédéral 2A.52/2003 du 23 janvier 2004 consid. 5.2, traduit in RDAF 2005 II 109 ss, spéc. 120 ; ATA/91/2015 du 20 janvier 2015 consid. 5 ; ATA/460/2014 du 17 juin 2014 consid. 6 ; ATA/26/2012 du 17 janvier 2012 consid. 10 ; Thierry TANQUEREL, op. cit., 2011, n. 580).

d. Dans un arrêt non publié, le Tribunal fédéral a retenu que l'employé était tenu d'aviser son employeur de son incapacité de travail en vertu de son obligation

- 19/23 - A/1011/2015 de fidélité (art. 321a al. 1 CO), qui subsistait aussi longtemps que les rapports de travail n'avaient pas pris fin, soit au plus tôt à l'échéance du délai de congé, contesté. Dans le cas d'espèce, à partir de son licenciement (le 16 janvier 2002) et surtout des consultations médicales qui avaient suivi, chez le médecin traitant, puis chez un spécialiste, l'employé devait effectuer cette démarche simple, dès qu'il était sorti de la phase aiguë de la maladie, sans attendre près de trois mois comme il l'avait fait, avant d'agir par l'intermédiaire de son avocat, le 3 avril 2002. Même s'il était au bénéfice de la période de protection jusqu'au 8 mars 2002, ce que l'employeur ignorait avant de le contester, l'employé devait communiquer cette incapacité de travail pour que l'employeur puisse sauvegarder ses droits à son égard, notamment par la notification d'une nouvelle déclaration de résiliation claire et univoque, après l'échéance du délai de protection de l'art. 336c al. 1 let. b CO. Ainsi, en tardant à remettre les certificats médicaux, ou à faire connaître son incapacité de travail, l'employé avait porté atteinte aux intérêts légitimes de l'employeur, même si, dans le cas concret, il n'en était pas résulté de préjudice pour ce dernier (arrêt du Tribunal fédéral 4C.346/2004 précité consid. 5.1).

D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue en relation avec l'art. 336c CO, seules des circonstances tout à fait exceptionnelles permettent à l'employeur de se prévaloir d'un abus de droit (art. 2 al. 2 CC) de la part du travailleur, car, à défaut, la protection assurée au travailleur par des dispositions impératives peut se révéler illusoire. Les cas typiques d'abus de droit sont l'absence d'intérêt à l'exercice d'un droit, l'utilisation d'une institution juridique contrairement à son but, la disproportion manifeste des intérêts en présence, l'exercice d'un droit sans ménagement ou l'attitude contradictoire. L'examen de l'abus de droit doit se faire au cas par cas, en tenant compte des circonstances propres à chaque litige (ATF 135 III 349 consid. 3 p. 355 et les arrêts cités).

Ainsi, afin de déterminer si le travailleur qui invoque la protection de l'art. 336c CO commet un abus de droit au sens de l'art. 2 al. 2 CC, il convient d'examiner dans le cas particulier sur quel intérêt supérieur se fonde la norme en question et quel est le poids de cet intérêt par rapport à la violation du principe de la bonne foi (arrêt du Tribunal fédéral 4C.346/2004 précité consid. 5.3).

e. En l'espèce, au mois de juillet 2014, alors que la recourante - en incapacité de travail totale ou partielle depuis le 8 novembre 2013 pour des raisons psychiques - n'était plus couverte par la protection de l'art. 336c CO, elle a convenu, avec l'autorité intimée, du principe de la résiliation des rapports de service pour réorganisation et de sa notification en septembre 2014 avec effet au

décembre 2014, ce qui démontre qu'elle avait accepté son licenciement. Elle a ensuite confirmé cette acceptation en renonçant à recourir contre la décision de licenciement notifiée, comme convenu, en septembre 2014. Il convient à cet égard de constater que la recourante a produit, pour démontrer son incapacité de travail pour cause d'affection physique du 20 août au 27 octobre 2014, un certificat

- 20/23 - A/1011/2015 médical daté du 5 mars 2015, de sorte que rien n'indique qu'elle ait informé l'autorité intimée de cette nouvelle incapacité de travail pour des causes non psychiques - et donc d'une éventuelle nouvelle période de protection existant à la date de notification du congé - avant la présente procédure de recours. Finalement, bien que son acte de recours évoque la question du congé en temps inopportun, elle n'a en réalité jamais remis en cause son licenciement, puisqu'elle déduit de ce point uniquement un éventuel droit au salaire jusqu'au 31 mars 2015, sans toutefois inclure une telle prétention dans ses conclusions, et sollicite encore aujourd'hui l'invalidation de la convention uniquement sous son aspect pécuniaire. Il apparaît dès lors que la recourante a accepté la fin des rapports de travail et ne souhaite pas la remettre en cause.

Dans ces circonstances, il ressort clairement du dossier que la recourante n'entend pas remettre en cause la fin des rapports de travail, qu'elle a acceptée tant antérieurement que postérieurement à la notification de la résiliation. Il serait dès lors contraire à l'esprit et au but de protection de l'employé de l'art. 336c CO que de constater la nullité du licenciement dans les circonstances particulières du cas d'espèce, ce qui exclut une telle constatation. 10) La recourante estime avoir droit à une indemnité de licenciement pour suppression de poste.

a. Aux termes de l'art. 23 LPAC, lorsque, pour des motifs de réorganisation ou de restructuration du service, un poste occupé par un membre du personnel régulier est supprimé, le Conseil d'État, la commission de gestion du pouvoir judiciaire ou le conseil d'administration peut résilier les rapports de travail (al. 1). En cas de résiliation, seul le fonctionnaire reçoit une indemnité égale à six fois son dernier traitement mensuel de base, plus 0,2 fois son dernier traitement mensuel de base par année passée au service de l'État ou de l'établissement, une année entamée comptant comme une année entière. Le nombre de mois d'indemnités versées ne peut excéder le nombre de mois restant à courir jusqu'à l'âge légal de retraite du fonctionnaire (al. 4). Aucune indemnité n'est due en cas de transfert du fonctionnaire dans l'administration cantonale, les services centraux et greffes du pouvoir judiciaire, une corporation publique genevoise, un établissement public genevois, une fondation de droit public genevois ou toute autre entité qui se réfère, pour son personnel, à la présente loi (al. 5).

b. En l'espèce, si l'autorité intimée a notifié à la recourante, par courrier recommandé du 15 septembre 2014, son licenciement du fait de la nécessité de réorganiser le service comptable de la fondation, il apparaît qu'il ne s'agit en réalité pas d'un véritable licenciement pour suppression de poste.

Il ressort en effet du dossier que la situation n'était plus supportable pour la recourante, laquelle était soucieuse que sa souffrance au travail prenne fin et que la « séparation » se fasse par un licenciement, afin que ses droits au chômage ne

- 21/23 - A/1011/2015 soient pas compromis, comme elle l'a confirmé dans sa réplique du 4 juin 2015. Elle s'est dans ces circonstances mise d'accord avec la fondation sur le principe, les modalités et les conséquences financières de la fin des rapports du travail. La recourante a d'ailleurs confirmé qu'elle avait accepté l'idée d'un départ négocié. Il sera à cet égard

constaté que, si la convention a été élaborée alors qu'elle se trouvait en incapacité de travail depuis plusieurs mois en raison de sa situation professionnelle, l'intéressée était assistée dans ce processus par une secrétaire syndicale, laquelle a participé à l'entretien du 17 juillet 2014, revu le projet transmis par la fondation et considéré que tout était en ordre avant sa signature le 22 juillet 2014.

Le licenciement de la recourante n'est par conséquent pas intervenu dans le cadre d'une réorganisation au sein de la fondation, mais sur accord entre la fondation et son employée.

Par ailleurs, en négociant son départ par le biais d'un licenciement afin de préserver ses droits en matière d'assurance-chômage, en signant la convention prévoyant un licenciement pour réorganisation du service sans solliciter d'indemnité, puis en réclamant une indemnité pour suppression de poste, la recourante a adopté une attitude contradictoire et déloyale.

Dans ces circonstances, la prétention élevée par la recourante se heurte tant au principe de la légalité, aucune indemnité pour suppression de poste n'étant due en l'absence de licenciement au sens de l'art. 23 LPAC, qu'au principe de la bonne foi.

L'autorité intimée a dès lors, à bon droit, refusé d'octroyer à la recourante une indemnité au sens de l'art. 23 al. 4 LPAC. Le grief sera écarté.

11) Au vu de ce qui précède, le recours sera déclaré irrecevable en tant qu'il concerne l'absence de délivrance et de modification du certificat de travail et sera rejeté en tant qu'il est dirigé contre le refus de l'autorité intimée d'accorder à la recourante une indemnité de licenciement. 12) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 1'000.- sera allouée à la fondation, à la charge de la recourante (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

- 22/23 - A/1011/2015

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