

# **GE\_GERICHTE ATA/193/2014 vom 1. April 2014**

GE Cour de justice, 2014-04-01, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_193\\_2014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_193_2014)

FR: GE\_GERICHTE ATA/193/2014 du 1 avril 2014

IT: GE\_GERICHTE ATA/193/2014 del 1 aprile 2014

## **Regeste**

Résumé: Violation du droit d'être entendu lors de la résiliation des rapports de service pour motif fondé, la fonctionnaire n'ayant pas pu s'exprimer avant que soit prise la décision de la licencier. Le licenciement étant contraire au droit, il est annulé. Le licenciement étant intervenu par décision exécutoire nonobstant recours, l'employeur n'étant pas revenu sur sa décision en cours de procédure, la chambre a retenu qu'il ne voulait pas la réintégrer. De surcroît, la recourante étant à la retraite anticipée, elle ne pouvait plus être réintégrée. Contrairement aux dernières jurisprudences de la chambre administrative, le versement d'une indemnité au sens de l'art. 31 al.3 LPAC n'est pas limité au cas où la réintégration peut encore intervenir. Revirement de jurisprudence. Dans la fixation de l'indemnité précitée il y a 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 retrouvé ou non un emploi en cours de procédure. En l'occurrence indemnité arrêtée à quinze mois du dernier traitement brut de la recourante, sans intérêts moratoires en l'absence de conclusions sur ce point.

## **Erwägungen**

### **E. 3**

juillet 2006 consid. 3.2 et les arrêts cités ; Andreas AUER / Giorgio MALINVERNI / Michel HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Berne 2006, Vol. 2, 2ème éd., p. 603 n. 1315 ss ; Benoît BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 198). Quant à l'art. 6 § 1 CEDH, il n'accorde pas au justiciable de garanties plus étendues que celles découlant de l'art. 29 al. 2 Cst. (Arrêt du Tribunal fédéral 4P.206/2005 du 11 novembre 2005 consid. 2.1 et les arrêts cités).

Le droit d'être entendu sert non seulement à établir correctement les faits, mais constitue également un droit indissociable de la personnalité, garantissant à un particulier de participer à la prise d'une décision qui touche sa position juridique. Il comprend, en particulier, le droit pour la personne concernée de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, celui de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision, d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos. En tant que droit de participation, le droit d'être entendu englobe donc tous les droits qui doivent être attribués à une partie pour qu'elle puisse faire valoir efficacement son point de vue dans une procédure (ATF 132 II 485 consid. 3.2 p. 494 ; 129 II 497 consid. 2.2 p. 504 ss et les références citées). L'étendue du droit de s'exprimer ne peut pas être déterminée de manière générale mais doit être définie au regard des intérêts concrètement en jeu. L'idée maîtresse est qu'il faut permettre à une partie de pouvoir mettre en évidence son point de vue de manière efficace (ATF 111 Ia 273 consid. 2b p. 274 ; 105 Ia 193 consid. 2b/cc p. 197). En matière de

rapports de travail de droit public, des occasions relativement informelles de s'exprimer avant le licenciement peuvent remplir les exigences du droit constitutionnel d'être entendu, pour autant que la personne concernée ait compris qu'une telle mesure pouvait entrer en ligne de compte à son encontre (Arrêts du Tribunal fédéral 1C\_560/2008 du 6 avril 2009 et 1C\_103/2007 du 7 décembre 2007 consid. 5.3). La personne concernée ne doit pas seulement connaître les faits qui lui sont reprochés, mais doit également savoir qu'une décision allant dans une certaine direction est envisagée à son égard (consid. 5.2 non publié aux ATF 136 I 39 de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C\_158/2009 du 2 septembre 2009 ; Arrêt du Tribunal fédéral 8C\_643/2011 du 21 juin 2011 consid. 4.3 et les arrêts cités).

c. La réparation d'un vice de procédure en instance de recours et, notamment, du droit d'être entendu, n'est possible que lorsque l'autorité dispose du même pouvoir d'examen que l'autorité inférieure (ATA/452/2008 du 2 septembre 2008 consid. 2b ; ATA/430/2008 du 27 août 2008 consid. 2 ; Pierre MOOR, Droit administratif, Les actes administratifs et leur contrôle, vol. 2, 2ème éd., Berne 2002,

- 26/32 - A/4115/2010 ch. 2.2.7.4 p. 283). Tel n'est pas le cas en l'espèce, la chambre de céans ne pouvant revoir l'opportunité d'une décision de licenciement et substituer, dans ce cadre, sa propre appréciation à celle de l'autorité intimée (ATA/525/2011 du 30 août 2011). 9)

En l'espèce, les enquêtes ont démontré que l'entretien du 22 juillet 2010 avait porté sur la gestion de l'absence de longue durée de la recourante, les modalités de sa reprise de travail ainsi que les problèmes qu'elle avait rencontrés avec sa hiérarchie. A aucun moment au cours de cette réunion n'avait été évoquée l'hypothèse d'un licenciement. De même, dans l'échange de correspondance qui a suivi entre les parties, l'éventualité d'un licenciement n'a pas été mentionnée, les HUG se bornant à évoquer « des mesures plus drastiques à son égard » dans leur courrier du 10 septembre 2010. Il n'a pas été indiqué à la recourante qu'en omettant de se rendre à l'entretien du 5 octobre 2010 elle s'exposait à un licenciement. Aucune procédure de licenciement n'a été ouverte à son encontre. L'existence d'un motif fondé n'a jamais été instruite. La recourante n'a été ni entendue à ce sujet, ni invitée à participer à l'administration des preuves. Partant, la résiliation des rapports de service viole le droit d'être entendu de la recourante.

La violation de cette garantie procédurale est manifeste et grave puisque la recourante n'a jamais eu l'occasion de se prononcer sur un éventuel licenciement, et elle était décelable par les intimés. L'argumentation des HUG, selon laquelle celle-ci aurait renoncé à exercer son droit d'être entendu, ne résiste pas à l'examen. En effet, la recourante ne pouvait pas renoncer à ce droit dès lors que l'éventualité d'un licenciement n'avait même pas été évoquée.

Il résulte au contraire de la procédure que les HUG ont totalement méconnu la situation personnelle de leur collaboratrice. Ils ont en effet persisté à étudier les modalités d'une reprise du travail en se fondant sur un avis médical de janvier 2010, alors même qu'un retour en emploi avait été tenté au printemps 2010 et qu'il avait échoué, les docteurs MOURON et LAURENCET ayant renouvelé puis prolongé l'arrêt maladie de la recourante. Les HUG n'ont pas tenu compte de l'avis de leur propre médecin-conseil, le Dr ANDREY, qui avait examiné la recourante en mai 2010 et avait considéré que son incapacité de travail était justifiée, faisant toujours référence à la visite médicale de janvier 2010. L'audition de la Dresse B \_\_\_\_\_ a encore démontré que le contexte professionnel

dans lequel évoluait la recourante était de nature à provoquer une perte de confiance en elle et un épuisement physique et psychologique, sans doute aggravés par la maladie qui a été découverte plus tard, alors que l'attitude des HUG avait consisté à nier la gravité du cas de la recourante.

A la décharge des intimés, cette dernière n'a pas collaboré activement avec eux. Si sa réticence à être examinée par la Dresse BÄHLER peut être compréhensible, il est à tout le moins curieux qu'elle n'ait pas été en mesure d'exposer par écrit ses difficultés avec sa hiérarchie alors qu'elle avait été

- 27/32 - A/4115/2010 expressément invitée à le faire, disposant d'un délai supérieur à un mois à cet effet. Cependant, malgré leurs difficultés à communiquer avec leur collaboratrice, il n'en demeure pas moins que les HUG ont pris leur décision de licenciement en ne respectant pas les droits procéduraux de cette dernière et que cette décision n'est pas conforme au droit. 10) Une décision entreprise pour violation du droit d'être entendu n'est en principe pas nulle, mais annulable (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.207/2001 du 12 novembre 2001 consid. 5a et les arrêts cités ; ATA/32/2010 du 11 mai 2010 et les références citées ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, ch. 916, p. 312). D'après la jurisprudence, la nullité d'une décision ne doit être retenue que si le vice dont celle-ci est entachée est particulièrement grave, s'il est manifeste ou du moins facilement décelable et si, en outre, la constatation de la nullité ne met pas sérieusement en danger la sécurité du droit (ATA/386/2011 du 21 juin 2011 et les références citées ; Thierry TANQUEREL, op.cit., ch. 910, p. 310).

La violation du droit d'être entendu de la recourante est d'une gravité certaine, compte tenu du caractère essentiel notoire du respect de cette garantie procédurale. Dans le cas d'espèce, un tel constat ne peut toutefois plus entraîner la nullité de la décision de résilier les rapports de service, pour des raisons tenant principalement à la sécurité du droit, compte tenu notamment des dispositions prises depuis lors par les deux parties. Le licenciement de la recourante, même non conforme au droit, ne peut pas être annulé compte tenu de la teneur de l'art. 31 al. 2 LPAC, qui ne permet à la chambre de céans ni d'annuler formellement le licenciement d'un fonctionnaire ni d'imposer sa réintégration mais uniquement de proposer cette dernière à son employeur, puis si cela n'est plus possible de traiter la question d'une indemnisation en vertu de l'art. 31 al. 3 LPAC. 11) En l'espèce, la recourante a été licenciée dans le respect certes du délai de trois mois pour la fin d'un mois de l'art. 21 al. 3 LPAC mais par une décision déclarée exécutoire nonobstant recours et sur laquelle les HUG ne sont pas revenus au cours de la procédure. Cela permet de retenir une volonté de leur part de se séparer définitivement de leur collaboratrice. En outre, celle-ci est à la retraite anticipée depuis le 1er février 2011, année de ses 63 ans. Elle ne peut donc plus être réintégrée au sein du personnel des HUG, si bien qu'il y a lieu de déterminer si elle a droit, en vertu de l'art. 31 al. 3 LPAC, à l'indemnité à laquelle elle conclut. 12) Dans ses derniers arrêts en matière de licenciement d'agents publics cantonaux, la chambre administrative a régulièrement rappelé que l'indemnité prévue à l'art. 31 al. 3 LPAC n'avait pas pour but de réparer un éventuel tort moral ou de sanctionner un licenciement abusif, mais de pallier le refus de l'employeur de réintégrer une personne licenciée à tort. Il n'y avait dès lors lieu

- 28/32 - A/4115/2010 d'entrer en matière sur le paiement d'une telle indemnité que si la réintégration du collaborateur licencié pouvait encore intervenir.

C'est ainsi que la chambre de céans n'est entrée en matière sur l'indemnisation d'une fonctionnaire licenciée en violation de son droit d'être entendu qu'en rapport avec les deux mois durant lesquels celle-ci n'avait pas retrouvé de travail (ATA/525/2011 précité) et qu'elle a appliqué le même principe dans des arrêts ultérieurs relatifs à la fixation d'une indemnité consécutive à un licenciement contraire au droit (ATA/161/2013 du 20 mars 2013 ; ATA/787/2012 du 20 novembre 2012) et qu'elle a refusé toute indemnité dans deux autres arrêts portant sur un licenciement pour suppression de poste parce que les recourants avaient retrouvé immédiatement du travail (ATA/335/2012 et ATA/336/2012 du

## **E. 5**

juin 2012). L'ATA/525/2011 précité est en fait consécutif à un arrêt de la chambre de céans portant sur le licenciement d'un fonctionnaire communal dans lequel les mêmes principes ont été appliqués après constat que le statut du personnel communal ne prévoyait le versement d'une indemnité que pour « pallier la possibilité de réintégrer la personne licenciée à tort » (sic ; ATA/413/2011 du 28 juin 2011). 13) Le principe de l'indemnisation de l'agent public licencié à tort en cas de refus par la collectivité publique de le réintégrer n'est pas nouveau. Il était déjà énoncé à l'art. 30 de la loi relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux du 15 octobre 1987 (aLPAC - B 5 05) remplacée depuis le 1er mars 1998 par la LPAC, le texte de l'ancienne disposition légale précitée ne différant pas dans son principe de celui de l'art. 31 al. 3 LPAC.

Dans les arrêts rendus depuis l'entrée en vigueur de la LPAC par la juridiction de céans jusqu'à l'ATA/525/2011, les restrictions jurisprudentielles actuelles à l'indemnisation d'un agent public n'apparaissent pas, ou ne sont pas prises en considération (ATA/78/2011 du 8 février 2011 ; ATA/793/2010 du 16 novembre 2010 ; ATA/569/2008 du 4 novembre 2008 ; ATA/676/2001 du 30 octobre 2001 ; ATA/256/2000 du 18 avril 2000). De même ne sont-elles pas prises en compte dans un arrêt postérieur (ATA/604/2012 du 11 septembre 2012). 14) Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le juge est, en principe, lié par un texte légal clair et sans équivoque. Ce principe n'est cependant pas absolu. En effet, il est possible que la lettre d'une norme ne corresponde pas à son sens véritable. Ainsi, l'autorité qui applique le droit ne peut s'en écarter que s'il existe des motifs sérieux de penser que le texte ne correspond pas en tous points au sens véritable de la disposition visée. De tels motifs peuvent résulter des travaux préparatoires, du fondement et du but de la prescription en cause, ainsi que de sa relation avec d'autres dispositions (ATF 138 II 557 consid. 7.1 p. 565-566 ; 138 V 445 consid. 5.1 p. 451 ; 131 I 394 consid. 3.2 p. 396 ; 131 II 13 consid. 7.1 p. 31 ; 130 V 479 consid. 5.2 p. 484 ; 130 V 472 consid. 6.5.1 p. 475).

- 29/32 - A/4115/2010

Dans le cas de l'art. 31 al. 3 LPAC ou de la disposition antérieure, les travaux préparatoires n'apportent pas d'information permettant de mieux appréhender le but poursuivi par cette indemnité. En revanche, il ressort clairement des débats parlementaires la volonté de prévoir des procédures de résiliation des rapports de service qui protègent les agents publics contre l'arbitraire, en échange d'un certain assouplissement du droit du licenciement (MGC 1997 IX 9641). 15) Par ailleurs, une application trop stricte de la jurisprudence récemment développée par la chambre de céans au sujet du lien entre droit à une indemnité et absence d'emploi reviendrait à écarter par trop l'aspect sanctionnateur, rappelé par le Tribunal fédéral dans un arrêt concernant le canton de Genève du 28 novembre 2006 dans la cause

2P.181/2006, de ce moyen d'obtenir réparation du caractère infondé d'un licenciement. Une telle restriction dans l'application du droit à l'indemnité pourrait par trop conduire l'employeur étatique à ne pas respecter ses obligations légales lorsqu'il entend licencier un fonctionnaire dès lors que le risque d'avoir à payer des indemnités n'existe plus si son collaborateur a retrouvé du travail ou n'est plus « réintégrable » pour un autre motif. Elle peut également être susceptible de diminuer la volonté de la personne licenciée de retrouver un emploi le plus rapidement possible, même moins bien rémunéré, puisque cela aurait un effet négatif sur l'indemnisation en cas de succès du recours, voire sur la recevabilité même de son recours.

C'est le lieu de relever également que la jurisprudence de la chambre de céans selon laquelle l'absence d'interruption entre la fin des rapports de service résiliés et un nouvel emploi entraînait la perte de l'intérêt au recours et, partant, son irrecevabilité, ne peut plus être appliquée sans nuance, au vu de l'évolution de la jurisprudence du Tribunal fédéral qui a, par exemple, admis, dans une espèce genevoise, qu'un fonctionnaire révoqué conservait un intérêt au contrôle de la légalité de la sanction qui lui avait été infligée indépendamment du fait qu'il ait retrouvé ou non un emploi en cours de procédure (Arrêt du Tribunal fédéral 8C\_897/2012 du 2 avril 2013). 16) Ainsi, dans la fixation de l'indemnité fondée sur le modèle de la LPAC, il y a lieu désormais 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. 17) Dans le cas particulier, l'instruction complémentaire menée à la suite de l'arrêt du Tribunal fédéral met en évidence que la recourante, par l'envoi de sa réponse du 23 février 2011 au secrétariat de la CEH, a déclenché sa mise à la retraite. Cependant, les enquêtes ont également révélé que cette prise de position avait été sollicitée par la CEH après que celle-ci avait été avertie par un avis informatique émanant de l'employeur que la recourante cessait ses activités au

- 30/32 - A/4115/2010 sein de l'hôpital. Or si cet avis informatique avait été adressé à la caisse de pension par les services des HUG malgré le recours interjeté par la fonctionnaire c'est parce que ces derniers avaient décrété exécutoire nonobstant recours leur décision de licenciement. Pour répondre aux interrogations du Tribunal fédéral, la chambre de céans retiendra que les deux parties ont joué un rôle dans le déclenchement du processus qui a débouché sur la mise à la retraite.

En fonction de la nouvelle interprétation de l'art. 31 al. 3 LPAC exposée ci-dessus, cette question perd cependant de son importance. Il est en effet établi que le licenciement de la recourante est contraire au droit. Dans la mesure où les intimés ont retiré tout effet suspensif à leur décision de licenciement et communiqué à la caisse de pension que leur collaboratrice quittait ses fonctions, ils refusaient toute idée de réintégration de leur collaboratrice si d'aventure le licenciement était annulé. Quelles que soient les démarches entreprises par la recourante pour bénéficier d'une retraite dès le 1er février 2011, celle-ci est donc en droit de percevoir une indemnité dont seul le montant reste à déterminer en fonction des circonstances du cas d'espèce.

La recourante a exercé ses activités pendant près de vingt ans au sein des HUG. Atteinte dans sa santé, elle a fait l'objet d'une décision de licenciement exécutoire nonobstant recours qui l'a conduite à devoir opter pour une mise à la retraite anticipée, n'étant plus au bénéfice d'aucun revenu et ne pouvant notamment pas percevoir de prestations de chômage en raison de son état de santé. Il en est résulté pour elle une importante péjoration de sa

situation financière (CHF 8'080,50 à titre de salaire mensuel brut contre CHF 5'018,35 à titre de rente). La décision des HUG de se séparer d'elle lui a été signifiée en violation claire de son droit d'être entendu. Certes, il ressort du dossier que les deux parties n'ont pas réussi à communiquer d'une manière à éviter certains malentendus relatifs à la réalité de l'état de santé de la recourante. Il n'en demeure pas moins que si les HUG avaient avisé la recourante de leur intention de mettre fin définitivement aux rapports de travail avant de mettre leur projet à exécution, cette question aurait pu être clarifiée, l'exercice du droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. ayant notamment cet objectif.

Au regard des circonstances ci-dessus rappelées, l'indemnité due à la recourante en vertu de l'art. 31 al. 3 LPAC sera arrêtée à quinze mois de son dernier traitement brut, sans intérêts moratoires en l'absence de conclusion sur ce point (art. 69 al. 1 LPA). 18) Au vu de ce qui précède, le recours sera partiellement admis. Malgré l'issue du litige, aucun émolument ne sera mis à la charge des HUG (art. 87 al. 1 2e phr. LPA). Une indemnité de procédure de CHF 3'000.- sera allouée à la recourante, à charge des HUG (art. 87 al. 2 LPA).

- 31/32 - A/4115/2010 \* \* \* \* \*

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