

## **GE\_GERICHTE ATA/194/2014 vom 1. April 2014**

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

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_194\\_2014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_194_2014)

FR: GE\_GERICHTE ATA/194/2014 du 1 avril 2014

IT: GE\_GERICHTE ATA/194/2014 del 1 aprile 2014

### **Erwägungen**

#### **E. 12**

novembre 2013 consid. 6 ; ATA/581/2007 du 13 novembre 2007).

La nouveauté d'une conclusion s'apprécie par rapport à l'objet du litige de l'instance précédente, correspondant à l'objet de la décision attaquée qui est déterminé par les conclusions formulées devant ladite instance (ATF 136 V 362 consid. 3.4 et 4.2 = RDAF 2011 I 419 [rés.] ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C\_581/2010 du 28 mars 2011 consid. 1.5 ; ATA/18/2013 du 8 janvier 2013 consid. 10). N'est donc pas nouvelle une conclusion du recourant n'allant pas, dans son résultat, au-delà de ce qui a été sollicité devant l'instance précédente ou ne demandant pas autre chose (Arrêts du Tribunal fédéral 2C\_77/2013 du 6 mai 2013 consid. 1.3 ; 8C\_811/2012 du 4 mars 2013 consid. 4).

Selon l'art. 68 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10) (nouveaux moyens), sauf exception prévue par la loi, le recourant peut invoquer des motifs, des faits et des moyens de preuves nouveaux qui ne l'ont pas été dans les précédentes procédures.

En vertu de l'art. 69 al. 1 LPA, la juridiction administrative chargée de statuer est liée par les conclusions des parties ; elle n'est en revanche pas liée par les motifs que les parties invoquent. La chambre de céans ne peut donc pas statuer ultra petita (ATA/174/2007 du 17 avril 2007 consid. 2 ; ATA/525/2004 du 8 juin 2004 ; ATA/140/2004 du 10 février 2004). 4)

Cela étant, la constatation par un tribunal de la nullité d'une décision rend sans objet son éventuelle annulation, dans la mesure où la nullité a des effets plus importants que l'annulation et que cette dernière doit être envisagée dans l'hypothèse de l'absence de nullité. Partant, contrairement à ce que soutient l'intimée, un chef de conclusions tendant à la constatation de la nullité d'une décision inclut de facto et à titre subsidiaire celui tendant à son annulation.

- 12/18 - A/4383/2010

En conséquence, le chef de conclusions en annulation de la décision querellée pris par le recourant dans ses observations du 27 septembre 2013 est recevable, ce qui s'impose d'autant plus que dans son arrêt, le Tribunal fédéral a expressément mentionné comme possible l'annulation.

Le chef de conclusions visant le paiement d'une indemnité pour non-réintégration est également recevable, étant donné, d'une part, que le montant y indiqué est inférieur à celui mentionné dans le chef de conclusions initial portant sur l'indemnité pour licenciement abusif, d'autre part, que le motif – en l'occurrence licenciement abusif ou non-réintégration – à l'appui d'un chef de conclusions peut être modifié ou complété en cours de procédure

pour autant que cela n'accroisse pas – comme c'est le cas en l'occurrence – le résultat qui est sollicité. 5)

Dans son arrêt du 13 septembre 2011 (ATA/582/2011), la chambre administrative a considéré que les relations de travail entre le recourant et l'intimée relevaient du droit public et étaient soumises à la CCT-AGOER dans la mesure où il y avait été fait référence de manière explicite lors de l'engagement du recourant.

Comme énoncé dans l'arrêt de la chambre de céans du 11 septembre 2012 (ATA/605/2012), non remis en cause sur ces points par le Tribunal fédéral, le recourant, ayant travaillé durant plus de deux ans au sein de l'intimée au bénéfice d'un contrat de durée indéterminée, est assimilé à un fonctionnaire au sens de la LPAC (art. 3 du règlement d'application par J\_\_\_\_\_ du protocole d'accord). Le délai de résiliation était en l'espèce de trois mois (art. 5 al. 1 let. c CCT-AGOER). Signifiée par pli recommandé du 24 novembre 2010 pour le 28 février 2011, la décision attaquée respecte le délai de trois mois précité (art. 6 al. 1 CCT-AGOER).

Conformément à l'art. 2 du protocole d'accord du 19 septembre 2007 sur le transfert du personnel des établissements de jeunes de l'hospice général à J\_\_\_\_\_, les art. 21 (« résiliation »), 22 (« motif fondé ») et 23 (« suppression d'un poste ») LPAC, ainsi que les dispositions correspondantes du RPAC, soit les art. 44 et 46A en particulier, dans leur teneur au 31 août 2010, sont applicables en l'espèce et par analogie à la résiliation des rapports de travail (ATA/602/2012 précité).

Selon l'art. 6 CCT-AGOER, intitulé « Fin du contrat de travail », la résiliation du contrat de travail (licenciement ou démission) est notifiée par lettre recommandée (ch. 1) ; la partie qui résilie le contrat doit motiver sa décision par écrit si l'autre partie le demande (ch. 2) ; après le temps d'essai et sauf s'il s'agit d'un contrat à durée maximale ou d'une résiliation immédiate pour justes motifs, tout licenciement fait l'objet d'une annonce préalable notifiée par écrit et mentionnant le présent article (ch. 3) ; l'employé ayant reçu une annonce préalable

- 13/18 - A/4383/2010 de licenciement a droit à être entendu par son employeur, et peut se faire assister par un tiers (ch. 4 in initio). Par ailleurs, l'art. 8 CCT-AGOER rend applicables les art. 336c et 336d CO relatifs à la résiliation en temps inopportun, et l'art. 9 CCT-AGOER prévoit la possibilité d'une résiliation immédiate pour justes motifs. 6)

Au regard de ces dispositions légales, réglementaires et conventionnelles, qui fixent de manière précise notamment les motifs et modalités des résiliations des rapports de service ou de travail et qui ne mentionnent ni licenciement abusif, ni l'art. 336a CO, il n'y a pas de place en l'occurrence pour une indemnité pour licenciement abusif fondée sur cette dernière disposition légale. 7)

Le droit d'être entendu – garanti par les art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) et 40 al. 2 de la Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 (Cst-GE - A 2 00) – 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, celui d'avoir accès au dossier,

celui 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 ; 129 II 497 consid. 2.2). 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 (Arrêt du Tribunal fédéral 8C\_861/2012 précité consid. 5.2 ; ATF 111 Ia 273 consid. 2b ; 105 Ia 193 consid. 2b/cc). 8)

En l'espèce, le Tribunal fédéral a nié l'existence d'une violation du droit d'être entendu du recourant concernant les circonstances antérieures à la lettre de l'intimée du 15 novembre 2010. En revanche, selon la Haute Cour, rejoignant en cela la chambre de céans, l'intimée a violé le droit d'être entendu du recourant en ce sens qu'elle ne lui a pas donné l'occasion de répondre aux reproches formulés pour la première fois par écrit dans une lettre du 15 novembre 2010 et fait fi de sa demande tendant à une prolongation du délai fixé initialement au 19 novembre 2010 pour donner à l'employeur « la confirmation ou l'infirmité de l'acceptation » de sa proposition comportant le choix entre un transfert dans deux autres foyers ou le licenciement.

- 14/18 - A/4383/2010

La nullité de la décision de licenciement entreprise a été exclue par le Tribunal fédéral. En revanche, la chambre de céans examinera si cette décision est conforme au droit ou non. 9)

Le droit d'être entendu est une garantie de nature formelle dont la violation entraîne, lorsque sa réparation par l'autorité de recours n'est pas possible, l'annulation de la décision attaquée, sans égard aux chances de succès du recours sur le fond (ATF 137 I 195 consid. 2.2 ; 133 III 235 consid. 5.3 ; ATA/149/2013 du 5 mars 2013 consid. 5a).

La réparation d'un vice de procédure en instance de recours et, notamment, d'une violation du droit d'être entendu, n'est possible que lorsque l'autorité dispose du même pouvoir d'examen que l'autorité inférieure (Arrêts du Tribunal fédéral 1C\_161/2010 du 21 octobre 2010 consid. 2.1 ; 8C\_104/2010 du 29 septembre 2010 consid. 3.2 ; 5A\_150/2010 du 20 mai 2010 consid. 4.3 ; 1C\_104/2010 du 29 avril 2010 consid. 2 ; ATA/149/2013 précité consid. 5c ; ATA/422/2010 du 22 juin 2010 consid. 6 ; T. TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, n. 1554 ss). 10) En l'occurrence, la violation du droit d'être entendu du recourant, qui est d'une gravité certaine, ne peut pas être réparée par devant la chambre de céans, celle-ci ne disposant pas du même pouvoir d'examen que l'intimée (art. 61 LPA ; ATA/422/2010 précité consid. 7 ; ATA/311/2005 du 26 avril 2005 consid. 3d).

Partant, la décision de licenciement du 24 novembre 2010 est contraire au droit. 11) Au regard de cette issue – qui se fonde sur des pièces dont l'existence n'est pas contestée et qui suffisent à elles seules, et non plus sur des entretiens non protocolés au contenu controversé – il n'apparaît pas nécessaire de procéder à des mesures d'instruction complémentaires – telles que l'audition de témoins – qui auraient servi en particulier à déterminer si la décision de licenciement litigieuse reposait sur un motif fondé ou non. 12) Aux termes de l'art. 31 LPAC – applicable en l'espèce étant donné à tout le moins que les dispositions de la LPAC (art. 21 à 23) concernant la résiliation des rapports de service le sont –, si la chambre administrative retient que la résiliation des rapports de service est contraire au droit, elle peut proposer à l'autorité compétente la réintégration (al. 2) ; en cas de décision négative de

l'autorité compétente, la chambre administrative fixe une indemnité dont le montant ne peut être inférieur à un mois et supérieur à vingt-quatre mois du dernier traitement brut à l'exclusion de tout autre élément de rémunération ; concernant un employé, l'indemnité ne peut être supérieure à six mois (al. 3).

- 15/18 - A/4383/2010 13) En l'espèce, il ressort des écritures de l'intimée, notamment de celle qui a suivi l'arrêt du Tribunal fédéral, qu'elle n'entend pas réintégrer le recourant.

Il est donc constaté qu'elle a refusé sa réintégration. 14) Selon sa dernière jurisprudence en matière de licenciement d'agents publics, la chambre administrative a procédé à une analyse détaillée de l'évolution de sa jurisprudence pour arriver à la conclusion que le moyen d'obtenir réparation du caractère infondé du licenciement était de ne pas faire dépendre complètement le droit à une indemnité pour refus de réintégration ainsi que la quotité de celle-ci de la possibilité d'une réintégration, son caractère sanctionnateur à l'égard de la collectivité publique n'étant plus exclu. Il y avait 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 (ATA/193/2014, ATA/195/2014 et ATA/196/2014 du 1er avril 2014). 15) Dans le cas présent, le recourant a été licencié le 24 novembre 2010, avec effet au 30 avril 2011, et il a retrouvé un nouvel emploi le 1er juillet 2011. Il est ainsi demeuré durant deux mois sans emploi, de sorte que son préjudice au plan professionnel est relativement restreint.

Le comportement du recourant durant la phase de discussions sur son avenir professionnel qui a précédé son licenciement n'est pas exempt de reproches, dans la mesure où il n'apparaît pas avoir activement cherché à trouver des solutions aux problèmes de relations avec deux personnes, pourtant avérés et ayant, s'agissant de sa collègue éducatrice, fait l'objet d'un examen par le groupe de confiance.

Cela étant, l'intimée n'a donné aucune suite à la requête du conseil du recourant présentée le 18 novembre 2010 et tendant à la prolongation du court délai qui lui était imparti par le courrier du 15 novembre 2010, jusqu'au 10 décembre 2010, ce qui constituait un délai raisonnable, eu égard à la gravité des reproches formulés à l'encontre de l'employé et des conséquences du choix devant lequel était placé celui-ci (ATA/605/2012 précité consid. 7d). Le recourant a ainsi été empêché d'exercer son droit de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, alors qu'il en faisait expressément la demande (Arrêt du Tribunal fédéral 8C\_861/2012 précité consid. 5.3). Le recourant n'a ainsi pas pu choisir définitivement entre son départ de l'intimée et son affectation à un nouveau foyer, ce qui signifie notamment qu'il avait encore les capacités pour exercer son métier à tout le moins dans un autre environnement de travail. Il n'y avait en outre aucune urgence pour que le licenciement soit prononcé avant le 10 décembre 2010, terme de la prolongation de délai sollicitée.

Dans ces circonstances, une indemnité pour refus de réintégration de deux mois apparaît adéquate et équitable.

- 16/18 - A/4383/2010 16) En application de l'art. 31 al. 3 LPAC, cette indemnité correspondra à deux mois du dernier traitement brut du recourant, soit deux douzièmes de son traitement annuel brut, à l'exclusion de tout autre élément de rémunération, et l'intimée sera, en tant que de besoin, condamnée à son versement. 17) Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'Etat et les administrés sont tenus de payer des intérêts moratoires de 5 %,

lorsqu'ils sont en demeure d'exécuter une obligation pécuniaire de droit public. Il s'agit là d'un principe général du droit, non écrit, auquel la loi peut certes déroger, mais qui prévaut lorsque celle-ci ne prévoit rien, comme c'est le cas en l'espèce (ATF 101 Ib 252 consid. 4b p. 259 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C\_546/2008 du 29 janvier 2009 consid. 3.2 ; ATA/161/2013 précité consid. 7 ; ATA/791/2010 du

#### **E. 16**

novembre 2010). Cette jurisprudence s'applique à l'intimée en tant qu'établissement public autonome par analogie, comme c'est le cas pour l'Aéroport international de Genève (ATA/161/2013 précité consid. 7 ; ATA/123/2012 du 6 mars 2012).

Même si c'est seulement dans ses observations du 27 septembre 2013 que le recourant a conclu à l'allocation d'intérêts moratoires, le supplément en résultant ne permettrait pas de dépasser la somme réclamée initialement de CHF 56'523,30, de sorte que ce chef de conclusions est recevable.

La créance du recourant portera intérêt à 5 % l'an à compter du 1er mai 2011, c'est-à-dire la date à laquelle l'intimée pouvait le réintégrer, réintégration que permettraient notamment ses conclusions en constatation de la nullité de la décision de licenciement lorsqu'il n'avait pas encore retrouvé un emploi. 18) La caisse de chômage pouvant être le cas échéant, en application de la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (LACI - RS 837.0), subrogée au recourant quelle que soit l'issue du litige, la situation juridique de celle-là n'est pas directement affectée par cette issue. Dès lors, elle ne saurait être appelée en cause et n'a pas à se déterminer sur le bien-fondé de la décision attaquée (ATA/161/2013 précité consid. 3 ; ATA/92/2013 du 19 février 2013 consid. 6).

Cela étant, la caisse a un intérêt de fait à savoir si un licenciement est confirmé ou déclaré contraire au droit, et si des indemnités sont versées à son assuré. Pour ce motif, le présent arrêt lui sera communiqué pour information (ATA/92/2013 précité consid. 6). 19) Vu l'issue du litige, aucun émolument ne sera mis à la charge du recourant (art. 87 al. 1 LPA). Dans la mesure où celui-ci obtient partiellement gain de cause, une indemnité de procédure de CHF 1'000.- lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

- 17/18 - A/4383/2010

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