

## **GE\_GERICHTE ATA/623/2016 vom 19. Juli 2016**

GE Cour de justice, 2016-07-19, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_623\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_623_2016)

FR: GE\_GERICHTE ATA/623/2016 du 19 juillet 2016

IT: GE\_GERICHTE ATA/623/2016 del 19 luglio 2016

### **Regeste**

Résumé: Procédure concernant le licenciement d'un fonctionnaire communal par le conseil administratif. En première instance, le fonctionnaire a recouru contre son licenciement auprès d'une commission communale de recours prévue par le statut du personnel alors en vigueur. Cette commission communale a jugé que le licenciement était contraire au droit, estimé que la réintégration n'était pas possible et condamné la commune au versement d'une indemnité. Le fonctionnaire a recouru devant la chambre administrative, concluant au constat qu'il était toujours fonctionnaire de la commune. Le conseil administratif a également recouru auprès de la chambre administrative, au nom de la commune. Après avoir constaté que la commission communale de recours devait être considérée comme une juridiction administrative, compte tenu en particulier de son indépendance, la chambre administrative a déclaré recevable le recours du conseil administratif. Elle a rejeté le recours du fonctionnaire et partiellement admis celui de la commune. Le conseil administratif de la commune n'ayant pas correctement appliqué le statut en ne mentionnant pas les manquements reprochés au fonctionnaire dans les entretiens d'évaluation, la commission de première instance avait à juste titre constaté une violation du droit. Toutefois, compte tenu de la jurisprudence en la matière et de la période relativement courte pendant laquelle le recourant avait été employé de la commune (trois ans moins des arrêts maladie), la chambre administrative a réduit le montant de l'indemnité allouée au fonctionnaire.

### **Erwägungen**

#### **E. 6**

novembre 2013, constaté qu'il n'était plus fonctionnaire de la commune et condamné cette dernière au versement d'un montant de CHF 232'500.- à titre de compensation.

M. B \_\_\_\_\_ a désigné, sur la page de garde de son recours, quelle est la décision attaquée. Il a versé cette pièce à la procédure avec son recours. Ce dernier contient un exposé des motifs et un argumentaire développés sur plusieurs pages.

Les conclusions de M. B \_\_\_\_\_ visent à confirmer l'annulation de son licenciement, puis à constater qu'il est toujours fonctionnaire de la commune et qu'en conséquence il a toujours droit à son traitement. De telles conclusions demeurent dans le cadre défini par l'objet de la procédure et du dispositif de la décision litigieuse dans la mesure où ce dispositif porte précisément sur

- 19/33 - A/1232/2015 l'annulation de la décision de licenciement le concernant et sur les conséquences de cette annulation, le recourant contestant ce dernier point. Il estime en effet que la commission n'a pas tiré de cette annulation la conséquence qui s'imposait, soit le constat qu'il est toujours fonctionnaire au sein de la commune (recours de M. B \_\_\_\_\_ du 16 avril 2015, p. 33 ch. 9).

Il est vrai que M. B. \_\_\_\_\_ n'a pas déposé de conclusion portant sur le chiffre 4 du dispositif de la décision litigieuse, à savoir le versement d'un montant compensatoire en sa faveur. On ne voit toutefois pas pourquoi il aurait dû procéder de la sorte, un montant compensatoire n'ayant plus de sens si, comme il y conclut, la chambre de céans devait constater qu'il est toujours fonctionnaire de la commune. Les développements de la commune prônant à M. B. \_\_\_\_\_ l'intention d'obtenir cumulativement la confirmation de l'annulation de son licenciement, sa réintégration en tant que fonctionnaire pour percevoir son traitement et le versement d'un montant compensatoire tombent à faux, rien dans le recours déposé par M. B. \_\_\_\_\_ ne permettant de penser qu'il prétendrait à un tel cumul.

S'agissant enfin de la conclusion de M. B. \_\_\_\_\_ portant sur le constat qu'il est toujours fonctionnaire de la commune, elle découle de sa première conclusion : dès lors qu'il a d'abord conclu à la confirmation de l'annulation de son licenciement, il était fondé à contester les conséquences que la commission avait tiré de cette annulation et à conclure à une autre conséquence, en l'espèce au constat qu'il est toujours fonctionnaire de la commune.

Les fins du recourant sont dès lors claires et ses conclusions sont recevables.

d. Pour le reste, il n'est pas contesté que M. B. \_\_\_\_\_ est partie à la procédure et qu'il a un intérêt digne de protection à faire valoir. Son recours ayant été interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, il est recevable. 7)

La commune fait tout d'abord grief à la commission d'avoir violé l'art. 86 du statut. Dans un deuxième grief, la commune reproche à la commission d'avoir violé l'art. 61 al. 2 LPA.

a. Selon la commune, il ne revenait pas à la commission d'examiner si M. B. \_\_\_\_\_ était dans la capacité ou non d'exercer ses fonctions. En tant qu'autorité judiciaire de recours, elle devait vérifier si le statut avait été correctement appliqué et si les droits de procédure du fonctionnaire avaient été respectés par le conseil administratif. En se substituant à ce dernier dans la question de savoir si le fonctionnaire était ou non dans la capacité ou non de gérer son service, elle avait violé l'art. 86 du statut.

La décision de la commission était d'autant plus étonnante qu'elle se fondait, en se substituant au conseil administratif, sur les EAD effectués par ce

- 20/33 - A/1232/2015 dernier. S'agissant des EAD, celui du 6 juillet 2011 n'avait pas été favorable au fonctionnaire et il n'avait pas permis de le confirmer à son poste. Une prolongation de la période d'essai de six mois avait d'ailleurs été décidée. Lors de l'évaluation suivante, intervenue le 16 janvier 2012, la commune n'avait eu le choix que de procéder à la nomination ou de mettre un terme aux rapports de service. Ne voulant pas se résoudre à cette possibilité, elle avait insisté sur les améliorations attendues et essayé d'encourager son fonctionnaire. Elle ne devait dès lors pas être punie d'avoir voulu donner une chance à M. B. \_\_\_\_\_.

L'évaluation du 26 juin 2012 constituait une appréciation ponctuelle visant une nouvelle fois à encourager M. B. \_\_\_\_\_. Les objectifs fixés consistaient en des tâches ordinaires relevant de son cahier des charges et non en de nouveaux projets. Ceci démontrait que des améliorations « devaient encore avoir lieu ». Au contraire de ce qui était attendu, ses prestations avaient commencé à se dégrader fortement à partir de la rentrée 2012.

La commission n'avait en outre pas tenu compte des témoignages recueillis pendant l'enquête administrative ou devant elle. Enfin, elle avait elle-même admis que le

fonctionnaire avait rencontré des problèmes puisqu'elle avait renoncé à ordonner sa réintégration.

Enfin, en sa qualité de juridiction administrative, la commission n'était pas compétente pour apprécier l'opportunité de la décision de licenciement portée devant elle. Elle n'avait pas examiné si le conseil administratif avait excédé son pouvoir d'appréciation ou mal apprécié les faits. Elle avait au contraire recherché elle-même si le fonctionnaire avait été ou non compétent et statué en opportunité.

b. L'art. 86 du statut prévoit que le conseil administratif peut résilier l'engagement de tout fonctionnaire dont le comportement, l'inaptitude ou l'incapacité, attestés lors des entretiens annuels d'appréciation, justifient son renvoi. La procédure prévue aux articles 38 à 42 du statut est applicable par analogie (al. 1). Cette résiliation peut être remplacée par la démission du fonctionnaire si celui-ci consent à la donner après y avoir été invité (al. 2). Demeure réservée, selon la gravité des motifs, la procédure de licenciement immédiat pour justes motifs (al. 3).

Les EAD sont définis à l'art. 36 du statut. Chaque année, les fonctionnaires ont un entretien individuel avec leur responsable hiérarchique. Cet entretien permet de faire le bilan de la période écoulée au niveau des connaissances, compétences et efficacité professionnelles, et comportement au travail. Il sert également à déterminer ensemble les axes de développement sur lesquels les collaborateurs porteront leurs efforts durant la période à venir. Sur la base de ces entretiens périodiques, l'administration cherche la meilleure adéquation entre ses besoins en personnel et les souhaits d'évolution des fonctionnaires, en procédant aux changements d'affectations nécessaires et réalisables.

- 21/33 - A/1232/2015

Les art. 38 à 42 du statut traitent des sanctions. Le conseil administratif a seul la compétence de prononcer le licenciement (art. 39 ch. 5) après qu'une enquête ait été ordonnée et effectuée par le même conseil administratif (art. 40).

À teneur de l'art 61 al. 1 LPA, le recours peut être formé pour violation du droit y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a) ou pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b). Selon l'art. 61 al. 2 LPA, les juridictions administratives n'ont pas compétence pour apprécier l'opportunité de la décision attaquée, sauf exception prévue par la loi. La question de l'opportunité ne se pose qu'une fois que celle de la conformité au droit est résolue positivement (Thierry TANQUEREL, op. cit, p. 172 n. 519). 8)

Dans le cas d'espèce, la décision litigieuse énumère tant les dispositions légales que statutaires pertinentes, en particulier l'art. 86 du statut, de même que les faits qui ont permis à la commission de parvenir à sa conclusion. Cette décision fait ainsi état du cahier d'ouverture du poste de chef de service du 4 février 2010 auquel a répondu le recourant, de son contrat de travail, des EAD des 6 juillet 2011 et 16 janvier 2012, de la décision de la commune de prolonger la période d'essai du recourant du 8 juillet 2011, de la décision de la commune de nommer le recourant au statut de fonctionnaire du 18 janvier 2012, de la fiche d'appréciation du 26 juin 2012, de la décision de la commune d'attribuer au recourant une prime de CHF 1'000.-, ou encore de l'ensemble des certificats médicaux présentés par le recourant dès le 5 mars 2013. Cette décision fait par ailleurs état des témoignages recueillis durant l'enquête administrative et devant la commission.

Dans sa décision litigieuse, la commission a mentionné « les notes » que les supérieurs de M. B\_\_\_\_\_ avaient attribué aux différents critères évalués dans les EAD. Elle en a déduit « que, partant, les évaluations effectuées [...] ne démontr[ai]ent pas une incapacité, mais tout au plus des difficultés ciblées ». Ce faisant, elle a donc conclu que, contrairement à la condition posée par l'art. 86 al. 1 du statut, ces EAD n'attestaient pas d'un comportement, d'une inaptitude ou d'une incapacité justifiant le renvoi du recourant. Dans sa décision du 27 février 2015, la commission n'a donc pas jugé en opportunité mais conclu à une violation du droit par le conseil administratif, en l'occurrence de l'art. 86 du statut. Certes, les termes utilisés par la commission, à savoir qu'elle n'était « pas convaincue de l'incompétence du recourant au poste de chef du service » peuvent prêter le flanc à la critique. Il faut toutefois se souvenir que la commission était composée de personnes qui n'étaient pas nécessairement des professionnels du droit. La décision litigieuse fait néanmoins expressément état d'une résiliation contraire au droit dans le considérant portant sur le montant de l'indemnité due à M. B\_\_\_\_\_ (décision litigieuse, p. 7, consid. 6). 9)

Il convient donc, à ce stade, de vérifier si le conseil administratif a ou non violé l'art. 86 du statut, étant rappelé qu'outre cette disposition il a fondé sa

- 22/33 - A/1232/2015 décision de résiliation de l'engagement du 6 novembre 2013 sur les art. 13 et 33 du statut.

a. L'art. 13 du statut prévoit que l'attitude des fonctionnaires vis-à-vis de la population doit toujours être exemplaire et empreinte de courtoisie. De même, ils entretiennent des relations dignes et marquées de respect avec les autres membres du personnel, quelle que soit leur position hiérarchique et leur fonction.

Selon l'art. 33 du statut, les fonctionnaires qui, selon l'organigramme établi par le conseil administratif, assument des responsabilités hiérarchiques doivent donner à leurs collaborateurs toutes les instructions utiles à leurs tâches, et les motiver à en assurer la réalisation ; déterminer l'organisation du travail, y compris les horaires journaliers adaptés à la bonne marche du service ; informer régulièrement le conseiller administratif responsable et le secrétaire général sur les activités du service, les congés et vacances accordés au personnel ainsi que le bilan des entretiens d'appréciation.

b. Le premier EAD a eu lieu le 6 juillet 2011. Sous la rubrique « appréciation qualitative du responsable », cinq critères ont été jugés « ok pour la fonction ». Deux critères, à savoir volume des prestations et comportement, ont été jugés à cheval entre « insuffisant » et « ok pour la fonction ». M. B\_\_\_\_\_ avait une bonne connaissance des champs social et sécurité et avait progressé dans la pratique. D'autres domaines, tel que le budget, restaient à acquérir. Il était « consciencieux d'assurer la qualité » et transmettait mieux l'information aux partenaires. Il devait clarifier la répartition du volume des prestations dans le service et intégrer le volume des prestations budgétaires liées aux partenariats. Sa capacité d'initiative et sa flexibilité étaient en bonne progression. Sa relation avec le conseil municipal était bonne, mais il devait améliorer sa communication avec les partenaires sociaux.

Au vu notamment de l'importance du poste occupé par M. B\_\_\_\_\_, la commune a décidé, en juillet 2011, de reporter sa nomination de six mois.

Un nouvel EAD a eu lieu le 16 janvier 2012. Sous la rubrique « appréciation qualitative du responsable », tous les critères, à savoir connaissances professionnelles, qualité et volume des prestations, initiative/flexibilité, comportement/coopération, organisation du travail et

qualité de direction ont été jugés à cheval entre « ok pour la fonction » et « point fort du collaborateur ». Les connaissances professionnelles de M. B\_\_\_\_\_ progressaient. Il faisait son travail consciencieusement et avec précision, avait atteint son rythme de croisière et avait une meilleure répartition interne du volume des prestations. La progression depuis la dernière évaluation était effective et l'exercice de la fonction était satisfaisant.

Le conseil administratif a nommé M. B\_\_\_\_\_ fonctionnaire à compter du 1er février 2012.

- 23/33 - A/1232/2015

M. B\_\_\_\_\_ a ensuite été évalué le 26 juin 2012. Les critères qualité et volume des prestations, comportement avec le public et avec la hiérarchie, engagement/motivation/développement, gestion du personnel/délégation, planification/organisation, information/communication, prise de décision et gestion de projets étaient jugés « bon ». Le critère connaissances professionnelles était jugé à cheval entre « bon » et « excellent ». Enfin, trois critères étaient jugés à cheval entre « satisfaisant » et « bon », à savoir l'autonomie/flexibilité, l'initiative/esprit d'entreprise et l'esprit d'équipe. La stabilité en tant que chef de service par rapport à la mairie et en externe était acquise et la prise de rôle était reconnue.

La commune a accordé à l'intéressé une prime de performance (art. 47 du statut) de CHF 1'000.- en le remerciant pour son travail.

Aucun autre EAD n'a eu lieu avant que la commune n'informe M. B\_\_\_\_\_, le 12 juillet 2013, de son intention de résilier son engagement, puis qu'elle décide de le licencier.

c. Au vu de ce qui précède, pas une seule fois un seul des critères soumis à évaluation n'a été jugé insuffisant. Les critères les plus mal notés figuraient dans la première EAD de juillet 2011 où ils ont été jugés à cheval entre « insuffisant » et « ok pour la fonction ». M. B\_\_\_\_\_ en a tenu compte positivement puisqu'à teneur de l'EAD suivant de janvier 2012, ces mêmes critères ont été jugés à cheval entre « ok pour la fonction » et « point fort du collaborateur ». Il ressort pourtant de la décision de résiliation de l'engagement du 6 novembre 2013 prononcée par le conseil administratif, que M. B\_\_\_\_\_ n'aurait pas été capable d'assumer ses responsabilités hiérarchiques (art. 33 du statut). Il aurait eu des réactions disproportionnées, des problèmes de communication à l'interne et à l'extérieur de l'administration et se serait montré colérique, contrevenant ainsi à l'art. 13 du statut. Ladite décision mentionne également une gestion insuffisante de différents projets, en raison d'un manque de compétences et de motivation de la part de M. B\_\_\_\_\_, ainsi que de nombreuses lacunes dont son service aurait souffert. Il aurait en outre fait preuve d'un manque d'anticipation dans la planification des besoins du service. Or, de tels manquements ne figurent pas dans les EAD dont le contenu a été détaillé ci-dessus.

d. La recourante fait valoir que lorsqu'a eu lieu l'EAD du 16 janvier 2012, à l'issue des six mois de prolongation de la période d'essai, la commune n'avait le choix que de procéder à la confirmation de la nomination ou de mettre un terme aux rapports de service. Elle explique n'avoir pas voulu se résoudre à cette possibilité et, souhaitant encourager M. B\_\_\_\_\_, aurait mis l'accent sur les améliorations encore attendues. Ces explications ne sont pas pertinentes. Même à supposer que M. B\_\_\_\_\_ n'aurait pas été en mesure d'effectuer certaines des tâches qui lui incombait à satisfaction, éléments qui ne figurent pas dans les EAD, il revenait à ses supérieurs hiérarchiques, en l'occurrence à

- 24/33 - A/1232/2015 MM. C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_, de rédiger lesdits EAD en conformité avec la réalité et d'y mentionner les lacunes du fonctionnaire qu'ils évaluaient. La commune, représentée par son conseil administratif, ne peut pas après coup se prévaloir de ses propres manquements pour tenter de justifier le licenciement du recourant.

La recourante prétend par ailleurs que le recourant serait apparu incapable de gérer son service principalement à partir de la rentrée de septembre 2012. Si tel avait été le cas, il appartenait à ses supérieurs hiérarchiques de prendre sans délai toutes les mesures utiles pour remédier à cette situation, l'incapacité alléguée mettant en péril un service important pour le bon fonctionnement de la commune. Or, il ne ressort pas du dossier que de telles mesures auraient été prises avant qu'un « coaching » ne soit décidé en avril 2013, période durant laquelle il aurait quoi qu'il en soit été difficile d'évaluer M. B\_\_\_\_\_ en raison de ses absences attestées pour raison d'accident puis de maladie. On ne comprend par ailleurs pas pourquoi, si le recourant avait été, comme le prétend la commune, incapable de gérer son service, elle lui a malgré tout accordé une prime de CHF 1'000.- le 20 décembre 2012. Selon l'art. 47 du statut, le versement de cette prime n'avait en effet rien d'automatique puisqu'elle « peut être versée en tenant compte des prestations fournies lors de l'année écoulée ou d'une circonstance exceptionnelle ».

e. Au vu de ce qui précède, le conseil administratif a violé l'art. 86 du statut, les EAD n'attestant d'aucune insuffisance professionnelle ni d'aucun des manquements figurant dans sa décision du 6 novembre 2013, sans que cette absence soit justifiée par les circonstances du cas d'espèce.

f. Les griefs de la commune fondés sur une violation par la commission des art. 86 du statut et 21 al. 2 LPA seront en conséquence écartés. 10) La commune fait par ailleurs grief à la commission d'avoir constaté de manière inexacte les faits pertinents.

a. S'agissant des EAD, et comme cela vient d'être examiné, ils ne contenaient aucun élément susceptible d'attester de manquements justifiant un licenciement.

b. Pour ce qui concerne les témoignages recueillis lors de l'enquête administrative, puis devant la commission, ils confirmeraient, selon la commune l'existence de manquements professionnels chez M. B\_\_\_\_\_. La commune soutient que tant les supérieurs hiérarchiques de M. B\_\_\_\_\_, à savoir MM. C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_, que ses collègues auraient mis en évidence de nombreuses lacunes de ce dernier quant à la qualité de son travail et dans son comportement. Elle s'appuie en particulier sur les déclarations de M. D\_\_\_\_\_ lors de l'enquête administrative, ce dernier ayant déclaré que le recourant n'avait pas répondu aux attentes, qu'il avait des problèmes relationnels et des lacunes et qu'il manquait de réactivité. Il rencontrait par ailleurs des

- 25/33 - A/1232/2015 problèmes pour transmettre l'information et ses relations se passaient mal avec certains partenaires. Les témoins K\_\_\_\_\_, J\_\_\_\_\_ et L\_\_\_\_\_ avaient aussi fait état de manquements. Quant au témoignage de Mme M\_\_\_\_\_ devant la commission, il mettait en évidence des problèmes de concentration et de mémoire.

c. À teneur des procès-verbaux d'audition versés à la procédure, lesquels sont détaillés ci-dessus dans la partie en fait (ch. 21 et 33), il ressort qu'outre le recourant et MM. C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_, Mmes J\_\_\_\_\_, K\_\_\_\_\_ et M\_\_\_\_\_, ainsi que M. L\_\_\_\_\_ ont été entendus comme témoins.

M. L.\_\_\_\_\_ a fourni un témoignage clairement négatif à l'égard de son supérieur hiérarchique. Ce dernier manquait de « leadership », ne prenait pas d'initiative et n'avait pas les compétences pour superviser les APM. La planification générale était lacunaire et le recourant manquait d'anticipation. Les séances étaient très peu préparées et le recourant y faisait chaque fois une crise de nerfs, utilisant des termes vulgaires.

Mme J.\_\_\_\_\_ a fait état de problèmes dans la transmission des informations au sein du service, le suivi des ordres du jour qui incombait au recourant n'étant pas toujours fait. Elle s'était sentie isolée ou pas écoutée, le recourant ne lui accordant pas le temps nécessaire. Elle avait constaté des oublis chez son supérieur. Ce dernier avait eu des réactions disproportionnées, des crises de colère forte, seul, adressées à elle-même ou à des membres de l'équipe. Des partenaires s'étaient par ailleurs plaints de retards auprès d'elle. Il ressort toutefois du procès-verbal de son audition du 15 octobre 2013 que Mme J.\_\_\_\_\_, en énumérant les faiblesses de son supérieur, a ponctué ses propos de nombreux « parfois » ou de « n'était pas toujours fait », les problèmes rencontrés n'ayant ainsi pas un caractère aussi constant ou récurrent que ceux relevés par M. L.\_\_\_\_\_.

Mme K.\_\_\_\_\_ a fourni un témoignage très positif. Si elle a confirmé avoir eu elle-même l'idée des séances internes du service, elle a pour le reste expliqué avoir reçu de son chef toutes les informations et instructions utiles. Celui-ci tenait par ailleurs compte des informations qu'elle lui transmettait et il avait bien joué son rôle de supérieur. Elle avait parfois entendu des plaintes d'autres membres du service, concernant plutôt des détails, les projets se réalisant. Elle n'avait pas constaté que son responsable se serait exprimé de manière inadéquate.

Mme M.\_\_\_\_\_ a fourni un témoignage positif à l'égard de son chef, même s'il elle n'a pas caché certaines lenteurs. Les éventuels dysfonctionnements devaient toutefois être mis en lien avec ceux de la mairie. Elle a pour le reste qualifié de bonnes les relations de travail au sein du service et avec les partenaires, étant précisé que son poste de travail était décentralisé. Elle n'avait pas souvenir que le recourant se serait emporté. Si, comme le souligne la commune, Mme M.\_\_\_\_\_ a en effet relevé que M. B.\_\_\_\_\_ avait connu des problèmes de

- 26/33 - A/1232/2015 mémoire ou de concentration, elle omet de préciser que ce témoin les a attribués à ses problèmes de santé et qu'elle ne les avait constatés que dans les derniers mois avant son départ. Pour le reste, la transmission des informations était bonne.

d. S'agissant des témoignages de MM. C.\_\_\_\_\_ et D.\_\_\_\_\_, ils sont négatifs envers le recourant. La commune insiste sur le fait qu'en leur qualité de responsables hiérarchiques, ils étaient mieux à même que quiconque d'évaluer les compétences du recourant. Si on peut suivre la recourante dans ce raisonnement, on ne comprend toujours pas pourquoi les manquements qui auraient justifié le licenciement n'ont pas été mentionnés dans les EAD. Si comme l'ont déclaré MM. C.\_\_\_\_\_ et D.\_\_\_\_\_ lors de l'enquête administrative ou devant la commission, le recourant était à ce point incapable de gérer son service, il leur revenait, compte tenu de la systématique particulière du statut applicable au cas d'espèce, d'établir la réalité de cette situation dans les EAD avant d'ouvrir une enquête administrative. Il ressort en effet du statut que l'enquête administrative est une procédure distincte des EAD. L'art. 86 du statut, auquel se réfère le conseil administratif dans sa décision du 6 novembre 2013, prévoit, comme cela a été examiné en détail ci-dessus, que les manquements reprochés au fonctionnaire doivent être attestés par les EAD. Cette

disposition renvoie ensuite aux art. 38 à 42 du statut, l'art. 40 prévoyant que le licenciement ne peut être prononcé qu'après l'enquête ordonnée et effectuée par le conseil administratif. Il convenait donc d'évoquer les éventuels manquements dans les EAD, de déterminer « les axes de développement » sur lesquels M. B \_\_\_\_\_ devait porter ses efforts puis, si les manquements persistaient, de vérifier, dans le cadre de l'enquête administrative, si le licenciement se justifiait ou non. Il convient enfin de souligner que c'est le conseil administratif lui-même qui a fondé sa décision sur l'art. 86 et non sur l'art 39 du statut, disposition qui lui permettait de sanctionner son chef de service en prononçant, s'il estimait que cela se justifiait, son licenciement (al. 5), voire son licenciement immédiat (al. 6).

e. Dans sa décision litigieuse, la commission a retenu que les témoignages recueillis lors de l'enquête administrative, puis devant elle, ne faisaient pas ressortir une incompétence, à tout le moins comme décrite par la commune et que s'il pouvait certes être relevé des lacunes organisationnelles, celles-ci n'étaient pas suffisamment étayées pour justifier la décision du conseil administratif. Au vu desdits témoignages, il n'y a pas lieu de remettre en cause la position de la commission, laquelle était par ailleurs, du fait qu'elle était composée de personnes habitant ou travaillant dans la commune, particulièrement à même d'en estimer et d'en considérer la portée exacte.

f. Par surabondance, il faut retenir que le recourant avait fait état, lors de l'EAD du 26 juin 2012, du caractère multitâches et du volume de son travail, éléments qui rendait ce dernier ardu. Mme J \_\_\_\_\_, dans son témoignage du 15 octobre 2013, avait elle aussi signalé une surcharge générale et récurrente de

- 27/33 - A/1232/2015 travail dans le service. Ce problème de surcharge devait avoir quelques fondements, puisqu'il est apparu que le poste qu'occupait M. B \_\_\_\_\_ au sein de la commune a été considérablement allégé suite à son licenciement.

g. Le grief d'une constatation inexacte des faits pertinents sera en conséquence écarté. 11) La commune soulève ensuite le grief d'une violation de l'art. 48 let. r LAC. Elle expose que la commission n'avait pas la compétence d'examiner en opportunité, à la place du conseil administratif, si M. B \_\_\_\_\_ était dans la capacité ou non d'exercer ses fonctions. En tant qu'autorité judiciaire de recours, elle devait vérifier si le conseil administratif avait agi conformément au statut et à la loi. Or, elle n'avait constaté aucune irrégularité ou violation du droit dans tout le processus de résiliation de l'engagement. En intervenant elle-même a posteriori pour substituer ses motifs à ceux du conseil administratif, la commission avait violé l'art. 48 let. r LAC.

a. Selon l'art. 48 let. r LAC, le conseil administratif, le maire, après consultation de ses adjoints ou un adjoint dans le cadre de ses fonctions déléguées au sens de l'art. 44, sont chargés, dans les limites de la constitution et des lois, d'engager et de nommer le personnel de l'administration municipale, de fixer son salaire, de le contrôler et de le révoquer conformément au statut du personnel.

b. En application de l'art. 42 du statut, la commission est l'autorité compétente pour juger de la conformité au droit d'un licenciement prononcé par le conseil administratif. En outre, et comme cela a déjà été examiné plus haut, la commission n'a pas jugé en opportunité mais bel et bien constaté une violation du droit, le conseil administratif n'ayant pas agi conformément au statut.

Ce grief doit en conséquence lui aussi être écarté. 12) M. B.\_\_\_\_\_ fait grief à la commission de ne pas avoir tiré de l'annulation de la décision de licenciement prononcée par le conseil administratif la conséquence qui s'imposait, soit le constat qu'il était toujours fonctionnaire de la commune.

a. Selon lui, la commission s'était à tort référée à l'art. 31 LPAC. Cette disposition, qui interdit à l'autorité de recours d'imposer la réintégration d'un employé dont le licenciement était injustifié, n'était en effet pas applicable au cas d'espèce.

Ce système de l'interdiction de l'imposition de la réintégration était appliqué par plusieurs communes du fait que la LAC leur permettait de le prévoir dans leur réglementation. L'impossibilité d'imposer une réintégration était aussi admise lorsque le statut du personnel d'une commune renvoyait aux règles du CO. Ce système instaurait toutefois une exception au principe selon lequel, lorsqu'une

- 28/33 - A/1232/2015 décision administrative était injustifiée, elle devait être réformée ou annulée sur recours. Ce système d'interdiction de l'imposition de la réintégration ne pouvait donc pas être considéré comme un principe généralement applicable à toutes les décisions de licenciement prises par une collectivité publique, même si la législation pertinente ne le prévoyait pas. La commission avait appliqué sans réserve le système de l'art. 31 LPAC, considérant implicitement que le statut comprenait une lacune qu'il y avait lieu de combler. Or, tel n'était pas le cas. Même à considérer, ce qu'il contestait, qu'une lacune devait être comblée, rien ne justifiait de la combler en instaurant l'interdiction d'imposer la réintégration plutôt qu'en fixant un devoir de la collectivité de faire tout son possible pour réintégrer ou reclasser le fonctionnaire. La commune n'ayant ni fait le choix de reprendre l'art. 31 LPAC ni de renvoyer au CO, l'annulation de la décision de licenciement ne pouvait avoir que pour conséquence le constat qu'il était toujours fonctionnaire de la commune et partant qu'il avait toujours droit à son traitement.

Le fait qu'il avait été éloigné des affaires pendant plusieurs mois n'y changeait rien, et même s'il fallait retenir qu'il n'était plus possible de le réintégrer à son poste, la commune devait à tout le moins tenter de lui en proposer un autre correspondant à ses qualifications.

b. Selon l'art. 53 al. 1 LPA, une décision est exécutoire lorsque :

- a. elle ne peut plus être attaquée par réclamation ou par recours,
- b. le recours ou la réclamation n'a pas d'effet suspensif,
- c. l'effet suspensif a été retiré.

L'art. 53 al. 2 LPA prévoit que nul ne peut user des prérogatives que lui confère une décision avant que celle-ci ne soit exécutoire.

À teneur de l'art. 66 LPA, sauf disposition légale contraire, le recours a effet suspensif à moins que l'autorité qui a pris la décision attaquée n'ait ordonné l'exécution nonobstant recours (al. 1). En cas de recours contre une loi constitutionnelle, une loi ou un règlement du Conseil d'État, le recours n'a pas effet suspensif (al. 2). Toutefois, lorsqu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose, la juridiction de recours peut, sur la demande de la partie dont les intérêts sont gravement menacés, retirer ou restituer l'effet suspensif (al. 3).

L'art. 107 al. 1 LAC, lequel a repris à l'identique le libellé de l'art. 86 A al. 1 après les modifications de la LAC entrées en vigueur le 21 novembre 2015, prévoit qu'en cas de

recours contre une résiliation des rapports de service, le statut du personnel peut prévoir une réglementation analogue à celle de l'art. 31 LPAC.

- 29/33 - A/1232/2015

À teneur de l'art. 31 LPAC, dans sa version en vigueur lors du prononcé de la décision litigieuse par la commission le 27 février 2015, peut recourir à la chambre administrative pour violation de la loi tout membre du personnel dont les rapports de service ont été résiliés (al. 1). 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).

c. En l'espèce, le statut ne dit rien s'agissant des effets de l'annulation par la commission d'une décision de licenciement. Le statut ne se réfère en particulier ni au CO ni à la LPAC. La conclusion que tire le recourant de ce silence du statut ne peut toutefois pas être suivie.

Par décision du 27 février 2015, la commission a annulé la décision exécutoire nonobstant recours du conseil administratif du 6 novembre 2013. Elle n'a toutefois pas constaté la nullité de cette décision. Dans la mesure où le 27 mai 2014, la commission a rejeté la demande de restitution de l'effet suspensif au recours déposé par M. B\_\_\_\_\_, la décision du conseil administratif a continué à déployer ses effets. Bien que la commission ait annulé la décision de licenciement, cette annulation n'est à ce jour pas encore entrée en force en raison des recours déposés devant la chambre de céans le 16 avril 2015. En conséquence, la décision du conseil administratif continue de déployer ses effets. Entre le prononcé de la décision de licenciement et l'entrée en force de l'annulation de cette décision, subsiste une période pendant laquelle le lien entre le fonctionnaire injustement licencié et la commune demeure rompu. Les effets de la décision en annulation prononcée par la commission ne se déploieront qu'à partir du moment où celle-là entrera en force. Même si, dans le présent arrêt, elle confirme l'annulation du licenciement, la chambre de céans ne peut dès lors pas constater, comme le prétend le recourant, qu'il serait toujours fonctionnaire de la commune puisque tel n'est pas le cas.

d. Dans sa décision litigieuse, après avoir admis le recours de M. B\_\_\_\_\_ en tant qu'il contestait la décision de résiliation de son engagement, la commission a indiqué « se pencher sur la réintégration du recourant à son ancien poste ». Elle a relevé que dans la mesure où il occupait une fonction de cadre supérieur au sein de l'administration communale, sa réintégration devait être considérée avec le plus grand soin. Suite à une réorganisation, le poste qu'occupait M. B\_\_\_\_\_ n'existait plus, tout comme une fonction similaire dans la commune. Au surplus, il avait été éloigné des affaires depuis une période prolongée. La commission renonçait dès lors « à proposer à la commune de A\_\_\_\_\_ la réintégration au sens de l'art. 31 al. 2 LPAC ». Il était cependant

- 30/33 - A/1232/2015 attribué, à titre d'indemnité pour tout préjudice résultant de la résiliation contraire au droit, la somme de CHF 232'500.- à la charge de la commune.

Comme cela a été examiné au considérant 5 du présent arrêt, il y a lieu d'admettre que la commission est une juridiction administrative. Instituée par le statut, il s'agit d'une juridiction de niveau communal qui engage la commune. Comme cela a également déjà été

relevé, elle est composée de personnes qui connaissent bien la commune, soit car elles vivent sur son territoire et y exercent des fonctions délibératives, soit car elles travaillent au sein de son administration.

Les communes disposent d'une très grande liberté de décision dans la définition des modalités concernant les rapports de service qu'elles entretiennent avec leurs agents (ATA/449/2016 du 31 mai 2016 consid. 5a et les références citées). Ainsi, l'autorité communale doit bénéficier de la plus grande liberté d'appréciation pour fixer l'organisation de son administration et créer, modifier ou supprimer les relations de service nécessaires au bon fonctionnement de celle-là, questions relevant très largement de l'opportunité et échappant par conséquent au contrôle de la chambre administrative (ATA/890/2015 du 1er septembre 2015 consid. 5b et les arrêts cités).

Ce pouvoir discrétionnaire ne signifie pas que l'autorité est libre d'agir comme bon lui semble. Elle ne peut ni renoncer à exercer ce pouvoir, ni faire abstraction des principes constitutionnels régissant le droit administratif, notamment ceux de la légalité, de la bonne foi, de l'égalité de traitement, de la proportionnalité et de l'interdiction d'arbitraire (ATA/653/2015 du 23 juin 2015 consid. 4 ; ATA/439/2014 du 17 juin 2014 consid. 6b). Dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, elle est notamment liée par les critères qui découlent du sens et du but de la réglementation applicable, de même que par les principes généraux du droit (ATF 107 Ia 202 consid. 3 ; 104 Ia 201 consid. 5f et les références citées ; arrêt du Tribunal fédéral 2P.177/2001 du

## **E. 9**

juillet 2002 consid. 2.2 ; ATA/653/2015 du 23 juin 2015 consid. 4 ; ATA/439/2014 du 17 juin 2014 consid. 6b).

En l'espèce, en l'absence de toute référence soit à la LPAC soit au CO et dans le contexte juridique décrit précédemment, dès lors qu'elle n'entendait pas constater la nullité de la décision du conseil administratif mais l'annuler, on ne peut reprocher à la commission de s'être interrogée sur la réintégration ou non de M. B\_\_\_\_\_. Elle a renoncé à proposer cette solution au conseil administratif sans arbitraire puisqu'elle a procédé à l'examen des particularités du cas d'espèce en se fondant sur des éléments objectifs (évolution du poste, éloignement professionnel). En l'absence de toute référence, on ne peut pas non plus lui reprocher de s'être tournée vers la LPAC, ce cadre légal lui permettant de trancher en faveur d'une solution cohérente. Enfin, la solution retenue par la commission, même si cela n'est pas déterminant, correspond à la solution retenue par la commune dans le nouveau statut qu'elle a adopté et qui est entré en vigueur le 1er

- 31/33 - A/1232/2015 février 2014. L'art. 85 du nouveau statut prévoit en effet le système de la non- réintégration et de l'indemnité.

e. Au vu de ce qui précède, la conclusion du recourant visant à faire constater qu'il est toujours fonctionnaire de la commune doit ainsi être rejetée. 13) Dans un dernier grief, la commune reproche à la commission d'avoir violé les art. 86 et 38 à 42 du statut en appliquant la LPAC par analogie. Elle relève que ni ces dispositions statutaires, ni aucune autre, ne prévoient que la LPAC serait applicable en cas d'annulation par la commission d'une décision de résiliation de l'engagement d'un fonctionnaire. La commission avait dès lors, après avoir renoncé à la réintégration de M. B\_\_\_\_\_, décidé à tort de lui octroyer une indemnité sur la base de la LPAC.

Pour les motifs exposés au considérant précédent, et dans la mesure où la chambre de céans confirme l'annulation du licenciement prononcé à tort contre M. B\_\_\_\_\_, la commune ne peut se plaindre de ce qu'à défaut de devoir accepter de compter à nouveau ce dernier parmi les membres de son personnel, une indemnité soit versée au recourant. La solution retenue par la commission permet de ce point de vue de tenir compte des intérêts de la commune tout en indemnisant M. B\_\_\_\_\_ pour le licenciement contraire au droit dont il a été la victime.

S'agissant du montant de l'indemnité, soit CHF 232'500.-, il a été fixé par la commission, juridiction communale dont il convient de respecter l'autonomie, « pour tout préjudice résultant de la résiliation contraire au droit des activités professionnelles de M. B\_\_\_\_\_ ». Si l'octroi d'un montant conséquent se justifie compte tenu de la violation du droit dont a été victime le recourant de la part du conseil administratif et au vu de son âge – il a aujourd'hui 61 ans – ce montant, lequel correspond à « plus de vingt mois » du salaire de M. B\_\_\_\_\_ (écriture de la commune du 14 septembre 2015, p. 4) apparaît toutefois comme trop élevé au regard de la durée pendant laquelle il a travaillé pour la commune. Entré au service de cette dernière en juillet 2010, il a été libéré de son obligation de travailler en juillet 2013, étant précisé que dès le mois de mars 2013 il a été souvent absent pour cause d'accident puis de maladie. Le montant fixé par la commission apparaît également disproportionné par rapport aux limites que la commune s'est fixées elle-même dans son nouveau statut, lequel peut également servir de référence en l'absence de toute autre. Le nouveau statut prévoit en effet une indemnité maximale pouvant aller jusqu'à vingt-quatre mois (art. 85 al. 2). Compte tenu de l'ensemble des circonstances, une indemnité correspondant à quinze mois du dernier traitement brut du recourant pour tout préjudice résultant de la résiliation contraire au droit de ses activités professionnelles sera fixée.

Le grief de la commune, en ce qu'elle conteste l'octroi d'une indemnité, sera en conséquence partiellement accepté.

- 32/33 - A/1232/2015 14) Au vu de ce qui précède, le recours de la commune sera partiellement admis s'agissant du montant de l'indemnité. Le recours de M. B\_\_\_\_\_ sera rejeté, la conclusion de ce dernier en confirmation de l'annulation de son licenciement ne pouvant pas avoir à elle seule de portée. 15) Un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge de la commune, qui n'obtient que très partiellement gain de cause (art. 87 al. 1 LPA), et aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

Un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de M. B\_\_\_\_\_, son recours étant rejeté. Aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée.

\* \* \* \* \*