

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/989/2016-FPUBL

ATA/699/2016

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 23 août 2016

dans la cause

Monsieur A_____

représenté par Me Marcel Bersier, avocat

contre

COMMUNE DE B_____

représentée par Me Thomas Barth, avocat

EN FAIT

- 1) Monsieur A_____, né en 1959, a été engagé le 27 novembre 2000 en qualité de comptable au service financier de la commune de B_____ (ci-après : la commune), avec le statut de fonctionnaire en période probatoire de trois ans. Le 16 décembre 2003, il a été nommé fonctionnaire à titre définitif, avec effet au 1^{er} janvier 2004. Le 1^{er} novembre 2004, il est devenu chef du service comptabilité, puis, dès octobre 2008, il a assumé la responsabilité du service finances et comptabilité de la commune.

- 2) Le 22 juin 2012, il s'est vu notifier par le Conseil administratif de la commune un courrier l'informant de la suppression de son poste de travail. Dans la mesure où il était impossible de l'affecter à un autre poste correspondant à ses aptitudes professionnelles, le conseil administratif avait décidé de mettre un terme à son engagement en qualité de responsable du service finances et comptabilité, avec effet au 30 septembre 2012. Son dernier salaire serait triplé, conformément aux dispositions statutaires communales applicables. Il était immédiatement libéré de son obligation de travailler. Des mesures d'accompagnement seraient mises en œuvre pour qu'il puisse se réinsérer professionnellement.

- 3) À teneur de sa fiche de salaire pour le mois de juin 2012, datée du 15 juin 2012, le dernier traitement brut de M. A_____ s'élevait à CHF 157'747.80 annuels, soit CHF 13'145.65 mensuels.

Il percevait en sus de son traitement annuel 100 % d'un treizième salaire.

- 4) Le 20 août 2012, M. A_____ a recouru contre son licenciement auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), concluant au constat de l'irrégularité de celui-ci et à son annulation, ainsi qu'à sa réintégration à la tête de son service ou, à défaut, à la condamnation de la commune à lui verser une indemnité égale à vingt-quatre mois de son traitement brut, soit CHF 346'786.40.

- 5) Par arrêt du 1^{er} avril 2014 dans la cause A/2523/2012 (ATA/195/2014), la chambre administrative a admis partiellement le recours de M. A_____ contre la décision de la commune de mettre un terme à son engagement. La résiliation des rapports de service n'était pas conforme au droit, le droit d'être entendu de l'intéressé ayant été violé. La commune ayant refusé la réintégration de M. A_____, elle était condamnée à payer à ce dernier une indemnité fixée à dix-huit mois de son dernier traitement brut, à l'exclusion de toute autre rémunération, sous déduction de tout montant qui aurait déjà été versé au titre de l'indemnisation pour suppression de poste. Une indemnité de procédure de CHF 3'000.-, à la charge de la commune, était allouée à M. A_____.

- 6) Par arrêt du 17 août 2015 (8C_417/2014), statuant sur recours de la commune, le Tribunal fédéral a réformé l'ATA/195/2014, en ce sens que l'indemnité à payer à M. A_____ était fixée à six mois de son dernier traitement brut, en sus de l'indemnité pour suppression de fonction. Une indemnité de dépens de CHF 1'800.- (taxe sur la valeur ajoutée incluse) lui était allouée.
- 7) Le 7 septembre 2015, ayant constaté une omission dans le dispositif notifié de son arrêt du 17 août 2015, le Tribunal fédéral a fait parvenir une nouvelle version dudit dispositif, complété en ce sens que la cause était renvoyée à la chambre de céans pour nouvelle décision sur les dépens de la procédure antérieure.
- 8) Les 9 et 29 septembre 2015, M. A_____ a mis en demeure la commune de lui verser les montants dus, conformément à l'arrêt du Tribunal fédéral ayant acquis force de chose jugée et étant devenu exécutoire, avec intérêts à 5 % dès le 17 août 2015.
- 9) Le 30 septembre 2015, la commune a versé en faveur de M. A_____ une somme de CHF 74'322.20.
- 10) Par arrêt du 6 octobre 2015 (ATA/1054/2015), la chambre administrative a confirmé le dispositif de son arrêt du 1^{er} avril 2014 et, statuant sur les dépens, a alloué une indemnité de procédure de CHF 3'000.- à M. A_____ et n'en a alloué aucune à la commune.
- 11) Le 21 octobre 2015, le directeur administratif et financier de l'office du personnel de l'État (ci-après : OPE), interpellé par M. A_____, lui a indiqué que l'indemnité prévue à l'art. 31 al. 3 de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 (LPAC - B 5 05) était versée sans déduction des charges sociales. Par ailleurs, le traitement brut dont il était question dans cette disposition incluait le treizième salaire, mais non les autres prestations telles que la participation aux assurances maladie, les frais forfaitaires de déplacement, etc.
- 12) Entre les 16 octobre et 1^{er} décembre 2015, ont eu lieu des échanges de courriers entre M. A_____ et la commune. Le premier contestait le montant de CHF 74'322.20, qu'il considérait comme un acompte, que lui avait versé la commune le 30 septembre 2015. Un solde de CHF 15'925.50 (dont CHF 4'800.- de dépens) lui était encore dû, dès lors que, conformément à la position de l'OPE et à la jurisprudence constante de la chambre administrative, une indemnité pour licenciement contraire au droit comprenait le treizième salaire au prorata du nombre de mois fixé et n'était pas soumise à la déduction des cotisations sociales. La commune estimait au contraire que le dispositif de l'arrêt du Tribunal fédéral était clair en ce sens que l'indemnité due devait correspondre à six mois du dernier

traitement brut de M. A_____, en plus de l'indemnité pour suppression de la fonction, mais ne comprenait pas de treizième salaire prorata temporis.

- 13) Le 1^{er} février 2016, la commune a adressé à M. A_____ son certificat de salaire pour l'année 2015.
- 14) Le 3 février 2016, M. A_____ a retourné à la commune le certificat de salaire précité, contestant le qualificatif de salaire d'une indemnité à vocation essentiellement punitive et réparatrice.
- 15) M. A_____ ayant requis les 15 et 18 février 2016 la poursuite de la commune pour les montants qu'il estimait lui être encore dus, celle-ci a formé opposition aux commandements de payer qui lui ont été notifiés :
 - le 22 février 2016 dans la poursuite n° 1_____, par lequel l'office des poursuites la sommait de payer à M. A_____ la somme CHF 11'125.50 avec intérêts à 5 % l'an dès le 17 août 2015, indiquant comme cause de l'obligation le solde de l'indemnité due selon l'arrêt du Tribunal fédéral du 17 août 2015 ;
 - le 2 mars 2016 dans la poursuite n° 2_____, par lequel l'office des poursuites la sommait de payer à M. A_____ les montants de CHF 1'800.- avec intérêts à 5% l'an dès le 17 août 2015 et CHF 3'000.- avec intérêts à 5 % l'an dès le 6 octobre 2015, indiquant comme cause de l'obligation les dépens dus respectivement selon les arrêts du Tribunal fédéral du 17 août 2015 et de la chambre administrative du 6 octobre 2015.
- 16) Par acte du 31 mars 2016, M. A_____ a formé auprès de la chambre administrative des « actions en reconnaissance de dette et en paiement » dirigées contre la commune, concluant à ce que la chambre administrative :
 - constate que l'indemnité de six mois de son dernier traitement brut, à l'exclusion de toute autre rémunération, au paiement de laquelle la commune avait été condamnée par arrêt du Tribunal fédéral, comprenait le treizième salaire au prorata du nombre de mois fixé et n'était pas soumise à la déduction des cotisations sociales ;
 - constate que les montants de CHF 6'572.80 correspondant au treizième salaire pour six mois et de CHF 4'552.70 correspondant aux cotisations sociales retenues à tort lui restaient dus par la commune ;
 - condamne la commune à lui payer la somme de CHF 11'125.50 avec intérêts à 5 % l'an dès le 17 août 2015 ;
 - annule l'opposition formée par la commune au commandement de payer, poursuite n° 1_____, notifié le 22 février 2016, à concurrence du montant

de CHF 11'125.50 avec intérêts à 5 % l'an dès le 17 août 2015 et de tous les frais de la poursuite concernée ;

- dise que la poursuite n° 1 _____ irait sa voie ;
- condamne la commune aux frais et émoluments et au paiement d'une indemnité de procédure comprenant une équitable indemnité à la participation aux honoraires de son avocat.

L'arrêt du Tribunal fédéral entré en force, la commune devait lui verser, outre CHF 4'800.- à titre de dépens, un montant total de CHF 85'446.70 équivalant à six mois de son dernier traitement brut, treizième salaire prorata temporis inclus. Or la commune n'avait versé qu'un acompte de CHF 74'322.20, de sorte qu'il manquait au total CHF 15'924.50, ce solde devant lui être versé.

En considérant que l'indemnité pour licenciement contraire au droit et refus de réintégration s'entendait toute déduction sociale opérée, sans y inclure une part proportionnelle du treizième salaire, la commune violait ses propres dispositions statutaires. En particulier, la teneur de l'art. 77 dernier § du statut du personnel de la commune de B _____ du 15 avril 1975 (ci-après : le statut) était identique à celle de l'art. 31 al. 3 LPAC, ce qu'avait relevé la chambre administrative dans son arrêt du 1^{er} avril 2014, le Tribunal fédéral ayant jugé le 17 août 2015 que cette application analogique n'était pas arbitraire. La persistance de la commune dans son argumentation était contraire au principe de chose jugée. Cette dernière ne pouvait pas non plus se prévaloir d'un dispositif « clair » de l'arrêt du Tribunal fédéral, celui-ci n'étant pas compétent pour appliquer le droit cantonal et communal, et ayant seulement réduit l'indemnité sous l'angle de l'arbitraire, sans se prononcer sur son contenu. La jurisprudence constante de la chambre administrative en matière de calcul d'une telle indemnité, qui n'avait pas pour fonction de remplacer le salaire mais était allouée à titre de réparation, voire de sanction, était ainsi opposable à la commune.

- 17) Le 4 mai 2016, la commune a transmis ses observations, concluant à l'irrecevabilité des actions en reconnaissance de dette et en paiement déposées par M. A _____. Subsidiairement, elle demandait que ce dernier soit débouté de ses conclusions, et qu'il soit dit que la commune n'était pas débitrice de la somme de CHF 11'125.50 avec intérêts à 5 % l'an dès le 17 août 2015 et que la poursuite n'irait pas sa voie.

L'action en reconnaissance de dette devait être déclarée irrecevable, dès lors que M. A _____ usait d'une voie de droit qui n'était pas adaptée au but recherché ; il tentait en réalité d'obtenir une interprétation de l'arrêt du Tribunal fédéral du 17 août 2015, qu'il pouvait obtenir par la voie de droit ordinaire de l'art. 129 al. 1 de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110). Dans l'hypothèse où la chambre administrative, qui n'était pas compétente, venait

tout de même procéder à une telle interprétation, cette action constatatoire devait être déclarée irrecevable au motif qu'elle était subsidiaire à l'action condamnatoire, soit en l'occurrence la demande en paiement. Enfin, l'intérêt du demandeur à saisir la chambre administrative pour trancher un litige ayant déjà fait l'objet d'une décision de cette dernière et été soumis au Tribunal fédéral était difficilement qualifiable de digne de protection.

L'action en paiement devait également être déclarée irrecevable, dans la mesure où l'exception de chose jugée devait être considérée comme une condition de recevabilité de l'action, de sorte que si l'exception était admise, la demande était irrecevable. Or dans le cas d'espèce, la parfaite identité entre les faits soumis à la chambre administrative par recours de M. A_____ du 20 août 2012 et ceux exposés dans son action en paiement du 31 mars 2016 auprès de la même instance était indéniable. Ainsi, la chambre de céans et le Tribunal fédéral avaient déjà tranché de façon exhaustive les prétentions du demandeur en décidant, à tout le moins implicitement, de ne pas inclure la part proportionnelle du treizième salaire ni les charges sociales logiquement déductibles dans l'indemnité mise à la charge de la commune, ce qui ne laissait plus de place pour une nouvelle décision.

La méthode de calcul adoptée par le demandeur s'agissant de l'indemnité à laquelle il avait droit était contestée, dès lors qu'elle contrevenait aux modalités fixées par le Tribunal fédéral dans son arrêt du 17 août 2015, dont la motivation et le dispositif étaient clairs. C'était ainsi à juste titre que la commune lui avait versé une somme de CHF 74'322.20, qui n'était pas un acompte et correspondait à six mois de son dernier traitement brut, sous déduction des contributions sociales, étant précisé, ce que le Tribunal fédéral qui s'était penché de manière exhaustive sur la quotité de l'indemnité due n'avait pas fait, qu'il n'y avait pas lieu d'y inclure une part proportionnelle du treizième salaire. Un membre de l'OPE n'avait aucune légitimité pour interpréter le dispositif d'un arrêt du Tribunal fédéral. La jurisprudence citée par le demandeur n'était en l'occurrence par pertinente, dès lors que dans l'un des cas, la LPAC régissait les rapports de travail des parties, et dans l'autre, la chambre administrative avait expressément indiqué qu'une part proportionnelle du treizième salaire devait être ajoutée au revenu brut du fonctionnaire. L'argument de l'analogie entre les art. 77 du statut et 31 LPAC n'avait plus de valeur suite à la réforme de l'arrêt cantonal prononcée par le Tribunal fédéral pour cause d'arbitraire.

Ni l'arrêt de la chambre administrative, ni celui du Tribunal fédéral n'indiquaient qu'il ne fallait pas déduire de l'indemnité le montant des charges sociales, ou qu'il fallait y ajouter une part proportionnelle du treizième salaire. Le terme de « brut » relatif au dernier traitement du demandeur plaidait d'ailleurs dans le sens contraire. Si elle ne reflétait pas la position de M. A_____, la commune considérait néanmoins que la situation ne prêtait pas à confusion.

- 18) Le 23 mai 2016, M. A_____ a répliqué, persistant dans ses conclusions et son argumentation.

Le Tribunal fédéral n'avait fixé aucune modalité dans son arrêt du 17 août 2015, lesdites modalités relevant du droit cantonal et communal. Une demande en interprétation ne pouvait pas être déposée auprès du Tribunal fédéral, celui-ci n'étant pas compétent pour répondre à la question du contenu de l'indemnité. De même, l'application analogique de l'art. 31 al. 3 LPAC n'avait pas été rendue caduque par la réforme de l'arrêt cantonal opérée par le Tribunal fédéral. Il appartenait à la commune de faire valoir ses arguments lors de son recours au Tribunal fédéral, si elle estimait le contraire. La présente demande de M. A_____ constituant le préalable d'une action en exécution forcée d'une créance pécuniaire soumise à la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (LP - RS 281.1), il ne pouvait être considéré qu'il soumettait le même état de fait que dans le cadre de son recours du 20 août 2012 pour obtenir une nouvelle indemnité. En effet, il ne demandait dans le cadre de la présente procédure que l'exécution du solde de l'indemnité à laquelle l'intimée avait été condamnée. Il était incompréhensible que la commune puisse concilier le terme « brut », contenu dans les dispositifs des arrêts de la chambre administrative et du Tribunal fédéral, avec la soustraction des contributions sociales qu'elle avait indûment opérée. Enfin, c'était dans un but d'économie de procédure que M. A_____ avait agi directement en reconnaissance de dette et en paiement, car même s'il était en possession d'un titre de mainlevée, le point de vue du juge de la mainlevée étant limité à la vraisemblance, il aurait pris le risque de devoir effectuer la présente demande en deux étapes.

- 19) Le même jour, la commune a indiqué n'avoir aucune requête complémentaire à formuler.
- 20) Le 31 mai 2016, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

- 1) La chambre administrative examine d'office la recevabilité d'un recours ou d'une demande portée devant elle (ATA/1301/2015 du 8 décembre 2015 consid. 1 et les références citées).
- 2) a. La chambre administrative est l'autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05, correspondant à l'art. 56A al. 1 de l'ancienne loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - aLOJ, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010). Le recours à la chambre administrative est ouvert contre les décisions des autorités et juridictions administratives au sens des art. 4, 4A, 5, 6

al. 1 let. a et e et 57 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10). Sont réservées les exceptions prévues par la loi (art. 132 al. 2 LOJ, correspondant à l'art. 56A al. 2 aLOJ). La chambre administrative connaît en instance cantonale unique des actions fondées sur le droit public qui ne peuvent pas faire l'objet d'une décision au sens de l'art. 132 al. 2 LOJ et qui découlent d'un contrat de droit public. Les dispositions de la LPA en matière de recours s'appliquent par analogie à ces actions (art. 132 al. 3 LOJ, correspondant à l'art. 56G aLOJ).

b. Avant le 1^{er} janvier 2009, la chambre administrative n'était compétente pour connaître des recours contre les décisions concernant le statut et les rapports de service des fonctionnaires et autres membres du personnel de l'État que dans la mesure où une disposition légale, réglementaire ou statutaire le prévoyait (art. 56B al. 4 aLOJ). Quant à l'art. 56G aLOJ qui réglementait l'ancienne action pécuniaire largement utilisée pour régler le contentieux financier de la fonction publique, sa teneur a été modifiée. Tout d'abord intitulé « action contractuelle » depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009 de la modification législative du 18 septembre 2008, et réservé aux prétentions fondées sur le droit public qui ne pouvaient pas faire l'objet d'une décision et qui découlaient d'un contrat de droit public, il est devenu depuis le 1^{er} janvier 2011 l'art. 132 al. 3 LOJ.

Le but du législateur était de simplifier le contentieux administratif de la fonction publique. Désormais, 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). La conséquence de cette modification est importante. 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. De son côté, 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 précité consid. 2b et les références citées).

Pour que l'action soit recevable, il faut ainsi que les conclusions prises par le demandeur ne puissent faire l'objet d'une décision (ATA/119/2013 du 26 février 2013 consid. 2).

c. En l'espèce, si le recourant a intitulé son acte « actions en reconnaissance de dette et en paiement », les conclusions qu'il a prises sont similaires à celles qui l'avaient été dans le cadre du litige ayant donné lieu à l'ATA/1301/2015 précité, celui-ci constituant l'arrêt de référence s'agissant de la problématique abordée dans

le cadre de la présente procédure, et confirmant la jurisprudence constante de la chambre administrative.

Par ailleurs, les prétentions en paiement du recourant trouvent leur fondement dans le contrat de travail de droit public le liant à l'autorité intimée, dans le statut, ainsi que, par analogie, dans la LPAC et plus particulièrement dans l'arrêt de la chambre administrative du 1^{er} avril 2014 – réformé par le Tribunal fédéral le 17 août 2015 uniquement sur la quotité de l'indemnité – lequel ne laisse en principe pas de place à une nouvelle décision de l'autorité intimée. En outre, vu les échanges de courriers intervenus entre les parties et en formant opposition au commandement de payer notifié le 22 février 2016 dans la poursuite n° 1_____, la commune a clairement exprimé et confirmé sa position, retenant que l'indemnité pour licenciement contraire au droit fixée par la chambre administrative ne comprenait pas le treizième salaire au prorata du nombre de mois fixé et était soumise aux cotisations sociales. Cette position, encore confirmée dans la présente procédure, est ainsi parfaitement claire, de sorte que, même à retenir que l'ATA/195/2014 laisserait de la place à une décision de l'intimée, il serait constitutif de formalisme excessif, prohibé par l'art. 29 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), de lui renvoyer le dossier pour décision sujette à recours devant la chambre de céans.

Au surplus, contrairement à ce qu'allègue l'intimée, la voie de la requête en interprétation auprès du Tribunal fédéral (art. 129 al. 1 LTF) n'est pas ouverte pour la détermination du contenu de l'indemnité pour licenciement contraire au droit et refus de réintégration, dès lors que le Tribunal fédéral ne peut pas revoir des questions de droit cantonal, voire communal (art. 189 al. 1 Cst. et art. 95 LTF), ce d'autant plus qu'en réformant l'arrêt de la chambre administrative du 1^{er} avril 2014, il n'a fait que réduire la quotité de dix-huit à six mois de ladite indemnité sous l'angle de l'arbitraire. Or, la question de savoir ce que comprend, ou ne comprend pas cette indemnité ressort bien du droit cantonal et communal.

Par conséquent et vu les circonstances particulières du cas d'espèce, la chambre administrative est compétente pour connaître de l'action du demandeur.

- 3) a. S'agissant de la compétence de la chambre administrative pour prononcer la mainlevée définitive de l'opposition au commandement de payer n° 1_____, l'art. 79 LP précise que le créancier peut agir par la voie de la procédure civile ou administrative pour faire reconnaître son droit et ainsi annuler l'opposition. Selon la doctrine, la procédure administrative doit être choisie lorsque la prétention relève du droit public et qu'une autorité administrative est compétente pour statuer sur son bien-fondé, cette dernière pouvant être soit une autorité de recours, soit une autorité de première instance (André SCHMIDT, in Louis DALLÈVES/Bénédict FOËX/Nicolas JEANDIN [éd.], Commentaire romand, Poursuite et faillite, n. 20 ad art. 79).

b. En l'espèce, le litige porte, d'une part, sur l'inclusion ou non du treizième salaire au prorata du nombre de mois fixé dans l'indemnité pour résiliation des rapports de service contraire au droit et refus de réintégration, et d'autre part, sur la soumission de cette même indemnité aux cotisations sociales, par conséquent, sur la nature de cette dernière. Il s'agit dès lors d'un litige relevant du droit administratif et donc d'un litige de droit public.

La chambre administrative, en tant que juridiction spécialisée, est ainsi dans ce cadre compétente pour prononcer la mainlevée de l'opposition au commandement de payer n° 1_____.

Dans ces circonstances, l'action du demandeur sera déclarée recevable.

4) Le demandeur affirme que l'indemnité pour licenciement contraire au droit et refus de réintégration, arrêtée par ATA/195/2014 à dix-huit mois de son dernier traitement brut, à l'exclusion de tout autre élément de rémunération, réduite par arrêt du Tribunal fédéral 8C_417/2014 à six mois de son dernier traitement brut, comprendrait le treizième salaire au prorata du nombre de mois fixé, ce que l'autorité défenderesse conteste.

a. À teneur de l'art. 36 du statut, le traitement du fonctionnaire de la commune comprend le traitement de base, ainsi que des allocations complémentaires. Selon l'art. 48 du statut, le traitement de base est versé sur douze mois, le fonctionnaire ayant un droit dès la première année d'engagement à un treizième salaire progressif, équivalant au départ à 50 % du traitement défini à l'art. 36 du statut, et atteignant le 100 % dès la onzième année d'engagement.

b. Selon l'art. 77 al. 8 du statut, dont la teneur est identique à celle de l'art. 31 al. 2 et 3 LPAC, 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. En cas de décision négative de l'autorité compétente, elle 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. La jurisprudence de la chambre de céans tirée de l'art. 31 al. 3 LPAC est par conséquent applicable, mutatis mutandis, à la disposition statutaire précitée, ce qu'avait déjà retenu la chambre administrative dans son arrêt du 1^{er} avril 2014 et que la commune n'a pas contesté.

c. L'art. 31 al. 3 LPAC, en se référant à la notion de dernier traitement brut, renvoie à l'art. 2 de la loi concernant le traitement et les diverses prestations alloués aux membres du personnel de l'État, du pouvoir judiciaire et des établissements hospitaliers du 21 décembre 1973 (LTrait - B 5 15), ce que confirme la jurisprudence de la chambre administrative (ATA/1301/2015 précité consid. 4b et les références citées). L'art. 2 LTrait fixe les traitements annuels, treizième salaire inclus, en fonction de chaque classe et chaque position.

Le traitement est payé en treize mensualités égales (art. 10 al. 2 LTrait). Le treizième salaire est versé en deux mensualités, la moitié avec le traitement de juin et l'autre moitié avec le traitement de décembre (art. 16 al. 1 LTrait). Le treizième salaire représente le 1/13 du traitement annuel fixé à l'art. 2 LTrait, à l'exclusion de toute autre indemnité, quelle qu'en soit la nature (art. 16 al. 2 LTrait et 13a al. 2 du règlement d'application de LTrait du 17 octobre 1979 - RTrait - B 5 15.01). Une part proportionnelle du treizième salaire - prorata temporis - est due en cas d'engagement ou de fin des rapports de service en cours d'année (art. 13a al. 3 RTrait).

d. L'art. 31 al. 3 LPAC renvoie par conséquent au traitement brut annuel comprenant le treizième salaire, de sorte que l'indemnité pour licenciement contraire au droit comprend le treizième salaire au prorata du nombre de mois fixés, ce que confirme la jurisprudence (ATA/1301/2015 précité consid. 4c et les références citées).

e. En l'espèce, il n'est pas contesté qu'au moment de son licenciement contraire au droit, le demandeur percevait un salaire annuel brut de CHF 157'747.80, soit CHF 13'145.65 par mois, auquel s'ajoutait 100 % d'un treizième salaire, conformément à l'art. 48 du statut.

Dès lors, une indemnité de six mois de son dernier traitement brut, à l'exclusion de tout autre élément de rémunération, au paiement de laquelle l'autorité défenderesse a été condamnée, s'élève à CHF 78'873.90 (CHF 13'145.65 x 6 mois), auxquels s'ajoutent CHF 6'572.80 de treizième salaire prorata temporis (CHF 13'145.65 / 12 mois x 6 mois), soit au total CHF 85'446.70.

5) Le demandeur soutient que l'indemnité pour licenciement contraire au droit et refus de réintégration ne viserait pas à compenser la perte de salaire mais aurait une finalité punitive et réparatrice, de sorte qu'il ne s'agirait pas d'une rémunération et qu'elle ne serait pas soumise aux cotisations sociales, ce que l'autorité défenderesse conteste.

a. Selon l'art. 5 al. 2 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS - RS 831.10VS), le salaire déterminant pour la perception des cotisations sociales comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé. Il englobe les allocations de renchérissement et autres suppléments de salaire, les commissions, les gratifications, les prestations en nature, les indemnités de vacances ou pour jours fériés et autres prestations analogues, ainsi que les pourboires, s'ils représentent un élément important de la rémunération du travail.

Font partie du salaire déterminant, par définition, toutes les sommes touchées par le salarié, si leur versement est économiquement lié au contrat de travail. Peu importe, à cet égard, que les rapports de service soient maintenus ou

aient été résiliés, que les prestations soient versées en vertu d'une obligation ou à titre bénévole. On considère donc comme revenu d'une activité salariée, soumis à cotisations, non seulement les rétributions versées pour un travail effectué, mais en principe toute indemnité ou prestation ayant une relation quelconque avec les rapports de service, dans la mesure où ces prestations ne sont pas franches de cotisations en vertu de prescriptions légales expressément formulées. Selon cette description du salaire déterminant, sont en principe soumis à cotisations tous les salaires liés à des rapports de travail ou de service qui n'auraient pas été perçus sans ces rapports. Inversement, l'obligation de payer des cotisations ne concerne en principe que les revenus qui ont effectivement été perçus par le travailleur (ATF 131 V 444 consid. 1.1 p. 446 ; arrêts du Tribunal fédéral 9C_166/2014 du 4 août 2014 consid. 4.3.1 ; 9C_841/2012 du 10 mai 2013 consid. 3.1 ; 9C_824/2008 du 6 mars 2009 consid. 5.1).

b. Contrairement au salaire de remplacement en cas de licenciement immédiat injustifié selon l'art. 337c al. 1 de la loi fédérale complétant le code civil suisse du 30 mars 1911 - livre cinquième : droit des obligations (code des obligations - CO - RS 220), l'indemnité pour licenciement abusif (art. 336a CO) ainsi que celle fixée par le juge pour licenciement immédiat injustifié (art. 337c al. 3 CO) ne font pas partie du salaire déterminant. Si ces dernières indemnités trouvent leur origine dans les rapports de service résiliés et sont donc bien en lien avec le contrat de travail, cela ne suffit pas à leur qualification de salaire déterminant. En effet, elles ont pour but la sanction et la prévention ainsi que la réparation. Partant, on ne saurait considérer que ces indemnités ont un rapport juridique ou économique, même indirect, avec le revenu du travail. Le fait que la fixation de l'indemnité soit délimitée en fonction du salaire n'y change rien (ATF 123 V 5 consid. 5 p. 11).

Les indemnités des art. 336a et 337c al. 3 CO sont de même nature et visent les mêmes buts (ATF 123 V 5 consid. 2a p. 7 s.). Elles ont une double finalité, punitive et réparatrice. La finalité en partie réparatrice de l'indemnité résulte des mots mêmes utilisés par le législateur pour la désigner (indemnité, Entschädigung, indennità). Elle découle aussi du fait que cette indemnité est versée non pas à l'État, comme une amende pénale, mais à la victime elle-même. Certes, l'indemnité ne représente pas des dommages-intérêts au sens classique, car elle est due même si la victime ne subit ou ne prouve aucun dommage. Revêtant un caractère sui generis, elle s'apparente à la peine conventionnelle. Le juge doit la fixer en équité. Dès lors que la loi lui impose de tenir compte de toutes les circonstances, il ne saurait faire abstraction des effets économiques du licenciement, qui peuvent aggraver les conséquences de l'atteinte portée aux droits de la personnalité du travailleur. En réservant, à l'art. 336a al. 2 in fine CO, les dommages-intérêts que la victime du congé pourrait exiger à un autre titre, le législateur a laissé ouvert le droit du travailleur de réclamer la réparation du préjudice résultant d'une cause autre que le caractère abusif du congé. Toutefois, rien ne permet de penser qu'il ait voulu par-là empêcher le juge de prendre en

considération la situation économique des parties lors de la fixation de l'indemnité, alors que les travaux préparatoires en font précisément expressément mention parmi les facteurs pertinents (ATF 123 III 391 consid. 3c p. 394). À l'instar d'une résiliation abusive, tout congé avec effet immédiat qui ne repose pas sur un juste motif comporte une atteinte aux droits de la personnalité du travailleur, laquelle ouvre les droits précisément décrits à l'art. 337c CO, soit notamment une indemnité sui generis (al. 3), dont il est admis qu'elle peut prendre en compte les effets économiques du licenciement (ATF 135 III 405 consid. 3.1 p. 407).

c. Selon la doctrine, les indemnités de licenciement abusif et de harcèlement sexuel allouées en application de l'art. 5 al. 2 à 4 de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (LEg - RS 151.1) sont également exclues du salaire déterminant, car la nature de ces indemnités, punitive et réparatrice, est analogue à celle des art. 336a et 337c al. 3 CO (Rémy WYLER/Boris HEINZER, Droit du travail, 3^{ème} éd., 2014, p. 176).

d. Le principe de l'indemnisation de l'agent public licencié à tort en cas de refus par la collectivité publique de le réintégrer était déjà énoncé à l'art. 30 de l'ancienne loi relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux, du 15 octobre 1987 (aLPAC), remplacée depuis le 1^{er} mars 1998 par la LPAC, le texte de l'ancienne disposition légale ne différant pas dans son principe de celui de l'art. 31 al. 3 LPAC. Toutefois, ni les travaux préparatoires de l'aLPAC, ni ceux de la LPAC ne donne d'indication sur la nature de l'indemnité prévue à l'art. 30 al. 3 aLPAC puis 31 al. 3 LPAC (MGC 1987/IV p. 5023 ; MGC1996 43/VI p. 6363).

Dans sa jurisprudence rendue par rapport à l'aLPAC et la LPAC avant 2011, la chambre administrative ne tenait pas compte du retour en emploi dans la fixation de l'indemnité pour licenciement contraire au droit (ATA/78/2011 du 8 février 2011 consid. 5 ss ; ATA/569/2008 du 4 novembre 2008 consid. 7 ; ATA/676/2001 du 30 octobre 2001 consid. 2 ; ATA/256/2000 du 18 avril 2000 consid. 2). Cet élément n'a également pas été pris en compte dans un arrêt postérieur (ATA/604/2012 du 11 septembre 2012 consid. 5 ss). Pour fixer l'indemnité due, la chambre administrative tenait notamment compte de la nature et de la gravité des faits ayant conduit au licenciement, de la durée des rapports de service, de l'âge de l'intéressé au moment de son licenciement, des possibilités de retrouver un emploi, des défaillances des supérieurs hiérarchiques et de l'importance du préjudice économique et moral subi par la personne licenciée (ATA/78/2011 précité consid. 5 ; ATA/676/2001 précité consid. 2b).

En 2011, la chambre administrative avait changé sa jurisprudence pour ensuite régulièrement rappeler 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, de sorte qu'il n'y avait lieu d'entrer en matière sur le paiement d'une telle indemnité que si la réintégration du collaborateur licencié pouvait encore intervenir. L'indemnité ne pouvait dès lors couvrir que la période où l'intéressé était resté sans emploi (ATA/161/2013 du 20 mars 2013 consid. 5 ; ATA/787/2012 du 20 novembre 2012 consid. 4b ; ATA/336/2012 du 5 juin 2012 consid. 8 ; ATA/335/2012 du 5 juin 2012 consid. 8 ; ATA/525/2011 du 30 août 2011 consid. 7 ; ATA/413/2011 du 28 juin 2011 consid. 3).

En 2014, la chambre administrative est revenue sur sa pratique. Une application trop stricte de sa jurisprudence développée depuis 2011, établissant un lien entre l'absence d'emploi et le droit à une indemnité, revenait à écarter par trop l'aspect sanctionnateur de ce moyen d'obtenir la réparation d'un licenciement infondé. Une telle restriction dans l'application du droit à l'indemnité pouvait de plus conduire l'employeur étatique à ne pas respecter ses obligations légales lorsqu'il entendait licencier un fonctionnaire, dès lors que le risque d'avoir à payer des indemnités disparaissait si son ancien collaborateur avait retrouvé du travail ou n'était plus réintégré pour un autre motif (ATA/193/2014 du 1^{er} avril 2014 consid. 15). La chambre administrative en a conclu que le moyen d'obtenir réparation du caractère infondé du licenciement était de ne pas faire dépendre complètement le droit à une indemnité ainsi que la quotité de celle-ci de la possibilité d'une réintégration. 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 (arrêt du Tribunal fédéral 8C_421/2015 du 17 août 2015 consid. 3.4.2 ; ATA/439/2014 du 17 juin 2014 consid. 15 ; ATA/258/2014 du 15 avril 2014 consid. 8 ; ATA/196/2014 du 1^{er} avril 2014 consid. 12 ; ATA/195/2014 du 1^{er} avril 2014 consid. 12 ; ATA/193/2014 précité consid. 16). La jurisprudence reconnaît dès lors à présent un aspect sanctionnateur à l'art. 31 al. 3 LPAC (ATA/805/2015 du 11 août 2015 consid. 9a).

e. Compte tenu de ce qui précède et à la lumière d'un arrêt de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice du 30 septembre 2014 (ATAS/1122/2014) examinant la nature de l'indemnité de l'art. 31 al. 3 LPAC, dans le cadre de l'examen de la subrogation de la caisse de chômage à l'employé dans ses droits au versement de l'indemnité fixée par la chambre administrative, cette dernière a confirmé sa jurisprudence récente et constaté que l'indemnité pour licenciement contraire au droit ne constituait pas un salaire au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS et n'était dès lors pas soumise aux cotisations sociales (ATA/1301/2015 précité consid. 7 et 8).

f. En l'espèce, l'aspect sanctionnateur de l'indemnité est particulièrement évident, la chambre de céans, tout comme le Tribunal fédéral ayant retenu une violation du droit d'être entendu du demandeur par la défenderesse. Le fait que le

Tribunal fédéral ait réduit, sous l'angle de l'arbitraire, la quotité de cette indemnité de dix-huit à six mois ne permet pas de remettre en cause ce qui précède.

Il sera dès lors constaté que l'indemnité de l'art. 77 § 8 du statut ne constitue pas un salaire au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS et n'est ainsi pas soumise aux cotisations sociales. Le montant total de CHF 85'446.70 était ainsi dû au demandeur dans sa totalité par l'autorité défenderesse, sans déduction des cotisations sociales à la charge de l'employé.

- 6) L'action sera en conséquence admise. La chambre administrative constatera ainsi que l'indemnité fixée à dix-huit mois du dernier traitement brut du demandeur, à l'exclusion de toute autre rémunération, par ATA/195/2014, réduite à six mois par arrêt du Tribunal fédéral 8C_417/2014, comprend le treizième salaire au prorata du nombre de mois fixé et n'est pas soumise à la déduction des cotisations sociales. Dans la mesure où la commune a déjà procédé à un versement de CHF 74'322.20, il sera constaté que, sur la somme totale de l'indemnité à hauteur de CHF 85'446.70, les montants de CHF 6'572.80, correspondant au treizième salaire pour six mois, et CHF 4'551.70, correspondant aux charges sociales retenues à tort, restent dus par la commune à M. A_____, étant précisé qu'une erreur de calcul à hauteur de CHF 1.- pour ce dernier montant figure dans les écritures du recourant. La défenderesse sera ainsi, en tant que de besoin, condamnée à verser ces montants au demandeur, avec intérêt à 5 % l'an dès le 17 août 2015. La mainlevée définitive de l'opposition au commandement de payer dans la poursuite n° 1_____, notifié à la commune le 22 février 2016, ne sera prononcée qu'à concurrence de CHF 11'124.50 avec intérêts à 5 % l'an dès le 17 août 2015 et de tous les frais inhérents à cette poursuite.
- 7) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de l'autorité défenderesse, qui ne défend pas l'une de ses décisions (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 2'000.- sera allouée à M. A_____, à la charge de la commune (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable l'action interjetée le 31 mars 2016 par Monsieur A_____ contre la commune de B_____ ;

au fond :

l'admet ;

constate que l'indemnité de six mois du dernier traitement brut de Monsieur A_____, à l'exclusion de toute autre rémunération, au paiement de laquelle la commune de B_____ a été condamnée par arrêt du Tribunal fédéral 8C_417/2014, réformant l'ATA/195/2014 sur la quotité de l'indemnité, comprend le treizième salaire au prorata du nombre de mois fixé et n'est pas soumise à la déduction des cotisations sociales ;

constate que les montants de CHF 6'572.80, correspondant au treizième salaire pour six mois, et de CHF 4'551.70 correspondant aux cotisations sociales retenues à tort restent dus par la commune de B_____ à Monsieur A_____ ;

condamne en tant que de besoin la commune de B_____ à verser à Monsieur A_____ la somme de CHF 11'124.50 avec intérêts à 5 % l'an dès le 17 août 2015 ;

prononce la mainlevée définitive de l'opposition au commandement de payer, poursuite n° 1_____, notifié à la commune de B_____ le 22 février 2016, à concurrence de CHF 11'124.50 avec intérêts à 5 % l'an dès le 17 août 2015, et de tous les frais inhérents à cette poursuite ;

met à la charge de la commune de B_____ un émolument de CHF 1'000.- ;

alloue à Monsieur A_____ une indemnité de procédure de CHF 2'000.-, à la charge de la commune de B_____ ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral :

- par la voie du recours en matière de droit public, s'il porte sur les rapports de travail entre les parties et que la valeur litigieuse n'est pas inférieure à CHF 15'000.- ;

- par la voie du recours en matière de droit public, si la valeur litigieuse est inférieure à CHF 15'000.- et que la contestation porte sur une question juridique de principe ;

- par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, aux conditions posées par les art. 113 ss LTF, si la valeur litigieuse est inférieure à CHF 15'000.- ;

le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communiqué le présent arrêt à Me Marcel Bersier, avocat du demandeur, ainsi qu'à Me Thomas Barth, avocat de la commune de B_____.

Siégeants : M. Thélin, président, Mme Junod, M. Dumartheray,
Mme Payot Zen-Ruffinen, M. Pagan, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

le président siégeant :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :