

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1879/2015-FPUBL

ATA/1301/2015

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre administrative**

**Arrêt du 8 décembre 2015**

dans la cause

**Monsieur A\_\_\_\_\_**

représenté par Me Philippe Ducor, avocat

contre

**HÔPITAUX UNIVERSITAIRES DE GENÈVE**

représentés par Me Pierre Martin-Achard, avocat

---

## EN FAIT

- 1) Monsieur A\_\_\_\_\_ a été engagé par les Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après : HUG) en qualité de médecin assistant à compter du\_\_\_\_\_, puis en tant que chef de clinique adjoint dès le \_\_\_\_\_et de chef de clinique à partir du\_\_\_\_\_, poste qu'il a occupé jusqu'au\_\_\_\_\_.
- 2) À compter du\_\_\_\_\_, M. A\_\_\_\_\_ a été engagé en qualité de médecin adjoint au service B\_\_\_\_\_des HUG jusqu'au \_\_\_\_\_ à un taux d'activité de 100 %, moyennant un salaire mensuel brut de CHF 12'770.45 correspondant à la classe 26, annuité 10, de l'échelle des traitements du personnel de l'État de Genève et des établissements hospitaliers (ci-après : l'échelle des traitements).
- 3) Par contrat du 6 novembre 2009, l'engagement de M. A\_\_\_\_\_ en qualité de médecin adjoint a été reconduit du \_\_\_\_\_au \_\_\_\_\_, pour un traitement mensuel brut de CHF 13'326.40, correspondant à la classe 26, annuité 13, de l'échelle des traitements.
- 4) Le 10 novembre 2011, le contrat de M. A\_\_\_\_\_ a été renouvelé du 1<sup>er</sup> décembre 2011 au 30 novembre 2012, pour un traitement mensuel brut de CHF 13'605.40 correspondant à la classe 26, annuité 15, de l'échelle des traitements.
- 5) Les 22 janvier et 22 avril 2013, la direction générale des HUG a confirmé à M. A\_\_\_\_\_ la prolongation, jusqu'au 30 avril 2013, puis jusqu'au 30 septembre 2013, de son contrat du 10 novembre 2011, dont les clauses demeuraient valables.
- 6) Les relations de service liant les HUG à M. A\_\_\_\_\_ ont pris fin le 30 septembre 2013.
- 7) Par arrêt du 30 septembre 2014 dans la cause A/142/2014 (ATA/768/2014), la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) a partiellement admis le recours interjeté par M. A\_\_\_\_\_ le 17 janvier 2014 contre les HUG pour déni de justice, dit que la fin des rapports de service était contraire au droit, constaté le refus de réintégration des HUG, fixé l'indemnité pour refus de réintégration à quatre mois du dernier traitement brut de l'intéressé, à l'exclusion de tout autre rémunération, condamné, en tant que de besoin, les HUG à payer à M. A\_\_\_\_\_ cette indemnité et alloué à ce dernier une indemnité de procédure de CHF 2'000.-, à la charge des HUG.

En refusant de se déterminer formellement sur la fin des relations de travail de l'intéressé par le biais d'une décision, les HUG avaient commis un déni de justice. La réintégration de M. A\_\_\_\_\_ n'étant plus possible, il convenait de fixer l'indemnité qui lui était due. Il avait été engagé au sein des HUG en 1990 et avait

exercé durant près de sept ans en qualité de médecin adjoint. Son travail avait été jugé satisfaisant, puis la situation s'était modifiée, l'intéressé ne répondant pas aux attentes de son nouveau supérieur hiérarchique. Les HUG avaient toutefois prolongé son engagement pour ensuite renouveler à trois reprises son contrat, sous couvert d'une procédure de stabilisation en cours de traitement et sans l'avertir de leur intention de se séparer de lui. Profitant de la maladresse d'un courrier de M. A\_\_\_\_\_, les HUG l'avaient interprété comme valant démission, avant de se raviser, en lui expliquant finalement que les relations de travail prendraient fin au 30 septembre 2013. L'intéressé était au courant des faits reprochés et avait pu s'exprimer par écrit. Il avait poursuivi une activité professionnelle en décembre 2013 et avait été engagé en qualité de médecin à plein temps à compter du mois de février 2014. En tenant compte de l'ensemble de ces circonstances, l'indemnité qui lui était due était arrêtée à quatre mois de son dernier traitement brut, à l'exclusion de toute autre rémunération.

- 8) Par courrier du 26 novembre 2014, M. A\_\_\_\_\_ a relevé que l'arrêt de la chambre administrative, notifié le 10 octobre 2014, était devenu définitif et a invité les HUG à lui verser le montant de CHF 61'416.70, correspondant à l'équivalent de quatre mois de son dernier traitement brut, soit CHF 59'416.70, non soumis aux déductions sociales, auquel s'ajoutait l'indemnité de procédure de CHF 2'000.-.
- 9) Le 27 novembre 2014, les HUG ont exprimé leur engagement à respecter le dispositif de l'arrêt du 30 septembre 2014 et demandé à l'intéressé de leur faire parvenir une attestation de la caisse de compensation indiquant que l'indemnité n'était pas soumise aux déductions sociales obligatoires.
- 10) Par courrier du lendemain, les HUG ont informé M. A\_\_\_\_\_ qu'ils lui verseraient le montant de CHF 54'846.20 moins les déductions sociales usuelles, ainsi qu'une indemnité de CHF 2'000.- non soumise aux charges sociales. Le versement de CHF 4'570.-, correspondant à une part du treizième salaire, ne résultait pas du dispositif de l'arrêt de la chambre administrative.
- 11) Le 2 décembre 2014, l'intéressé a persisté à demander le versement de CHF 61'416.-.  
  
L'indemnité qui lui était due n'était pas de nature salariale, mais avait une finalité punitive et réparatrice, de sorte qu'elle échappait aux cotisations sociales. La loi se référait au traitement annuel brut, lequel comprenait, de pratique constante, le treizième salaire.
- 12) Conformément au bulletin de salaire du 22 décembre 2014, les HUG ont versé à M. A\_\_\_\_\_ un montant de CHF 53'804.40, correspondant à l'indemnité de CHF 54'846.20 après déductions des charges sociales totales de CHF 3'041.80 plus l'indemnité de procédure de CHF 2'000.-.

- 13) Le 23 décembre 2014, M. A\_\_\_\_\_ a requis la poursuite des HUG pour un montant de CHF 7'612.30 avec intérêts à 5 % l'an dès le 11 novembre 2014, indiquant comme cause de l'obligation l'arrêt de la chambre administrative du 30 septembre 2014.
- 14) Le 16 février 2015, lors de sa notification, les HUG ont immédiatement formé opposition au commandement de payer du 5 février 2015 dans la poursuite n° 1\_\_\_\_\_, par lequel l'office des poursuites les sommait de payer à M. A\_\_\_\_\_ la somme de CHF 7'612.30 avec intérêts à 5 % dès le 11 novembre 2014 plus les frais de poursuite.
- 15) a. Par acte du 3 juin 2015, référencé sous cause A/1879/2015, M. A\_\_\_\_\_ a agi auprès de la chambre administrative en reconnaissance de dette, concluant à la condamnation des HUG au paiement de CHF 7'612.30 avec intérêts à 5 % l'an dès le 11 novembre 2014, au prononcé de la mainlevée de l'opposition formée par les HUG au commandement de payer dans la poursuite n° 1\_\_\_\_\_ à concurrence de la somme de CHF 7'612.30 avec intérêts à 5 % l'an dès le 11 novembre 2014 et des frais de poursuite de CHF 100.60 plus intérêts à 5 % l'an dès le 24 février 2015 ainsi qu'à la déclaration que la poursuite n° 1\_\_\_\_\_ irait sa voie, avec suite de frais et « dépens ».

Il avait eu connaissance de la divergence d'interprétation de l'arrêt du 30 septembre 2014 pour la première fois le 29 novembre 2014, date à laquelle le délai de trente jours pour procéder à une demande d'interprétation était échu. Il ne pouvait pas requérir le paiement de l'indemnité plus tôt, faute de caractère exécutoire de l'arrêt. Il n'avait pas conséquent d'autre choix que d'agir en reconnaissance de dette.

Si l'arrêt du 30 septembre 2014 contenait une condamnation claire et sans équivoque des HUG à lui payer une indemnité correspondant à quatre mois de traitement brut, il ne chiffrait pas l'indemnité, ne mentionnait pas le montant du dernier traitement brut au 30 septembre 2013 et ne permettait pas de déterminer si le treizième salaire devait être compris et si l'indemnité était soumise aux déductions sociales. Sa qualité de titre de mainlevée n'était pas sans équivoque, de sorte que l'intéressé était contraint d'agir par la voie de l'action en reconnaissance de dette.

L'action se distinguait des litiges portant sur des prétentions d'un fonctionnaire fondée sur les rapports de service pour lesquels la voie de l'action pécuniaire était exclue. La demande se basait sur l'arrêt du 30 septembre 2014, qui avait reconnu le principe du licenciement contraire au droit et condamné les HUG au versement d'une indemnité. Le différend subsistant concernait la quotité de l'indemnité. Les conclusions de l'action ne pouvaient faire l'objet d'une décision, les HUG n'étant pas compétents pour fixer seuls le montant auquel la chambre administrative les avaient condamnés et ne pouvant lever eux-mêmes

l'opposition formée par eux-mêmes. Le litige trouvait son origine dans un contrat de droit public. La chambre administrative était l'autorité compétente pour connaître de l'action en reconnaissance de dette.

Le dernier traitement brut devait être compris au sens 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 (L'Trait - B 5 15), laquelle prévoyait que le traitement était payé en treize mensualités égales. Lorsque les rapports de service prenaient fin avant l'échéance de paiement du treizième salaire de juin ou de décembre, une part au treizième salaire pour les mois de travail effectués était due dans tous les cas. Le treizième salaire faisait partie intégrante du traitement et donc de l'indemnité, comme le confirmait la jurisprudence de la chambre administrative.

L'indemnité octroyée n'avait pas pour finalité de compenser la perte de salaire subie par l'intéressé, mais de l'indemniser pour compenser et réparer le refus des HUG de le réintégrer, ce que confirmait le fait que la chambre administrative n'avait pas pris en compte les activités qu'il avait exercées pour diminuer son dommage. Il ne s'agissait pas d'une rémunération et elle n'était pas soumise à la déduction des cotisations sociales.

b. À l'appui de son action, il a notamment versé à la procédure une facture de CHF 100.60 de l'office des poursuites du 24 février 2015 pour le commandement de payer notifié aux HUG ainsi que son bulletin de salaire du mois de septembre 2013, indiquant qu'il se situait en classe 26, annuité 16 de l'échelle des traitements et que son traitement mensuel de base, treizième salaire exclu, s'élevait à CHF 13'711.55.

- 16) Par réponse du 2 juillet 2015, les HUG ont émis de sérieuses réserves quant à la recevabilité de l'action de M. A\_\_\_\_\_ et conclu à son rejet, avec suite de frais et « dépens ».

S'agissant d'une prétention de droit public, les prétentions pécuniaires de l'intéressé devaient faire l'objet d'une décision des HUG, sujette à recours, de sorte que la chambre administrative ne pouvait être saisie par voie d'action.

L'indemnité avait uniquement pour but de pallier les conséquences économiques du refus de réintégration. Elle se substituait au traitement de la personne concernée, de sorte que les charges sociales devaient en être déduites. La modification récente de la jurisprudence de la chambre administrative ne changeait pas la nature de l'indemnité. La seule base légale pour une réparation d'un préjudice correspondait à la loi sur la responsabilité de l'État et des communes du 24 février 1989 (LREC - A 2 40). L'indemnité devait être distinguée de celles de droit privé, dont la nature ne pouvait être appliquée par analogie. Les HUG avaient, à juste titre, déduit les charges sociales. M. A\_\_\_\_\_

n'avait d'ailleurs pas été en mesure de fournir une attestation de sa caisse de compensation.

Ni le dispositif, ni les considérants de l'arrêt du 30 septembre 2014 ne prévoyaient d'inclure le treizième salaire dans l'indemnité. M. A\_\_\_\_\_ ne pouvait, par le biais d'une action en reconnaissance de dette, revenir sur la teneur claire du dispositif d'un arrêt entré en force depuis de nombreux mois.

- 17) Par réplique du 31 juillet 2015, M. A\_\_\_\_\_ a affirmé que son action en reconnaissance de dette était recevable et a au surplus persisté dans ses conclusions.

Le dispositif de l'arrêt du 30 septembre 2014 ne comportait aucun renvoi aux HUG pour décision sur la quotité de l'indemnité. La condamnation était ferme et ne laissait aucune place pour une nouvelle décision. Interpellés sur la quotité de l'indemnité, les HUG n'avait jamais rendu de décision formelle ni fait mine de le faire. L'exigence de décision préalable des HUG était infondée.

Il n'était plus question de la contestation du licenciement de M. A\_\_\_\_\_, mais du recouvrement d'une créance au paiement de laquelle les HUG avaient été condamnés par la chambre administrative comme l'aurait été n'importe quel particulier. L'acquittement de cette créance ne relevait plus de la puissance publique de l'État mais de l'exécution d'une décision judiciaire.

- 18) Sur quoi, la cause a été 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/361/2013 du 11 juin 2013 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<sup>er</sup> 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<sup>er</sup> 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<sup>er</sup> 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/361/2013 précité consid. 2b et les références citées).

c. En l'espèce, les prétentions en paiement du demandeur trouvent leur fondement dans le contrat de travail de droit public le liant à l'autorité défenderesse, dans 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) ainsi que, plus particulièrement, dans l'arrêt de la chambre administrative du 30 septembre 2014, lequel ne laisse pas en principe pas de place à une nouvelle décision de l'autorité défenderesse. En outre, en formant opposition au commandement de payer notifié le 16 février 2015 dans la poursuite n° 15 100064, cette dernière 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 fixés et était soumise aux cotisations sociales. La position de l'autorité défenderesse, au surplus confirmée dans la présente procédure, est ainsi

parfaitement claire, de sorte que, même à retenir que l'ATA/768/2014 laisserait de la place à une décision de cette dernière, 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), que de lui renvoyer le dossier pour décision sujette à recours devant la chambre de céans.

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 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (LP - RS 281.1) 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 fixés dans l'indemnité pour résiliation des rapports de service contraire au droit selon l'art. 31 al. 3 LPAC ainsi que, d'autre part, sur la soumission de cette même indemnité aux cotisations sociales et, 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 juge spécialisé, 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, arrêtée par ATA/768/2014 à quatre mois de son dernier salaire brut, à l'exclusion de tout autre élément de rémunération, en application de l'art. 31 al. 3 LPAC, comprendrait le treizième salaire au prorata du nombre de mois fixés, ce que l'autorité défenderesse conteste.
- a. En matière de résiliation des rapports de service, si la chambre administrative retient que cette dernière est contraire au droit, elle peut proposer à l'autorité compétente la réintégration (art. 31 al. 2 LPAC). 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. Concernant un employé, l'indemnité ne peut être supérieure à six mois (art. 31 al. 3 LPAC).

b. L'art. 31 al. 3 LPAC, en se référant à la notion de dernier traitement brut, renvoie à l'art. 2 LTrait, ce que confirme la jurisprudence de la chambre administrative (ATA/274/2015 du 14 mars 2015 consid. 9e ; ATA/273/2015 du 14 mars 2015 consid. 17b ; ATA/871/2014 du 11 novembre 2014 consid. 9 ; ATA/258/2014 du 15 mai 2014 consid. 10). 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).

c. 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/274/2015 précité consid. 9e ; ATA/273/2015 précité consid. 17b ; ATA/871/2014 précité consid. 9 ; ATA/258/2014 précité consid. 10 ; ATA/194/2014 du 1<sup>er</sup> mai 2014 consid. 16).

d. En l'espèce, il n'est pas contesté qu'au moment de son licenciement contraire au droit, le recourant se situait en classe 26, annuité 16 et que son salaire annuel brut, treizième salaire compris, se montait à CHF 178'250.-.

Par conséquent, l'indemnité de quatre mois du dernier traitement brut, à l'exclusion de tout autre élément de rémunération, au paiement de laquelle l'autorité défenderesse a été condamnée, s'élevait à CHF 59'416.70 (CHF 178'250.- / 12 mois x 4 mois), dont CHF 4'570.50 de treizième salaire.

Au vu de ce qui précède, la chambre administrative constatera que l'indemnité fixée par arrêt du 30 septembre 2014 se monte au total à CHF 59'416.70, comprenant le treizième salaire de CHF 4'570.50, de sorte que ce dernier montant reste dû par l'autorité défenderesse au demandeur.

- 5) Le demandeur soutient que l'indemnité de l'art. 31 al. 3 LPAC 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. L'autorité défenderesse a toutefois déduit de l'indemnité

versée au demandeur l'« AC COTISATION EMPLOYE », l'« AVS COTISATION EMPLOYE », l'« AC COTISATION FONDS EMPLOYE » ainsi que l'« ASSURANCE MATERNITE EMPLOYE ».

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<sup>ème</sup> éd., 2014, p. 176).

6) a. 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<sup>er</sup> 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).

b. 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<sup>er</sup> 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<sup>er</sup> avril 2014 consid. 12 ; ATA/195/2014 du 1<sup>er</sup> 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).

- 7) a. Dans un arrêt du 30 septembre 2014, la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : la chambre des assurances sociales) a examiné 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. Elle a ainsi analysé la nature de cette indemnité à l'aune de l'art. 11 al. 3 de la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (loi sur l'assurance-chômage - LACI - RS 837.0), dont la notion de droit au salaire se recoupe en grande partie avec celle du salaire déterminant prévue par l'art. 5 al. 2 LAVS (ATF 126 V 390 consid. 5a p. 391).

b. La chambre des assurances sociales a, premièrement, relevé que l'indemnité prévue par l'art. 31 al. 3 LPAC ne constituait pas une indemnité pour cause de résiliation anticipée des rapports de travail, laquelle visait expressément la compensation des salaires perdus en raison de la résiliation anticipée injustifiée et avait pour effet de replacer le travailleur dans la situation qui aurait été la sienne si son contrat avait été résilié dans les délais légaux ou conventionnels. L'indemnité prévue de l'art. 31 al. 3 LPAC n'était en effet pas réservée aux cas de suspension avec effet immédiat des rapports de travail (ATAS/1122/2014 du 30 octobre 2014 consid. 12).

c. Elle a ensuite constaté que, selon la jurisprudence de la chambre administrative, l'indemnité de l'art. 31 al. 3 LPAC n'avait pas pour fonction de remplacer le salaire, ce que confirmaient, d'une part, le texte même de la loi, qui ne conditionnait pas l'octroi de cette indemnité à une perte de salaire - laquelle n'était au surplus pas systématiquement couverte -, et, d'autre part, le fait qu'un congé injustifié en matière de rapports de service de droit public constituait un acte illicite. Elle a dès lors conclu que l'art. 31 al. 3 LPAC revêtait notamment le caractère d'une sanction et était similaire dans sa nature aux indemnités prévues par les art. 336a CO et 337c al. 3 CO, de sorte qu'il était exclu de l'assimiler à un salaire au sens de l'art. 11 al. 3 LACI. À cet égard, le fait que le montant de l'indemnité soit également, dans une certaine mesure, destiné à réparer le préjudice économique subi par le fonctionnaire ne faisait pas échec à cette conclusion, par analogie avec les indemnités des art. 336a et 337c al. 3 CO, exclues du salaire déterminant malgré leur caractère en partie compensatoire (ATAS/1122/2014 précité consid. 12).

- 8) a. La chambre administrative fera sien ce raisonnement, qui est conforme à sa jurisprudence récente concernant la nature de l'indemnité de l'art. 31 al. 3 LPA. Elle constatera en outre que l'aspect sanctionnateur de l'indemnité pour licenciement contraire au droit est dans le cas d'espèce particulièrement évident, l'indemnité ayant été fixée à quatre mois du dernier salaire brut du demandeur,

ceci alors même que la chambre administrative avait constaté que ce dernier avait poursuivi des activités professionnelles en tout cas en décembre 2014, soit moins de quatre mois après son licenciement.

b. La chambre administrative constatera dès lors que l'indemnité de l'art. 31 al. 3 LPAC ne constitue pas un salaire au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS et n'est dès lors pas soumise aux cotisations sociales. Le montant de CHF 59'416.70 était par conséquent dû au demandeur dans sa totalité par l'autorité défenderesse, sans déduction des cotisations sociales à la charge de l'employé. Le montant de CHF 3'041.80 a ainsi été retenu à tort par l'autorité défenderesse au titre des cotisations sociales et reste dû au demandeur.

- 9) Dans ces circonstances, l'action sera admise. Il sera constaté que l'indemnité de quatre mois du dernier traitement brut de M. A\_\_\_\_\_, à l'exclusion de toute autre rémunération, au paiement de laquelle les HUG ont été condamnés par ATA/768/2014, comprend le treizième salaire au prorata du nombre de mois fixés et n'est pas soumise à la déduction des cotisations sociales. Il sera dès lors constaté que les montants de CHF 4'570.50, correspondant au treizième salaire pour quatre mois, et CHF 3'041.80, correspondant aux charges sociales retenues à tort, restent dus par les HUG à M. A\_\_\_\_\_. Ces derniers seront en tant que de besoin condamnés à verser ces montants à M. A\_\_\_\_\_, avec intérêt à 5 % l'an dès le 11 novembre 2014. La mainlevée définitive de l'opposition au commandement de payer dans la poursuite n° 1\_\_\_\_\_, notifié aux HUG le 16 février 2015, sera prononcée, à concurrence de CHF 7'612.30, avec intérêts moratoires à 5 % l'an dès le 11 novembre 2014, et des frais de poursuite de CHF 100.60, avec intérêts moratoires à 5 % l'an dès le 24 février 2015.
- 10) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 500.- 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 1'000.- sera allouée à M. A\_\_\_\_\_, à la charge de HUG.

\* \* \* \* \*

**PAR CES MOTIFS**  
**LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

**à la forme :**

déclare recevable l'action interjetée le 3 juin 2015 par Monsieur A\_\_\_\_\_ contre les Hôpitaux universitaires de Genève ;

**au fond :**

l'admet ;

constate que l'indemnité de quatre mois du dernier traitement brut de Monsieur A\_\_\_\_\_, à l'exclusion de toute autre rémunération, au paiement de laquelle les HUG ont été condamnés par ATA/768/2014, comprend le treizième salaire au prorata du nombre de mois fixés et n'est pas soumise à la déduction des cotisations sociales ;

constate que les montants de CHF 4'570.50, correspondant au treizième salaire pour quatre mois, et de CHF 3'041.80, correspondant aux cotisations sociales retenues à tort, restent dus par les Hôpitaux universitaires de Genève à Monsieur A\_\_\_\_\_ ;

condamne en tant que de besoin les Hôpitaux universitaires de Genève à verser à Monsieur A\_\_\_\_\_ la somme de CHF 7'612.30, avec intérêts moratoires à 5 % l'an dès le 11 novembre 2014 ;

prononce la mainlevée définitive de l'opposition au commandement de payer, poursuite n° 1\_\_\_\_\_, notifié aux Hôpitaux universitaires de Genève le 16 février 2015, à concurrence de CHF 7'612.30, avec intérêts moratoires à 5 % l'an dès le 11 novembre 2014, et des frais de poursuite de CHF 100.60, avec intérêts moratoires à 5 % l'an dès le 24 février 2015 ;

met à la charge des Hôpitaux universitaires de Genève un émolument de CHF 500.- ;

alloue une indemnité de procédure de CHF 1'000.- à Monsieur A\_\_\_\_\_, à la charge des Hôpitaux universitaires de Genève ;

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, 1000 Lausanne 14, 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 Philippe Ducor, avocat du recourant, ainsi qu'à Me Pierre Martin-Achard, avocat des Hôpitaux universitaires de Genève.

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 :