

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2870/2016-FPUBL

ATA/955/2016

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 9 novembre 2016

sur effet suspensif

dans la cause

Monsieur A_____

représenté par Me Franco Foglia, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

représenté par Me François Bellanger, avocat

Attendu, en fait, que :

1. Monsieur A_____ a été engagé à l'office cantonal des assurances sociales (ci-après : OCAS) en date du 1^{er} janvier 1997 et il a été nommé fonctionnaire le 1^{er} janvier 2004. Après plusieurs promotions au sein du service de facturation de cet office, il en est devenu le _____ le 1^{er} mai 2010.
2. Le 27 janvier 2015, le conseil d'administration de l'OCAS a ordonné l'ouverture d'une enquête administrative à l'encontre de M. A_____, dont il a confié la conduite à Madame B_____, juge à la Cour de justice. Il décidait de cette mesure « suite à des plaintes d'ordre de harcèlement sexuel et moral, ainsi que d'éventuels abus d'autorité, portées par différents collaborateurs du service de facturation, ainsi que par des personnes extérieures au service », parmi lesquelles une plainte de Madame C_____, qui avait pris ses fonctions au sein du service facturation en 2014, même si elle travaillait au sein de l'OCAS depuis 2004. Celle-ci accusait son supérieur hiérarchique de lui avoir fait des avances auxquelles elle ne consentait pas, et d'avoir dû subir une étreinte, des attouchements et un baiser sans son consentement dans le bureau du service le 12 décembre 2014, ce qui l'avait fortement choquée. Dans les jours qui avaient suivi, M. A_____ avait répété ses avances malgré son opposition. Ces faits s'inscrivaient dans un contexte où la qualité du travail de Mme C_____ au sein de l'OCAS était remise en question à l'issue d'un processus d'évaluation auquel l'intéressé participait. Les doléances des autres collaboratrices du service de facturation ne portaient pas sur des faits similaires, mais sur des comportements que l'intéressé imposait à ses subordonnées, tels le visionnement de photos de femmes nues, ou la prise de photos de celles-ci, dont il faisait ultérieurement des montages. Elles lui reprochaient de déformer l'information au sujet de la marche du service et de promouvoir ainsi une ambiance déstabilisante, tout en empêchant le contact avec la hiérarchie, dans le but de conserver la maîtrise sur le fonctionnement de son service.
3. Dans le rapport d'enquête qu'elle a rendu le 3 septembre 2015 après audition de l'intéressé et de différents collaborateurs ou collaboratrices de l'OCAS dont Mme C_____, l'enquêtrice a mis en évidence un problème de communication et de transmission des informations de l'intéressé à l'égard de ses subordonnées. Ce comportement ne semblait pas répondre à la qualification de mobbing. Aucune trace de harcèlement sexuel sur lesdites subordonnées (à l'exception de Mme C_____) n'avait été relevée, mêmes si certains de ses comportements ne trouvaient pas leur place dans un cadre professionnel. Les faits à la base de l'accusation de harcèlement sexuel formulée par Mme C_____ n'étaient pas établis, même si certains éléments recueillis étaient de nature à les accréditer.
4. Le 3 novembre 2015, toute mesure de reclassement au sein de cet office s'avérant impossible, l'OCAS a fait savoir à M. A_____ qu'il envisageait de le

licencier et lui a transmis les éléments de fait et de droit qu'il entendait retenir dans une telle décision, en lui accordant un délai au 2 décembre 2015 pour se déterminer.

5. M. A_____ a répondu le 2 décembre 2015. Il était dès le 1^{er} décembre 2015 en état d'incapacité totale de travail attestée par certificat médical du Docteur D_____. Il contestait tout motif de licenciement et demandait à réintégrer dès que possible son poste de travail, subsidiairement qu'un autre poste de l'OCAS ou ailleurs au sein de l'État, lui soit proposé. Malgré une instruction à charge, les accusations de harcèlement sexuel avaient été écartées par l'enquêtrice. La dégradation de l'ambiance de travail au sein de son service était due à deux causes qui s'étaient exercées conjointement, soit l'arrivée de Mme C_____ et son refus de proposer la réévaluation de la classe de traitement de ses collaboratrices. Toute décision de licenciement serait contraire au droit. Les accusations de Mme C_____ étaient celles d'une affabulatrice, voire le résultat d'une machination de sa part pour pouvoir conserver son poste de travail. Ce n'était qu'au moment où ses subordonnées s'étaient vu refuser leur augmentation de traitement que divers ressentis étaient venus à la surface. Les divers comportements qui lui étaient reprochés dans ses rapports avec ses collaboratrices, s'agissant de son attitude, de ses propos, voire liés à la prise ou à la production de photos, n'avaient pas la portée agressive que celles-ci leur prêtaient. Il n'avait jamais violé aucune disposition du règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 24 février 1999 (RPAC - B 5 05.01).
6. Le 26 avril 2016, l'OCAS a transmis à M. A_____ un nouvel état de fait retenu à l'appui de la décision de licenciement qu'il entendait notifier, et lui a accordé un nouveau délai au 13 mai 2016 pour s'exprimer. Ladite décision ne devait pas intervenir avant la fin du délai de protection.
7. M. A_____ s'est déterminé le 13 mai 2016. Il demandait la tenue d'un entretien de service lors duquel il serait entendu, car son état de santé n'empêchait pas la tenue d'une telle rencontre. Il contestait tout manquement à ses devoirs de fonction et considérait qu'une décision de licenciement serait contraire au droit, en se référant à ses déterminations antérieures.
8. Le 31 mai 2016, l'intéressé a transmis un nouveau certificat médical attestant de son incapacité de travail totale jusqu'au 30 juin 2016.
9. Par décision du 28 juin 2016, communiquée le 29 juin 2016, l'OCAS a licencié M. A_____ pour motif fondé, en visant l'art. 21 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), avec effet au 30 septembre 2016. Il était libéré avec effet immédiat de l'obligation de travailler. La décision était exécutoire nonobstant recours.

Le droit d'être entendu de l'intéressé avait été respecté en étant exercé par écrit. Il avait violé fautivement ses obligations d'attitude générale et ses devoirs d'autorité découlant des art. 21 et 23 RPAC. Il était certes doué de qualités techniques nécessaires à son poste et, selon les rapports d'évaluation de son supérieur hiérarchique, ses qualités relationnelles n'avaient donné lieu qu'à des remarques minimales, jusqu'aux faits mis en évidence par le rapport d'enquête. Toutefois, les témoignages des six collaboratrices de l'intéressé recueillis lors de l'enquête avaient mis en évidence un problème dans la transmission de l'information, qui se traduisait par une incompréhension des ordres, et par la propagation de fausses rumeurs ou de ce qui a été reçu comme tel, source d'inconfort pour les collaboratrices et de perte de confiance. À cela s'ajoutait la difficulté - réelle ou ressentie - des collaboratrices à s'adresser directement au responsable de division en raison de la réticence dont l'intéressée faisait preuve sur ce plan. En outre, il avait montré à ses collaboratrices des photos de femmes nues, comportement qui, quelles qu'en soient les circonstances, n'avait pas sa place dans un cadre professionnel, surtout de la part d'un cadre. Même si la nature des rapports qu'il avait entretenus avec Mme C_____ n'avait pu être établie avec exactitude, les faits mis en évidence par l'enquête ont démontré que la teneur des échanges était pour le moins surprenante, dans un cadre purement professionnel. Il ne pouvait être suivi lorsqu'il prétendait que les conversations enregistrées - dont il avait autorisé l'utilisation lors de l'enquête - s'inscrivaient dans un cadre professionnel. De l'avis de l'autorité décisionnaire, il était établi qu'il avait tenté des avances à l'endroit de sa subordonnée. Même si les faits n'avaient pas pu être déterminés de manière précise en l'absence de témoins, la déclaration du médecin traitant consulté le 12 décembre 2014 et les autres éléments mis en évidence par l'enquête permettaient de retenir l'existence d'un comportement déplacé à l'égard de sa collaboratrice, justifiant la décision de licenciement, seule décision possible en l'absence de possibilité de reclassement.

10. Par acte posté le 30 août 2016, M. A_____ a formé un recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision du 28 juin 2016 précitée qu'il avait reçue le 29 juin 2016 en concluant à son annulation, à sa réintégration et à l'allocation d'une indemnité de CHF 90'000.- pour les frais encourus, ainsi qu'une indemnité de CHF 40'000.- au titre du tort moral.

Il sollicitait, à titre préalable, la restitution de l'effet suspensif.

Sur le fond, la décision prise à son encontre n'était pas conforme au droit. Elle ne respectait pas les règles de procédure. La direction de l'OCAS avait fait preuve d'amateurisme à son encontre par ses nombreux manquements dans la gestion du conflit qui avait surgi de la plainte de Mme C_____. Malgré les résultats de l'enquête administrative, l'OCAS avait pris la décision de le licencier, faisant preuve d'une totale partialité et d'un acharnement singulier à son encontre. Il contestait l'entier des faits rapportés à son encontre par Mme C_____ ainsi que par d'autres

collaboratrices, notamment la production de photographies de femmes dénudées. Il était surpris de la prétendue pudibonderie de certaines de ses collaboratrices, alors qu'elles lui avaient adressé une correspondance privée et courtoise par « whatsapp ». Lui qui avait jusque-là été un collaborateur transparent et fidèle à son employeur pendant dix-neuf ans se sentait pris en étau par lui. La décision querellée violait également le principe de la proportionnalité par sa dureté. Son droit d'être entendu avait également été violé par la partialité constante de la direction et du conseil d'administration de l'OCAS, même s'ils avaient respecté les règles de procédure.

L'effet suspensif devait être restitué. Dès fin septembre 2016, il se retrouverait sans travail et sans rémunération et n'aurait plus de quoi prendre en charge ses frais courants. Sa santé avait été ruinée par les attaques injustifiées portées contre lui. Il lui était impossible d'envisager un quelconque avenir pour l'instant, et il ne paraissait pas contraire à « l'intérêt public genevois de soutenir l'un des siens » par une décision préalable de restitution de l'effet suspensif, s'agissant en particulier du versement de son traitement pendant la durée de la procédure.

11. Le 20 septembre 2016, l'OCAS a conclu au rejet de la demande de restitution d'effet suspensif. Il s'est référé aux éléments issus du rapport d'enquêtes mettant en évidence des comportements et attitudes de M. A_____ tant à l'égard de Mme C_____, que de ses autres collaboratrices, qui constituaient des manquements. Le Conseil d'administration considérait que le lien de confiance avait été rompu et qu'il ne pouvait que mettre un terme aux relations de travail, en raison des violations des art. 21 et 23 RPAC constatées. Les manquements étaient d'autant moins acceptables que le recourant était le supérieur hiérarchique des personnes qui avaient dénoncé son attitude.

La demande de restitution de l'effet suspensif était infondée. L'intérêt privé au maintien de son emploi, dont un fonctionnaire licencié pouvait se prévaloir, était d'ordre strictement privé et ne pouvait être pris en considération dans la pesée des intérêts. Le recourant n'était pas dépourvu de ressources. Par ailleurs, il ne prétendait pas ne plus avoir droit aux indemnités de l'assurance pour perte de gain en cas de maladie, ni qu'après sa guérison, il n'aurait pas droit aux allocations de chômage, s'il ne devait pas avoir retrouvé un emploi à l'échéance du délai de congé.

L'OCAS avait un intérêt public prépondérant à ce que le retrait de l'effet suspensif soit maintenu.

12. Le 7 novembre 2016, M. A_____ a exercé son droit à la réplique concernant la question de l'effet suspensif, lequel devait être restitué au recours.

L'autorité intimée n'avait pas de difficultés de trésorerie, contrairement à lui-même.

Au surplus, il a maintenu et développé ses arguments antérieurs.

Considérant, en droit, que :

1. Aux termes de l'art. 66 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA – E 5 10), 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) ; toutefois, lorsque 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).
2. Les décisions sur mesures provisionnelles sont prises par le président ou le vice-président de la chambre administrative ou, en cas d'empêchement de ceux-ci, par un autre juge (art. 21 al. 2 LPA et art. 7 al. 1 du règlement interne de la chambre administrative du 26 septembre 2010).
3. L'autorité peut d'office ou sur requête ordonner des mesures provisionnelles en exigeant au besoin des sûretés (art. 21 al. 1 LPA).
4. Selon la jurisprudence constante de la chambre administrative, des mesures provisionnelles - au nombre desquelles compte la restitution de l'effet suspensif (Philippe WEISSENBERGER/Astrid HIRZEL, *Der Suspensiveffekt und andere vorsorgliche Massnahmen*, in Isabelle HÄNER/Bernhard WALDMANN [éd.], *Brennpunkte im Verwaltungsprozess*, 2013, 61-85, p. 63) - ne sont légitimes que si elles s'avèrent indispensables au maintien d'un état de fait ou à la sauvegarde d'intérêts compromis (ATF 119 V 503 consid. 3 ; ATA/1244/2015 du 17 novembre 2015 consid. 2 ; ATA/1110/2015 du 16 octobre 2015 consid. 3 ; ATA/997/2015 du 25 septembre 2015 consid. 3).

Elles ne sauraient, en principe tout au moins, anticiper le jugement définitif ni équivaloir à une condamnation provisoire sur le fond, pas plus qu'aboutir abusivement à rendre d'emblée illusoire la portée du procès au fond (arrêts précités). Ainsi, dans la plupart des cas, les mesures provisionnelles consistent en un minus, soit une mesure moins importante ou incisive que celle demandée au fond, ou en un aliud, soit une mesure différente de celle demandée au fond (Isabelle HÄNER, *op. cit.*, p. 265).
5. L'octroi de mesures provisionnelles présuppose l'urgence, à savoir que le refus de les ordonner crée pour l'intéressé la menace d'un dommage difficile à réparer (ATF 130 II 149 consid. 2.2 ; 127 II 132 consid. 3 = RDAF 2002 I 405).
6. Lorsque l'effet suspensif a été retiré ou n'est pas prévu par la loi, l'autorité de recours doit examiner si les raisons pour exécuter immédiatement la décision entreprise sont plus importantes que celles justifiant le report de son exécution. Elle dispose d'un large pouvoir d'appréciation qui varie selon la nature de l'affaire. La restitution de l'effet suspensif est subordonnée à l'existence de justes motifs, qui

résident dans un intérêt public ou privé prépondérant à l'absence d'exécution immédiate de la décision ou de la norme (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1161/2013 du 27 février 2014 consid. 5.5.1).

7. Pour effectuer la pesée des intérêts en présence qu'un tel examen implique, l'autorité de recours n'est pas tenue de procéder à des investigations supplémentaires, mais peut statuer sur la base des pièces en sa possession (ATF 117 V 185 consid. 2b ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_435/2008 du 6 février 2009 consid. 2.3 et les arrêts cités).

8. a. L'autorité compétente peut résilier les rapports de service du fonctionnaire pour un motif fondé. Elle motive sa décision et doit proposer préalablement à la résiliation des mesures de développement et de réinsertion professionnels et rechercher si un autre poste au sein de l'administration serait disponible, qui correspond aux capacités de l'intéressé (art. 21 al. 3 LPAC et 46A RPAC).

Aux termes de l'art. 22 LPAC, il y a motif fondé lorsque la continuation des rapports de service n'est plus compatible avec le bon fonctionnement de l'administration, soit notamment en raison de l'insuffisance des prestations (let. a), l'inaptitude à remplir les exigences du poste (let. b), la disparition durable d'un motif d'engagement (let. c).

b. Peut recourir à la chambre administrative pour violation de la loi tout membre du personnel dont les rapports de service ont été résiliés (art. 31 al. 1 LPAC). Si la chambre administrative retient que la résiliation des rapports de service n'est pas fondée sur un motif fondé elle ordonne la réintégration du fonctionnaire (art. 31 al. 2 LPAC). Si elle considère que le licenciement est pour une autre raison contraire au droit, elle peut proposer à l'autorité compétente la réintégration (art. 31 al. 3 LPAC).

9. En l'occurrence, les motifs fondés allégués par l'autorité décisionnaire pour justifier le licenciement portent sur une insuffisance de prestations, voire sur une inaptitude à remplir les exigences du poste au regard des obligations incombant au recourant en vertu des art. 21 et 23 RPAC. La question de la réalité de l'existence de motifs fondés constituera l'objet de l'instruction au fond, à l'issue de laquelle la chambre administrative pourra statuer sur la conformité au droit de la décision querellée. Le seul fait que le recourant en nie l'existence est insuffisant pour admettre que son recours a d'emblée de fortes chances de succès.

Ce dernier allègue comme dommage irréparable le fait de ne plus pouvoir travailler à son poste pendant la durée de la procédure, alors qu'il remplirait les conditions d'une réintégration. C'est anticiper sur le résultat de l'instruction et, dans cette mesure, cette prétention se confond avec les conclusions au fond, ce qui n'est pas admissible (ATA/626/2016 du 19 juillet 2016 consid. 10).

Par ailleurs, l'intérêt privé du recourant à conserver son activité professionnelle doit céder le pas à l'intérêt public à la préservation des finances de l'État, conformément à la jurisprudence constante de la chambre administrative (ATA/471/2016 du 6 juin 2016 et les références citées). Aucun élément du dossier ne permet de retenir que celui-ci aurait la capacité de rembourser les traitements perçus en cas de confirmation de la décision querellée, alors que l'État de Genève serait à même de verser les montants qui seraient mis à sa charge en cas d'issue favorable pour celui-là, et cela même si la cause pouvait être tranchée rapidement.

10. Au vu de ce qui précède, la restitution de l'effet suspensif sera refusée.

Le sort des frais sera réservé jusqu'à droit jugé au fond.

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

refuse de restituer l'effet suspensif au recours de Monsieur A_____ contre la décision de la l'office cantonal des assurances sociales du 28 juin 2016 ;

réserve le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond ;

dit que conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF – RS 173.110), la présente décision peut être portée dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; 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. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique la présente décision, en copie, à Me Franco Foglia, avocat du recourant, ainsi qu'à Me François Bellanger, avocat de l'office cantonal des assurances sociales.

Le président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :