

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4383/2010-FPUBL

ATA/605/2012

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 11 septembre 2012

dans la cause

Monsieur X _____

représenté par Me Pascal Rytz, avocat

contre

FONDATION Q _____

représentée par Me Anne Troillet Maxwell, avocate

EN FAIT

1. Dès le _____ 1995, Monsieur X_____ a été engagé par la Fondation Q_____ (ci-après : Q_____) en qualité d'éducateur spécialisé. Il a été soumis à la convention collective de travail pour le personnel des organismes genevois d'éducation et de réinsertion (ci-après : CCT-AGOER). Durant quinze ans, M. X_____ a toujours occupé la fonction d'éducateur spécialisé.
2. Il a cependant postulé à plusieurs reprises en qualité de directeur de foyer ou de responsable pédagogique, mais sa candidature n'a jamais été retenue. Il en a été ainsi en novembre 2002 pour le poste de directeur du foyer « L_____ » et en décembre 2008 pour une place de responsable pédagogique au « C_____ ».
3. Dès le printemps 2009, des tensions et des difficultés sont apparues au sein de l'équipe du foyer « S_____ », où M. X_____ travaillait depuis 2001. En fait, et selon une lettre, qui peut être qualifiée de lettre de soutien, envoyée le 25 novembre 2010 par cinq collègues de M. X_____ au secrétaire général de la Q_____, les reproches adressés à l'intéressé concernant son caractère autoritaire émanaient uniquement d'une autre collègue, Madame Y_____, laquelle avait en septembre 2010, comme M. X_____ l'a appris ultérieurement, dénoncé ce dernier au groupe de confiance de la Q_____ en raison du harcèlement psychologique qu'il exerçait à son égard.

Afin de restaurer une atmosphère de travail agréable et de protéger la personnalité de ses employés, la Q_____ a dû prendre des mesures.

Par courrier du 8 octobre 2010, Monsieur U_____, secrétaire général de la Q_____, a convoqué M. X_____ pour un entretien de service, devant avoir lieu le 13 octobre 2010 à 16h30, sans autre précision. Lors de cette entrevue, à laquelle participait Monsieur Z_____, directeur du foyer « S_____ », M. X_____ aurait été informé des reproches qui lui étaient adressés. Il n'existe aucun procès-verbal de cet entretien. Selon la Q_____, il aurait été indiqué à M. X_____ qu'il ne pouvait plus demeurer dans ses fonctions au foyer « S_____ ». Il était invité à réfléchir à son avenir professionnel et un second entretien a été fixé au 11 novembre 2010.

A cette occasion, M. X_____ était assisté de son conseil. Etaient également présents MM. U_____ et Z_____. Il n'existe aucun procès-verbal de cet entretien. Selon la Q_____, MM. U_____ et Z_____ auraient confirmé à M. X_____ qu'il ne pourrait pas continuer à travailler au foyer « S_____ ». Ils lui auraient proposé d'être transféré au foyer « A_____ », ou « O_____ ». S'il n'acceptait pas, la Q_____ mettrait un terme à son contrat de travail. M. X_____ aurait indiqué qu'il voulait continuer son activité à « S_____ » et qu'il

refusait d'être transféré dans l'un ou l'autre des foyers précités. Le conseil de M. X_____ aurait alors demandé à M. U_____ de lui faire parvenir, par écrit, les reproches exacts adressés à son mandant, ainsi que toutes les pièces du dossier.

4. Le 15 novembre 2010, M. U_____ a résumé ainsi, par écrit, à l'intention du conseil de M. X_____ les difficultés rencontrées avec ce dernier au sein du foyer « S_____ » :

« 1. Madame Y_____ collègue éducatrice de Monsieur X_____ a été vue par le Groupe de confiance de la Q_____ qui a reconnu qu'elle était victime d'un harcèlement psychologique horizontal de la part de Monsieur Pascal X_____.

2. Monsieur X_____ a eu des propos inconvenants et touchants (*sic*) à l'intégrité professionnelle de Madame Y_____ et de plus, en son absence (juin 2010 lors d'un colloque, fait reconnu par Monsieur X_____).

3. Lors du même colloque, Monsieur X_____ a eu des propos inconvenants et méprisants à l'encontre de M. Z_____ (directeur du Foyer B_____).

4. Monsieur X_____ a émis constamment des critiques sur le temps partiel de Madame Y_____.

5. Monsieur X_____ contrôle tous les éléments de la vie quotidienne du Foyer S_____ en édictant ses propres règles à suivre impérativement.

6. Monsieur X_____ a eu des attitudes déplacées lors des colloques et lors de collaborations avec Madame Y_____ et d'autres professionnels ».

Ces reproches démontraient l'inadéquation du positionnement professionnel et personnel de M. X_____ au sein du foyer « S_____ ». Si M. X_____ n'acceptait pas son transfert comme proposé, avec des objectifs d'amélioration, il serait licencié, l'acceptation ou le refus de cette proposition devant être fait d'ici le 19 novembre 2010.

5. Le 18 novembre 2010, le conseil de M. X_____ a sollicité un délai supplémentaire pour se déterminer, non sans relever que les accusations contenues dans la lettre de M. U_____ étaient graves et fallacieuses, vu qu'aucune pièce étayant les accusations de Mme Y_____ ou d'autres personnes n'était produite.

6. Sans répondre aux requêtes précitées, M. U_____ a, par pli recommandé du 24 novembre 2010, mis fin au contrat de travail de M. X_____ pour le 28 février 2011, en application de l'art. 5 al. 1 c et 6 al. 1 et 3 CCT-AGOER. Il se référait aux entretiens précités des 13 octobre et 11 novembre 2010, ainsi qu'à ses propres courriers des 20 et 25 octobre 2010 et du 15 novembre 2010. Les rapports de confiance entre les parties avaient cessé d'exister et M. X_____ avait refusé toute proposition de transfert. Aucune voie de droit n'était indiquée.

7. Par pli posté le 21 décembre 2010, M. X_____ a recouru contre la décision de licenciement auprès du Tribunal administratif, devenu depuis le 1^{er} janvier 2011 la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative). Il a conclu à la constatation de la nullité de la décision attaquée, à la condamnation de la Q_____ en tous les frais, ainsi qu'à une indemnité de procédure. Si, par impossible, la décision du 24 novembre 2010 n'était pas nulle, la Q_____ devait être condamnée à lui verser la somme de CHF 56'523,30 à titre d'indemnité pour licenciement abusif, ce montant correspondant à quelque six mois de salaire.
8. Dans son écriture responsive du 14 février 2011, la Q_____ a contesté que les rapports de travail entre les parties soient soumis au droit public, de sorte que le recours devait être déclaré irrecevable. Subsidiairement, le recours devait être rejeté. Seuls les art. 21, 22 et 23 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) étaient applicables, par analogie, aux rapports de travail au sein de la Q_____, dont le personnel était en outre soumis à la CCT-AGOER, au règlement d'application interne à la Q_____ et donc au droit privé. Elle n'était ainsi pas tenue de respecter le droit d'être entendu, les principes constitutionnels régissant le droit administratif n'étant pas applicables à la relation contractuelle entre les parties. Le licenciement de M. X_____ était valable. A teneur de l'art. 335 al. 1 de la loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations (CO - RS 220), un congé n'avait en principe pas besoin de reposer sur un motif particulier. Selon l'art. 4 du règlement d'application de la Q_____, les rapports de service pouvaient être résiliés pour un motif fondé. Préalablement à la résiliation, elle était tenue de proposer des mesures de développement et de réinsertion professionnels. La notion de motif fondé était empruntée à la LPAC et des difficultés d'ordre relationnel avaient, selon une jurisprudence constante, toujours été admises comme pouvant constituer un motif de licenciement. De plus, les juridictions administratives n'avaient pas la compétence de revoir l'opportunité d'une décision. Or, la décision de licencier M. X_____ relevait très largement de l'opportunité.
- Le licenciement respectait le délai de congé de trois mois. Il avait été motivé oralement lors des entretiens entre les parties et par le courrier du 15 novembre 2010, envoyé par M. U_____ au conseil de M. X_____. Enfin, une proposition de transfert avait été faite à ce dernier, qui l'avait refusée. M. X_____, de par sa nature extrêmement voire trop exigeante, considérait être en droit de tout gérer. Il avait rencontré des difficultés relationnelles avec M. Z_____ et Mme Y_____. Aucun motif ne permettait de justifier l'annulation de ce licenciement.
9. Répondant à une requête du juge délégué, la Q_____ a indiqué qu'elle ne disposait pas de statuts.

10. Les parties ont répliqué et dupliqué respectivement les 15 mars et 13 avril 2011.
11. Le 13 septembre 2011, la chambre de céans a rendu un arrêt sur partie (ATA/582/2011) aux termes duquel elle a considéré que les relations de travail entre le recourant et la Q_____ relevaient du droit public, de sorte que le recours était recevable. Aucun recours auprès du Tribunal fédéral n'a été interjeté à l'encontre de cet arrêt.
12. Le 29 novembre 2011, la Q_____ a répondu sur le fond, maintenant que le licenciement du recourant, conformément à l'art. 22 LPAC, reposait sur un motif objectif et fondé au vu des difficultés relationnelles précitées. Pour les raisons déjà exposées, aucune violation du droit d'être entendu ne pouvait lui être reprochée. Elle sollicitait l'ouverture d'enquêtes.
13. Le 30 novembre 2011, M. X_____ a maintenu ses explications et conclusions, en sollicitant préalablement également l'ouverture d'enquêtes.
14. Les parties ayant été informées que la cause était gardée à juger, la Q_____ a indiqué le 12 décembre 2011 qu'elle avait pris bonne note que cela n'excluait aucunement l'audition ultérieure de témoins.
15. Les parties ont déposé chacune une liste de témoins, le recourant sollicitant l'audition de quatre de ses collègues, Messieurs D_____, V_____, ainsi que Mesdames H_____ et E_____, la Q_____ requérant celle de M. Z_____, de Madame K_____, responsable pédagogique au sein du foyer « S_____ », et de Madame Gani, psychologue ayant suivi Mme Y_____, M. U_____ devant être considéré comme partie, ou à défaut entendu comme témoin.
16. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. La recevabilité du recours a déjà été admise par arrêt du 13 septembre 2011 (ATA/582/2011 précité).
2. Ayant travaillé durant plus de deux ans au sein de la Q_____ au bénéfice d'un contrat de durée indéterminée, M. X_____ est assimilé à un fonctionnaire au

sens de la LPAC (art. 3 du règlement d'application par la Q_____ du protocole d'accord). Le délai de résiliation était en l'espèce de trois mois (art. 5 al. 1 let. c CCT-AGOER). Signifiée par pli recommandé du 24 novembre 2010 pour le 28 février 2011, la décision attaquée respecte le délai de trois mois précité (art. 6 al. 1 CCT-AGOER).

3. Les art. 21, 22 et 23 LPAC, ainsi que les dispositions correspondantes 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), soit les art. 44 et 46A en particulier, dans leur teneur au 31 août 2010, sont applicables en l'espèce à la résiliation des rapports de travail (art. 2 du protocole d'accord).
4. Enfin, selon l'art. 6 CCT-AGOER, intitulé « Fin du contrat de travail », tout licenciement fait l'objet d'une annonce préalable notifiée par écrit et mentionnant le présent article (ch. 3). De plus, l'employé ayant reçu une telle annonce préalable de licenciement a droit à être entendu par son employeur, en se faisant assister par un tiers (ch. 4).
5. La position initiale de la Q_____, telle qu'elle résultait de son écriture responsive du 14 février 2011, selon laquelle elle n'avait pas à respecter les principes constitutionnels dont le droit d'être entendu, n'est plus pertinente, la chambre de céans ayant admis par arrêt du 13 septembre 2011 (ATA/582/2011 précité) que les rapports de travail entre les parties étaient soumis au droit public.

Le droit d'être entendu est une garantie de nature formelle dont la violation entraîne, lorsque sa réparation par l'autorité de recours n'est pas possible, l'annulation de la décision attaquée sans égard aux chances de succès du recours sur le fond (ATF 137 I 195 consid. 2.2 p. 197 ; 133 III 235 consid. 5.3 p. 250 ; Arrêts du Tribunal fédéral 2D_5/2012 du 19 avril 2012 ; 2C_552/2011 du 15 mars 2012 consid. 3.1 ; 8C_104/2010 du 29 septembre 2010 consid. 3.2 ; ATA/276/2012 du 8 mai 2012 consid. 2 et arrêts cités). Sa portée est déterminée en premier lieu par le droit cantonal (art. 41 ss LPA) et le droit administratif spécial (ATF 124 I 49 consid. 3a p. 51 et les arrêts cités ; Arrêts du Tribunal fédéral 5A_11/2009 du 31 mars 2009 ; 2P.39/2006 du 3 juillet 2006 consid. 3.2). Si la protection prévue par ces lois est insuffisante, ce sont les règles minimales déduites de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) qui s'appliquent (art. 29 al. 2 Cst. ; Arrêt du Tribunal fédéral 4A_15/2010 du 15 mars 2010 consid. 3.1 ; T. TANQUEREL, Manuel de droit administratif, Genève-Zurich-Bâle 211, p. 509 n. 1526 ; A. AUER/ G. MALINVERNI/ M. HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Berne 2006, Vol. 2, 2ème éd., p. 603 n. 1315 ss). Quant à l'art. 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101), il n'accorde pas au justiciable de garanties plus étendues que celles découlant de l'art. 29 al. 2 Cst. (Arrêts du Tribunal fédéral

6B_24/2010 du 20 mai 2010 consid. 1 ; 4P.206/2005 du 11 novembre 2005 consid. 2.1 et arrêts cités).

6. La Q_____ ne disposant pas de statuts, la question de savoir si le secrétaire général de la Q_____ est l'autorité compétente au sens de l'art. 4 al. 1 du règlement d'application par la Q_____ du protocole précité demeurera ouverte au vu de ce qui suit.
7.
 - a. Le courrier envoyé le 8 octobre 2010 par M. U_____ à M. X_____ le convoquant pour un entretien le 13 octobre 2010 ne respecte ni le délai, ni les conditions énoncées à l'art. 44 RPAC. Il résulte de la systématique du RPAC que cet entretien de service est lié à la procédure de résiliation (ATA/410/2009 du 25 août 2009). Selon l'art. 44 RPAC, dans sa teneur en 2010, la convocation devait parvenir au membre du personnel dix jours ouvrables avant l'entretien. Si ce délai pouvait être réduit lorsque l'entretien avait pour objet une infraction aux devoirs du personnel, la convocation devait préciser la nature, le motif de l'entretien et les personnes présentes pour le compte de l'employeur, de même que le droit d'être accompagné d'une personne de son choix. Or, tel n'a pas été le cas, le texte du courrier précité du 8 octobre 2010 étant laconique mais impératif.
 - b. Quant à la convocation de M. U_____ datée du 20 octobre 2010 adressée au conseil de M. X_____ en vue d'un entretien les 25 ou 26 octobre 2010, elle ne respecte pas non plus le délai précité.
 - c. Seule celle envoyée le 25 octobre 2010 pour l'entrevue du 10 novembre 2010 respecte le délai de dix jours précité, mais non les autres exigences réglementaires puisqu'elle ne mentionne notamment pas le nom des personnes qui seront présentes bien que M. Z_____ soit indiqué comme ayant reçu copie de cette convocation. Enfin, si elle cite des dispositions légales, notamment les art. 21 à 23 LPAC, donnant ainsi à penser qu'une résiliation des rapports de service est envisagée, elle mentionne, en relation avec un changement d'affectation, l'art. 5 « du règlement B 5 05 » (*sic*) - alors qu'il s'agit de la référence de la loi - et ni la nature ni le motif de l'entretien ne sont indiqués de manière explicite. Par ailleurs, l'art. 5 LPAC - dont la référence est B 5 05 - se réfère au fonctionnaire et l'art. 5 RPAC (B 5 05.01) à l'état de santé, et n'ont donc pas trait à un éventuel changement d'affectation. Quant à la mention selon laquelle ces documents sont à disposition sur le site intranet de la Q_____, elle n'est d'aucune utilité, les références en question étant manifestement inexactes.
 - d. De plus, à l'issue de cette seconde entrevue, le conseil du recourant a sollicité de M. U_____ qu'il lui fasse parvenir la liste des reproches adressés à son client, accompagnée des pièces probantes.

Cette énumération lui est parvenue sous la forme d'un courrier envoyé par M. U_____ le 15 novembre 2010, réceptionné le 16 novembre 2010, sans aucune

annexe, en le priant d'indiquer d'ici le 19 novembre 2010 si M. X_____ acceptait la proposition de transfert au foyer « A_____ » ou à celui du « O_____ », faute de quoi le licenciement serait prononcé.

Aucun délai n'a été imparti à M. X_____ pour se déterminer par écrit au sujet de ces griefs, dont il ne peut être établi - faute de procès-verbal - qu'ils ont tous été abordés lors des entrevues des 13 octobre et 11 novembre 2010. Aucune suite n'a été donnée à la requête du conseil de M. X_____, présentée le 18 novembre 2010, tendant à la prolongation dudit délai au 10 décembre 2010, ce qui constituait un délai raisonnable, eu égard à la gravité des conséquences du choix devant lequel était placé M. X_____.

8. Pour toutes ces raisons, la Q_____ a violé le droit d'être entendu de M. X_____ en ne respectant pas même l'art. 6 CCT-AGOER et en prononçant, dans les circonstances rappelées ci-dessus, le licenciement de l'intéressé par pli recommandé du 24 novembre 2010. Ledit licenciement est ainsi contraire au droit.
9. Reste à déterminer si la décision attaquée est nulle, comme le soutient le recourant, ou annulable.

- a. La nullité d'une décision est la sanction la plus lourde qui frappe les décisions affectées des vices les plus graves. Premièrement, le vice doit être grave, en raison de l'importance de la norme violée, considérée sous l'angle des principes lésés. La violation d'une norme constitutionnelle fondamentale, portant atteinte à la dignité humaine, celle d'une règle d'organisation procédurale essentielle, seront des causes de nullité. En outre, le vice doit être patent et l'admission de la nullité ne doit pas léser gravement la sécurité du droit. La nullité peut être invoquée en tout temps et devant toute autorité, relativisant le principe de l'autorité formelle de chose décidée (ATA/410/2009 déjà cité ; ATA/181/2009 du 7 avril 2009 ; P. MOOR, Droit administratif, vol. II, 2^e éd., Berne 2002, p. 306, 307 et 311).

- b. Une décision entreprise pour violation du droit d'être entendu n'est en principe pas nulle, mais annulable (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.207/2001 du 12 novembre 2001 consid. 5a et les arrêts cités ; ATA/452/2008 du 2 septembre 2008 consid. 2b).

La violation du droit d'être entendu est réparable devant l'instance de recours si celle-ci jouit du même pouvoir d'examen que l'autorité inférieure (ATA/452/2008 déjà cité consid. 2b ; ATA/430/2008 du 27 août 2008 consid. 2 ; P. MOOR, Droit administratif, Les actes administratifs et leur contrôle, vol. 2, 2e éd., Berne 2002, ch. 2.2.7.4 p. 283). Elle dépend toutefois de la gravité et de l'étendue de l'atteinte portée au droit d'être entendu et doit rester l'exception (ATF 126 I 68 consid. 2 p. 72 et les arrêts cités ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C.63/2008 du 25 août 2008 consid. 2.1) ; elle peut cependant se justifier en

présence d'un vice grave lorsque le renvoi constituerait une vaine formalité et aboutirait à un allongement inutile de la procédure (ATF 133 I 201 consid. 2.2 p. 204). En outre, la possibilité de recourir doit être propre à effacer les conséquences de cette violation. Autrement dit, la partie lésée doit avoir le loisir de faire valoir ses arguments en cours de procédure contentieuse aussi efficacement qu'elle aurait dû pouvoir le faire avant le prononcé de la décision litigieuse (ATA/452/2008 déjà cité).

Or, la chambre de céans ne peut contrôler l'opportunité d'une décision (art. 61 al. 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10) alors que dans ce domaine, l'employeur, soit la Q_____, dispose d'un large pouvoir d'appréciation.

10. Les décisions de licenciement prises en violation grave du droit d'être entendu sont nulles, ce que la chambre de céans doit constater d'office (Arrêt du Tribunal fédéral 1C_339/2007 du 30 octobre 2007 ; ATA/269/2008 du 27 mai 2008 ; ATA/544/2007 du 30 octobre 2007).

Pour qu'un acte puisse être déclaré nul à raison d'une telle violation, le Tribunal fédéral requiert un vice grave et évident, ainsi que l'absence d'atteinte à la sécurité juridique en cas de constatation de cette nullité (ATF 104 Ia 172). Une telle atteinte n'est pas envisageable en l'espèce, de sorte que la nullité - et non l'annulation - sera prononcée (ATA/181/2009 déjà cité).

La décision du 24 novembre 2010 étant nulle de plein droit et déployant ses effets *ex tunc*, M. X_____ fait toujours partie du personnel de la Q_____ (ATA/269/2008 et ATA/544/2007 déjà cités). Dès lors, les auditions de témoins sollicitées par le recourant ne sont pas nécessaires.

11. Le recours sera ainsi admis. Il ne sera pas perçu d'émolument. Une indemnité de procédure de CHF 2'000.- sera allouée au recourant, à charge de la Q_____ (art. 87 LPA).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 21 décembre 2010 par Monsieur X_____ contre la décision de la Fondation Q_____ du 24 novembre 2010 ;

au fond :

l'admet ;

constate la nullité du licenciement signifié à Monsieur X_____ le 24 novembre 2010 ;

dit que Monsieur X_____ fait toujours partie du personnel de la Fondation Q_____ ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ;

alloue à Monsieur X_____ une indemnité de procédure de CHF 2'000.-, à charge de la Fondation Q_____ ;

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 ;

communiqua le présent arrêt à Me Pascal Rytz, avocat du recourant, ainsi qu'à Me Anne Troillet Maxwell, avocate de la Fondation Q_____.

Siégeants : M. Thélin, président, Mme Hurni, MM. Dumartheray et Verniory, juges,
M. Bonard, juge suppléant.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière de juridiction a.i. :

C. Sudre

le président siégeant :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :