

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4383/2010-FPUBL

ATA/194/2014

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre administrative**

**Arrêt du 1<sup>er</sup> avril 2014**

dans la cause

**M. A** \_\_\_\_\_

représenté par Me Pascal Rytz, avocat

contre

**FONDATION J** \_\_\_\_\_

représentée par Me Anne Troillet Maxwell, avocate

---

## EN FAIT

1) Dès le 1<sup>er</sup> juillet 1995, M. A\_\_\_\_\_ a été engagé par la Fondation J\_\_\_\_\_ (ci-après : J\_\_\_\_\_ ) 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. A\_\_\_\_\_ a toujours occupé la fonction d'éducateur spécialisé.

2) Dès le printemps 2009, des tensions et des difficultés sont apparues au sein de l'équipe du foyer « B\_\_\_\_\_ » (ci-après : le foyer), où M. A\_\_\_\_\_ travaillait depuis 2001.

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

3) Par courrier du 8 octobre 2010, M. C\_\_\_\_\_, secrétaire général de J\_\_\_\_\_, a convoqué M. A\_\_\_\_\_ pour un entretien de service, devant avoir lieu le 13 octobre 2010 à 16h30, sans autre précision.

Lors de cette entrevue, à laquelle participait M. D\_\_\_\_\_, directeur du foyer, M. A\_\_\_\_\_ aurait été informé des reproches qui lui étaient adressés. Il n'existe aucun procès-verbal de cet entretien. Selon J\_\_\_\_\_, il aurait été indiqué à M. A\_\_\_\_\_ qu'il ne pouvait plus demeurer dans ses fonctions au foyer. Il était invité à réfléchir à son avenir professionnel et un second entretien était agendé au 20 octobre 2010.

4) A la suite d'une lettre du 19 octobre 2010 du conseil nouvellement constitué de M. A\_\_\_\_\_, ce second entretien a été reporté au 25 ou 26 octobre 2010, puis au 10 novembre 2010, enfin au 11 novembre 2010, date à laquelle il a eu lieu.

A cette occasion, M. A\_\_\_\_\_ était assisté de son conseil. Etaient également présents MM. C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_. Il n'existe aucun procès-verbal de cet entretien. Selon J\_\_\_\_\_, MM. C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_ auraient confirmé à M. A\_\_\_\_\_ qu'il ne pourrait pas continuer à travailler au foyer. Ils lui auraient proposé d'être transféré au foyer « E\_\_\_\_\_ », ou « F\_\_\_\_\_ ». S'il n'acceptait pas, J\_\_\_\_\_ mettrait un terme à son contrat de travail. M. A\_\_\_\_\_ aurait indiqué qu'il voulait continuer son activité à « B\_\_\_\_\_ » et qu'il refusait d'être transféré dans l'un ou l'autre des foyers précités, ce que celui-ci a contesté en procédure. Le conseil de M. A\_\_\_\_\_ aurait alors demandé à M. C\_\_\_\_\_ de lui faire parvenir, par écrit, les reproches exacts adressés à son mandant, ainsi que toutes les pièces du dossier.

5) Le 15 novembre 2010, M. C\_\_\_\_\_ a écrit la lettre suivante au conseil de M. A\_\_\_\_\_ :

« Suite à notre rencontre du 11 novembre 2010, je me permets de vous faire un résumé des difficultés rencontrées par M. A\_\_\_\_\_ au sein du Foyer B\_\_\_\_\_ :

1. Mme G\_\_\_\_\_ collègue éducatrice de M. A\_\_\_\_\_ a été vue par le Groupe confiance de J\_\_\_\_\_ qui a reconnu qu'elle était victime d'un harcèlement psychologique horizontal de la part de M. A\_\_\_\_\_.
2. M. A\_\_\_\_\_ a eu des propos inconvenants et touchants (*sic*) à l'intégrité professionnelle de Mme G\_\_\_\_\_ et de plus, en son absence (juin 2010 lors d'un colloque, fait reconnu par M. A\_\_\_\_\_).
3. Lors du même colloque, M. A\_\_\_\_\_ a eu des propos inconvenants et méprisants à l'encontre de M. D\_\_\_\_\_ (directeur du H\_\_\_\_\_).
4. M. A\_\_\_\_\_ a émis constamment des critiques sur le temps partiel de Mme G\_\_\_\_\_.
5. M. A\_\_\_\_\_ contrôle tous les éléments de la vie quotidienne du Foyer B\_\_\_\_\_ en édictant ses propres règles à suivre impérativement.
6. M. A\_\_\_\_\_ a eu des attitudes déplacées lors des colloques et lors de collaborations avec Mme G\_\_\_\_\_ et d'autres professionnels.

Ces 6 points mis en évidence démontrent l'inadéquation du positionnement professionnel et personnel de M. A\_\_\_\_\_ au sein du Foyer B\_\_\_\_\_. De ce fait, je confirme mes propositions :

1. Transfert du foyer B\_\_\_\_\_ aux foyers E\_\_\_\_\_ et F\_\_\_\_\_ avec des objectifs d'amélioration.
2. Licenciement de M. A\_\_\_\_\_ si la proposition ci-avant n'est pas acceptée.

J'attends de votre part et par lettre, la confirmation ou l'infirmité de l'acceptation de ma proposition d'ici au 19 novembre 2010. Domicile étant fait en votre étude, nous vous laisserons le soin d'en informer M. A\_\_\_\_\_ ».

- 6) Par lettre recommandée du 18 novembre 2010, le conseil de M. A\_\_\_\_\_, se référant à ce courrier, s'est adressé en ces termes à M. C\_\_\_\_\_ :

« (...)

Premièrement et contrairement à ce qui avait été convenu à l'issue de notre réunion du 11 novembre 2010, je constate qu'aucune pièce étayant des

accusations portées par Mme G\_\_\_\_\_ ou par d'autres personnes à l'encontre de M. A\_\_\_\_\_ n'est annexée à votre courrier.

M. A\_\_\_\_\_ veut et a le droit de consulter toutes les pièces relatives aux faits qui lui sont reprochés.

Il entend en effet prendre position par écrit à propos de chacune des accusations que vous évoquez dans votre courrier du 15 novembre 2010, ainsi que je vous l'ai suffisamment expliqué.

Les reproches formulés à l'encontre de mon mandant sont en effet très graves et sont de surcroît fallacieux.

Deuxièmement, le délai que vous avez fixé pour prendre position par rapport à votre proposition, c'est-à-dire jusqu'au vendredi 19 novembre 2010, alors que votre courrier date du 15 novembre 2010 est bien trop court, ce que vous ne pouvez ignorer.

Mon client souhaite que ce délai soit prolongé jusqu'au 10 décembre 2010.

Je vous laisse donc le soin de m'adresser une copie de toutes les pièces relatives aux accusations portées à l'encontre de M. A\_\_\_\_\_».

- 7) Sans répondre aux requêtes précitées, M. C\_\_\_\_\_ a, par pli recommandé du 24 novembre 2010, mis fin au contrat de travail de M. A\_\_\_\_\_ pour le 28 février 2011, en application de l'art. 5 al. 1 let. 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. A\_\_\_\_\_ avait refusé toute proposition de transfert. Celui-ci, libéré dès ce jour de l'obligation de venir sur son lieu de travail, recevrait son salaire jusqu'à fin février 2011, « pour solde de tout compte (heures et vacances comprises) ». Aucune voie de droit n'était indiquée.
- 8) Selon une lettre, qui peut être qualifiée de lettre de soutien, envoyée le 25 novembre 2010 par cinq collègues de M. A\_\_\_\_\_ au secrétaire général de J\_\_\_\_\_, les reproches adressés à l'intéressé concernant son caractère autoritaire émanaient uniquement d'une autre collègue, Mme G\_\_\_\_\_, laquelle avait en septembre 2010 dénoncé ce dernier au groupe de confiance de J\_\_\_\_\_ en raison du harcèlement psychologique qu'il aurait exercé à son égard.
- 9) Par lettres de son avocat des 7 et 14 décembre 2010, M. A\_\_\_\_\_ a demandé au secrétaire général de J\_\_\_\_\_ de rétracter le congé qu'il lui avait signifié.

- 10) Par acte expédié le 21 décembre 2010, M. A\_\_\_\_\_ a recouru contre la décision de licenciement du 24 novembre 2010 auprès du Tribunal administratif, devenu depuis le 1<sup>er</sup> 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 J\_\_\_\_\_ en tous les frais, ainsi qu'à une indemnité de procédure. Si, par impossible, la décision du 24 novembre 2010 ne devait pas être considérée comme nulle, J\_\_\_\_\_ devait être condamnée à lui verser la somme de CHF 56'523,30 à titre d'indemnité pour licenciement abusif, ce montant correspondant à six mois de salaire brut (6 x CHF 9'420,55).

Le recourant a produit notamment son bulletin de salaire du mois d'octobre 2010 indiquant un salaire brut de CHF 9'420,55 et un salaire net de CHF 8'105,40.

- 11) Dans sa réponse du 14 février 2011, J\_\_\_\_\_ 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. Dans les deux cas, les frais et émoluments de l'instance devait être mis à la charge du recourant.

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 J\_\_\_\_\_, dont le personnel était en outre soumis à la CCT-AGOER, au règlement d'application interne à J\_\_\_\_\_ 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. A\_\_\_\_\_ 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 J\_\_\_\_\_, les rapports de service pouvaient être résiliés pour un motif fondé. Préalablement à la résiliation, l'intimée 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. A\_\_\_\_\_ 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. C\_\_\_\_\_ au conseil de M. A\_\_\_\_\_. Enfin, une proposition de transfert avait été faite à ce dernier, qui l'avait refusée. M. A\_\_\_\_\_, de par sa nature extrêmement voire trop exigeante, considérait être en droit de tout gérer. Il

avait rencontré des difficultés relationnelles avec M. D \_\_\_\_\_ et Mme G \_\_\_\_\_. Aucun motif ne permettait de justifier l'annulation de ce licenciement.

- 12) Répondant à une requête du juge délégué, J \_\_\_\_\_ a indiqué qu'elle ne disposait pas de statuts.
- 13) Les parties ont répliqué et dupliqué respectivement les 15 mars et 13 avril 2011.
- 14) Le 13 septembre 2011, la chambre de céans a rendu un arrêt sur partie (ATA/1 \_\_\_\_\_) aux termes duquel elle a considéré que les relations de travail entre le recourant et J \_\_\_\_\_ 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.
- 15) Le 29 novembre 2011, J \_\_\_\_\_ 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. Le recourant ayant parfaitement compris les faits qui lui étaient reprochés et ayant pu se déterminer lors des deux entretiens de service, ainsi que par écrit entre ceux-ci – ce qu'il n'avait pas fait – aucune violation du droit d'être entendu ne pouvait être imputée à l'intimée, laquelle n'avait pas donné suite à la demande de pièces formulée le 18 novembre 2010 par le recourant pour le seul motif qu'elle n'avait pas constitué de dossier à son sujet. J \_\_\_\_\_ a sollicité préalablement l'ouverture d'enquêtes.
- 16) Le 30 novembre 2011, M. A \_\_\_\_\_ a maintenu ses explications et conclusions, en sollicitant préalablement également l'ouverture d'enquêtes.
- 17) Les parties ont déposé chacune une liste de témoins.
- 18) Par arrêt du 11 septembre 2012 (ATA/2 \_\_\_\_\_), la chambre administrative a admis le recours, a constaté la nullité du licenciement signifié à M. A \_\_\_\_\_ le 24 novembre 2010, a dit que celui-ci faisait toujours partie du personnel de J \_\_\_\_\_ et lui a alloué une indemnité de procédure de CHF 2'000.- à la charge de l'intimée.

Le courrier envoyé le 8 octobre 2010 par M. C \_\_\_\_\_ à M. A \_\_\_\_\_ le convoquant pour un entretien le 13 octobre 2010 ne respectait ni le délai, ni les conditions énoncées à l'art. 44 du règlement d'application de la LPAC du 24 février 1999 (RPAC - B 5 05.01). Quant à la convocation de M. C \_\_\_\_\_ datée du 20 octobre 2010 adressée au conseil de M. A \_\_\_\_\_ en vue d'un entretien les 25 ou 26 octobre 2010, elle ne respectait pas non plus le délai précité. Seule celle envoyée le 25 octobre 2010 pour l'entrevue du 10 novembre 2010 respectait le délai de dix jours précité, mais non les autres exigences réglementaires puisqu'elle ne mentionnait notamment pas le nom des personnes qui seraient présentes.

De plus, à l'issue de cette seconde entrevue, le conseil du recourant avait sollicité de M. C\_\_\_\_\_ qu'il lui fasse parvenir la liste des reproches adressés à son client, accompagnée des pièces probantes. Cette énumération lui était parvenue sous la forme d'un courrier envoyé par M. C\_\_\_\_\_ 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. A\_\_\_\_\_ acceptait la proposition de transfert au foyer « E\_\_\_\_\_ » ou à celui du « F\_\_\_\_\_ », faute de quoi le licenciement serait prononcé.

Aucun délai n'avait été imparti à M. A\_\_\_\_\_ pour se déterminer par écrit au sujet de ces griefs, dont il ne pouvait être établi - faute de procès-verbal - qu'ils avaient tous été abordés lors des entrevues des 13 octobre et 11 novembre 2010. Aucune suite n'avait été donnée à la requête du conseil de M. A\_\_\_\_\_, 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. A\_\_\_\_\_.

Pour toutes ces raisons, J\_\_\_\_\_ avait violé le droit d'être entendu de M. A\_\_\_\_\_ 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, qui était ainsi contraire au droit.

La décision du 24 novembre 2010 étant nulle de plein droit en raison de la violation grave de son droit d'être entendu et la nullité déployant ses effets *ex tunc*, M. A\_\_\_\_\_ faisait toujours partie du personnel de J\_\_\_\_\_. Dès lors, les auditions de témoins sollicitées par le recourant n'étaient pas nécessaires.

- 19) Par arrêt du 20 août 2013 (cause 8C\_861/2012), le Tribunal fédéral a admis le recours en matière de droit public formé par J\_\_\_\_\_, en ce sens que la décision de la chambre administrative du 11 septembre 2012 était annulée, la cause étant renvoyée à ladite juridiction pour nouveau jugement. Le Tribunal fédéral a en outre arrêté les frais judiciaires à CHF 3'000.-, partagés par moitié entre les parties, et condamné J\_\_\_\_\_ à verser à M. A\_\_\_\_\_ la somme de CHF 1'500.- à titre de dépens pour la procédure devant lui.

Le fait que J\_\_\_\_\_ ait, par ses courriers des 8 et 20 octobre 2010, convoqué M. A\_\_\_\_\_ à des entretiens respectifs sans respecter le délai de dix jours prévu par l'art. 44 RPAC, alors que la convocation du 25 octobre 2010 ne mentionnait pas les précisions exigées par cette disposition, ne constituait pas une violation du droit d'être entendu de l'employé. Il apparaissait en effet qu'à l'issue du premier entretien du 13 octobre 2010, celui-ci avait compris que son employeur ne comptait pas le garder à son poste au sein du foyer.

Il convenait en revanche de suivre les premiers juges lorsqu'ils admettaient une violation du droit d'être entendu de l'employé, en ce que J\_\_\_\_\_ ne lui avait

pas donné l'occasion de répondre aux reproches formulés pour la première fois par écrit dans une lettre du 15 novembre 2010, et fait fi de sa demande tendant à une prolongation du délai fixé initialement au 19 novembre 2010 pour donner à l'employeur « la confirmation ou l'infirmité de l'acceptation » de sa proposition comportant le choix entre un transfert à deux autres foyers ou le licenciement. Quoi qu'en disait J\_\_\_\_\_ - qui se référait au demeurant à l'art. 44 RPAC dans sa teneur en vigueur à partir du 15 mars 2011, non applicable en l'occurrence - en répondant par la lettre de licenciement du 24 novembre 2010 à la requête de l'employé du 18 novembre 2010 visant à consulter les pièces relatives aux reproches adressés à son encontre ainsi qu'à prendre position par écrit relativement au courrier du 15 novembre précédent, elle avait empêché M. A\_\_\_\_\_ d'exercer son droit de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, alors qu'il en faisait expressément la demande.

La violation du droit d'être entendu de l'employé ne constituait en l'espèce pas une atteinte particulièrement grave au sens de la jurisprudence conduisant à la nullité de la décision de licenciement. A l'issue du premier entretien du 13 octobre 2010, M. A\_\_\_\_\_ avait en effet connaissance du fait que J\_\_\_\_\_ entendait le transférer dans un autre foyer et avait été en mesure de s'adjoindre l'aide d'un tiers pour la suite de la procédure. La sanction de nullité de la décision du 24 novembre 2010 prononcée par la juridiction cantonale était donc contraire au droit.

Il appartiendrait à la chambre administrative, sur renvoi, en particulier d'examiner si, comme l'avait soutenu M. A\_\_\_\_\_ à titre subsidiaire en instance cantonale, le vice de procédure, singulièrement la manière dont avait été signifié le congé, devait donner lieu à une indemnisation pour licenciement abusif en application de l'art. 336 CO, déclaré applicable par analogie, ou s'il convenait d'annuler la décision du 24 novembre 2010 pour violation du droit d'être entendu. Au besoin, la juridiction cantonale se prononcerait à nouveau sur les offres de preuve, dès lors que la nullité de la décision administrative n'était pas confirmée. Cela étant, il n'appartenait pas au Tribunal fédéral de se prononcer sur les conséquences de l'annulation du jugement entrepris. Le recours était admis dans cette mesure.

- 20) Dans ses observations du 27 septembre 2013 formulées à la suite de l'arrêt du Tribunal fédéral, M. A\_\_\_\_\_ a conclu principalement à la condamnation de J\_\_\_\_\_ à lui verser la somme de CHF 56'523,30 à titre d'indemnité pour licenciement abusif au sens de l'art. 336a CO, avec intérêt à 5 % dès le 24 novembre 2010, subsidiairement à l'annulation de la décision de licenciement du 24 novembre 2010, à la condamnation de J\_\_\_\_\_ au paiement en sa faveur d'une indemnité de CHF 47'103.-, avec intérêt à 5 % dès le 1<sup>er</sup> mars 2011 ainsi qu'au versement par l'employeur de la part patronale des cotisations sociales et des cotisations de la prévoyance professionnelle usuelles calculées sur le montant de CHF 47'103.- et en sus de celui-ci. Il a en outre sollicité la condamnation de

J\_\_\_\_\_ à l'émolument et au versement par celle-ci en sa faveur d'une indemnité de procédure valant participation à ses honoraires d'avocat.

M. A\_\_\_\_\_ doutait en particulier qu'une proposition de réintégration qui serait faite par la chambre administrative serait acceptée par J\_\_\_\_\_, au regard des trois années écoulées depuis la décision du 24 novembre 2010 et de la rupture du rapport de confiance entre les parties. En outre, il était lui-même au service d'un nouvel employeur, depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2011, et n'était donc pas à la disposition de J\_\_\_\_\_. Son indemnité pour non-réintégration au sens de l'art. 31 al. 3 LPAC devait porter sur les mois de mars à juillet 2011, période durant laquelle il était sans emploi.

- 21) Dans ses observations du 30 septembre 2013, J\_\_\_\_\_ a conclu, préalablement, à l'ouverture des enquêtes et à la fixation aux parties d'un délai pour le dépôt de leurs listes de témoins, au fond et principalement au déboutement de M. A\_\_\_\_\_ de toutes ses conclusions et à la condamnation de celui-ci en tous les frais et émoluments de l'instance, y compris une indemnité de procédure valant participation aux honoraires de son avocat.

En particulier, l'annulation du licenciement et une indemnité pour non-réintégration n'étaient pas envisageables, de telles conclusions n'étant pas couvertes par les conclusions initiales du recourant, qui restreignaient l'objet du litige. En effet, celui-ci n'avait initialement pas conclu à l'annulation du licenciement mais à sa nullité, et avait sollicité une indemnité non pour non-réintégration, mais pour licenciement abusif.

- 22) Le 5 novembre 2013, J\_\_\_\_\_ a écrit spontanément à la chambre de céans.

Celle-ci ne pourrait pas annuler le licenciement, ce chef de conclusions n'ayant pas été pris de manière univoque par le recourant dans son acte de recours.

De plus, au regard de son incapacité de travail de 100 % pour maladie du 14 février au 15 avril 2011, attestée par deux certificats d'un médecin-psychiatre, les rapports de travail de M. A\_\_\_\_\_ n'avaient pas pris fin le 28 février 2011, mais le 30 avril 2011. Celui-ci avait été employé et avait donc perçu un salaire auprès de J\_\_\_\_\_ jusqu'au 30 avril 2011, comme indiqué par celle-ci dans son « attestation de l'employeur » adressée le 21 avril 2011 à l'assurance-chômage et faisant état d'un salaire total soumis à cotisations de CHF 38'056,10 pour la période du 1<sup>er</sup> janvier au 30 avril 2011.

Si par impossible la chambre administrative devait octroyer au recourant une indemnité pour non-réintégration, le dispositif devrait préciser expressément que le montant revenant le cas échéant au recourant devait être versé sous déduction des indemnités de chômage à rembourser à la caisse de chômage, conformément au droit de subrogation légale de cette dernière.

- 23) Se déterminant sur le courrier de l'intimée du 5 novembre 2013, le recourant a, le 18 décembre 2013, contesté l'irrecevabilité de ses chefs de conclusions subsidiaires en annulation de la décision de licenciement et en paiement d'une indemnité pour non-réintégration.

Il a précisé avoir été engagé en qualité d'éducateur spécialisé au centre de détention de I\_\_\_\_\_ à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2011 et a, conformément aux réquisitions de l'intimée, produit des décomptes de la caisse de chômage du Syndicat interprofessionnel des travailleuses et travailleurs (ci-après : SIT) attestant le paiement d'indemnités journalières de CHF 5'960,20 bruts et CHF 5'203,25 nets pour le mois de mai 2011 et de CHF 7'713,20 bruts et CHF 6'800,75 nets pour le mois de juin 2011. Dans la mesure où ladite caisse n'avait pas usé de la subrogation légale dans le cadre de la présente procédure, il n'y aurait pas lieu de préciser dans l'arrêt à rendre que la caisse devrait être remboursée pour les indemnités de non-réintégration versées à M. A\_\_\_\_\_, malgré leur caractère salarial.

- 24) Par lettre spontanée du 10 janvier 2014, J\_\_\_\_\_ a maintenu ses griefs d'irrecevabilité contre les chefs de conclusions subsidiaires de M. A\_\_\_\_\_ et a confirmé ses propres chefs de conclusions subsidiaires relatifs à la subrogation légale de la caisse de chômage.

- 25) En date du 20 janvier 2014, le juge délégué a fait part aux parties de ce qu'elles seraient informées ultérieurement de la suite de la procédure.

- 26) Par lettre du 27 janvier 2014, M. A\_\_\_\_\_ a conclu à l'irrecevabilité de l'écriture de sa partie adverse du 10 janvier 2014, cette dernière n'ayant pas été autorisée par la chambre de céans.

- 27) Par lettre du 20 février 2014, le juge délégué a imparti un délai au recourant pour exercer son droit à la réplique, après quoi la cause serait gardée à juger.

- 28) Par courrier du 4 mars 2014, M. A\_\_\_\_\_ a renoncé à répliquer, la cause pouvant ainsi être gardée à juger.

## **EN DROIT**

- 1) La recevabilité du recours a déjà été admise par arrêt de la chambre de céans du 13 septembre 2011 (ATA/582/2011 précité) et le présent arrêt fait suite à l'arrêt du Tribunal fédéral 8C\_861/2012 du 20 août 2013.

- 2) Si l'écriture spontanée de l'intimée du 5 novembre 2013 peut être admise dans la mesure où elle se réfère directement à de nouvelles conclusions prises dans les observations du recourant et apporte des éléments nouveaux, tel n'est pas le cas de l'écriture spontanée de l'intimée du 10 janvier 2014, qui n'apporte aucun élément nouveau et ne peut, partant, qu'être écartée.
- 3) L'absence de conclusions ne peut être réparée que dans le délai de recours. Hors ce délai, le fait d'être autorisé à compléter une écriture de recours ne permet pas de suppléer au défaut de conclusions (ATA/197/2013 du 26 mars 2013 consid. 6 ; ATA/133/2012 du 13 mars 2012 ; ATA/294/2009 du 16 juin 2009 ; ATA/118/2006 du 7 mars 2006 ; ATA/19/2006 du 17 janvier 2006).

Partant, des conclusions nouvelles prises après le délai de recours, par exemple au stade de la réplique, sont irrecevables (ATA/751/2013 du 12 novembre 2013 consid. 6 ; ATA/581/2007 du 13 novembre 2007).

La nouveauté d'une conclusion s'apprécie par rapport à l'objet du litige de l'instance précédente, correspondant à l'objet de la décision attaquée qui est déterminé par les conclusions formulées devant ladite instance (ATF 136 V 362 consid. 3.4 et 4.2 = RDAF 2011 I 419 [rés.] ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C\_581/2010 du 28 mars 2011 consid. 1.5 ; ATA/18/2013 du 8 janvier 2013 consid. 10). N'est donc pas nouvelle une conclusion du recourant n'allant pas, dans son résultat, au-delà de ce qui a été sollicité devant l'instance précédente ou ne demandant pas autre chose (Arrêts du Tribunal fédéral 2C\_77/2013 du 6 mai 2013 consid. 1.3 ; 8C\_811/2012 du 4 mars 2013 consid. 4).

Selon l'art. 68 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10) (nouveaux moyens), sauf exception prévue par la loi, le recourant peut invoquer des motifs, des faits et des moyens de preuves nouveaux qui ne l'ont pas été dans les précédentes procédures.

En vertu de l'art. 69 al. 1 LPA, la juridiction administrative chargée de statuer est liée par les conclusions des parties ; elle n'est en revanche pas liée par les motifs que les parties invoquent. La chambre de céans ne peut donc pas statuer *ultra petita* (ATA/174/2007 du 17 avril 2007 consid. 2 ; ATA/525/2004 du 8 juin 2004 ; ATA/140/2004 du 10 février 2004).

- 4) Cela étant, la constatation par un tribunal de la nullité d'une décision rend sans objet son éventuelle annulation, dans la mesure où la nullité a des effets plus importants que l'annulation et que cette dernière doit être envisagée dans l'hypothèse de l'absence de nullité. Partant, contrairement à ce que soutient l'intimée, un chef de conclusions tendant à la constatation de la nullité d'une décision inclut *de facto* et à titre subsidiaire celui tendant à son annulation.

En conséquence, le chef de conclusions en annulation de la décision querellée pris par le recourant dans ses observations du 27 septembre 2013 est recevable, ce qui s'impose d'autant plus que dans son arrêt, le Tribunal fédéral a expressément mentionné comme possible l'annulation.

Le chef de conclusions visant le paiement d'une indemnité pour non-réintégration est également recevable, étant donné, d'une part, que le montant y indiqué est inférieur à celui mentionné dans le chef de conclusions initial portant sur l'indemnité pour licenciement abusif, d'autre part, que le motif – en l'occurrence licenciement abusif ou non-réintégration – à l'appui d'un chef de conclusions peut être modifié ou complété en cours de procédure pour autant que cela n'accroisse pas – comme c'est le cas en l'occurrence – le résultat qui est sollicité.

- 5) Dans son arrêt du 13 septembre 2011 (ATA/582/2011), la chambre administrative a considéré que les relations de travail entre le recourant et l'intimée relevaient du droit public et étaient soumises à la CCT-AGOER dans la mesure où il y avait été fait référence de manière explicite lors de l'engagement du recourant.

Comme énoncé dans l'arrêt de la chambre de céans du 11 septembre 2012 (ATA/605/2012), non remis en cause sur ces points par le Tribunal fédéral, le recourant, ayant travaillé durant plus de deux ans au sein de l'intimée au bénéfice d'un contrat de durée indéterminée, est assimilé à un fonctionnaire au sens de la LPAC (art. 3 du règlement d'application par J\_\_\_\_\_ 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).

Conformément à l'art. 2 du protocole d'accord du 19 septembre 2007 sur le transfert du personnel des établissements de jeunes de l'hospice général à J\_\_\_\_\_, les art. 21 (« résiliation »), 22 (« motif fondé ») et 23 (« suppression d'un poste ») LPAC, ainsi que les dispositions correspondantes du RPAC, soit les art. 44 et 46A en particulier, dans leur teneur au 31 août 2010, sont applicables en l'espèce et par analogie à la résiliation des rapports de travail (ATA/602/2012 précité).

Selon l'art. 6 CCT-AGOER, intitulé « Fin du contrat de travail », la résiliation du contrat de travail (licenciement ou démission) est notifiée par lettre recommandée (ch. 1) ; la partie qui résilie le contrat doit motiver sa décision par écrit si l'autre partie le demande (ch. 2) ; après le temps d'essai et sauf s'il s'agit d'un contrat à durée maximale ou d'une résiliation immédiate pour justes motifs, tout licenciement fait l'objet d'une annonce préalable notifiée par écrit et mentionnant le présent article (ch. 3) ; l'employé ayant reçu une annonce préalable

de licenciement a droit à être entendu par son employeur, et peut se faire assister par un tiers (ch. 4 *in initio*). Par ailleurs, l'art. 8 CCT-AGOER rend applicables les art. 336c et 336d CO relatifs à la résiliation en temps inopportun, et l'art. 9 CCT-AGOER prévoit la possibilité d'une résiliation immédiate pour justes motifs.

- 6) Au regard de ces disposition légales, règlementaires et conventionnelles, qui fixent de manière précise notamment les motifs et modalités des résiliations des rapports de service ou de travail et qui ne mentionnent ni licenciement abusif, ni l'art. 336a CO, il n'y pas de place en l'occurrence pour une indemnité pour licenciement abusif fondée sur cette dernière disposition légale.
- 7) Le droit d'être entendu – garanti par les art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) et 40 al. 2 de la Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 (Cst-GE - A 2 00) – sert non seulement à établir correctement les faits, mais constitue également un droit indissociable de la personnalité garantissant à un particulier de participer à la prise d'une décision qui touche sa position juridique. Il comprend, en particulier, le droit pour la personne concernée de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, celui de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision, celui d'avoir accès au dossier, celui de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos. En tant que droit de participation, le droit d'être entendu englobe donc tous les droits qui doivent être attribués à une partie pour qu'elle puisse faire valoir efficacement son point de vue dans une procédure (ATF 132 II 485 consid. 3.2 ; 129 II 497 consid. 2.2). L'étendue du droit de s'exprimer ne peut pas être déterminée de manière générale, mais doit être définie au regard des intérêts concrètement en jeu. L'idée maîtresse est qu'il faut permettre à une partie de pouvoir mettre en évidence son point de vue de manière efficace (Arrêt du Tribunal fédéral 8C\_861/2012 précité consid. 5.2 ; ATF 111 Ia 273 consid. 2b ; 105 Ia 193 consid. 2b/cc).
- 8) En l'espèce, le Tribunal fédéral a nié l'existence d'une violation du droit d'être entendu du recourant concernant les circonstances antérieures à la lettre de l'intimée du 15 novembre 2010. En revanche, selon la Haute Cour, rejoignant en cela la chambre de céans, l'intimée a violé le droit d'être entendu du recourant en ce sens qu'elle ne lui a pas donné l'occasion de répondre aux reproches formulés pour la première fois par écrit dans une lettre du 15 novembre 2010 et fait fi de sa demande tendant à une prolongation du délai fixé initialement au 19 novembre 2010 pour donner à l'employeur « la confirmation ou l'infirmité de l'acceptation » de sa proposition comportant le choix entre un transfert dans deux autres foyers ou le licenciement.

La nullité de la décision de licenciement entreprise a été exclue par le Tribunal fédéral. En revanche, la chambre de céans examinera si cette décision est conforme au droit ou non.

- 9) 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 ; 133 III 235 consid. 5.3 ; ATA/149/2013 du 5 mars 2013 consid. 5a).

La réparation d'un vice de procédure en instance de recours et, notamment, d'une violation du droit d'être entendu, n'est possible que lorsque l'autorité dispose du même pouvoir d'examen que l'autorité inférieure (Arrêts du Tribunal fédéral 1C\_161/2010 du 21 octobre 2010 consid. 2.1 ; 8C\_104/2010 du 29 septembre 2010 consid. 3.2 ; 5A\_150/2010 du 20 mai 2010 consid. 4.3 ; 1C\_104/2010 du 29 avril 2010 consid. 2 ; ATA/149/2013 précité consid. 5c ; ATA/422/2010 du 22 juin 2010 consid. 6 ; T. TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, n. 1554 ss).

- 10) En l'occurrence, la violation du droit d'être entendu du recourant, qui est d'une gravité certaine, ne peut pas être réparée par devant la chambre de céans, celle-ci ne disposant pas du même pouvoir d'examen que l'intimée (art. 61 LPA ; ATA/422/2010 précité consid. 7 ; ATA/311/2005 du 26 avril 2005 consid. 3d).

Partant, la décision de licenciement du 24 novembre 2010 est contraire au droit.

- 11) Au regard de cette issue – qui se fonde sur des pièces dont l'existence n'est pas contestée et qui suffisent à elles seules, et non plus sur des entretiens non protocolés au contenu controversé – il n'apparaît pas nécessaire de procéder à des mesures d'instruction complémentaires – telles que l'audition de témoins – qui auraient servi en particulier à déterminer si la décision de licenciement litigieuse reposait sur un motif fondé ou non.

- 12) Aux termes de l'art. 31 LPAC – applicable en l'espèce étant donné à tout le moins que les dispositions de la LPAC (art. 21 à 23) concernant la résiliation des rapports de service le sont –, si la chambre administrative retient que la résiliation des rapports de service est contraire au droit, elle peut proposer à l'autorité compétente la réintégration (al. 2) ; en cas de décision négative de l'autorité compétente, la chambre administrative fixe une indemnité dont le montant ne peut être inférieur à un mois et supérieur à vingt-quatre mois du dernier traitement brut à l'exclusion de tout autre élément de rémunération ; concernant un employé, l'indemnité ne peut être supérieure à six mois (al. 3).

- 13) En l'espèce, il ressort des écritures de l'intimée, notamment de celle qui a suivi l'arrêt du Tribunal fédéral, qu'elle n'entend pas réintégrer le recourant.

Il est donc constaté qu'elle a refusé sa réintégration.

- 14) Selon sa dernière jurisprudence en matière de licenciement d'agents publics, la chambre administrative a procédé à une analyse détaillée de l'évolution de sa jurisprudence pour arriver à la conclusion que le moyen d'obtenir réparation du caractère infondé du licenciement était de ne pas faire dépendre complètement le droit à une indemnité pour refus de réintégration ainsi que la quotité de celle-ci de la possibilité d'une réintégration, son caractère sanctionnateur à l'égard de la collectivité publique n'étant plus exclu. 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 (ATA/193/2014, ATA/195/2014 et ATA/196/2014 du 1er avril 2014).

- 15) Dans le cas présent, le recourant a été licencié le 24 novembre 2010, avec effet au 30 avril 2011, et il a retrouvé un nouvel emploi le 1<sup>er</sup> juillet 2011. Il est ainsi demeuré durant deux mois sans emploi, de sorte que son préjudice au plan professionnel est relativement restreint.

Le comportement du recourant durant la phase de discussions sur son avenir professionnel qui a précédé son licenciement n'est pas exempt de reproches, dans la mesure où il n'apparaît pas avoir activement cherché à trouver des solutions aux problèmes de relations avec deux personnes, pourtant avérés et ayant, s'agissant de sa collègue éducatrice, fait l'objet d'un examen par le groupe de confiance.

Cela étant, l'intimée n'a donné aucune suite à la requête du conseil du recourant présentée le 18 novembre 2010 et tendant à la prolongation du court délai qui lui était imparti par le courrier du 15 novembre 2010, jusqu'au 10 décembre 2010, ce qui constituait un délai raisonnable, eu égard à la gravité des reproches formulés à l'encontre de l'employé et des conséquences du choix devant lequel était placé celui-ci (ATA/605/2012 précité consid. 7d). Le recourant a ainsi été empêché d'exercer son droit de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, alors qu'il en faisait expressément la demande (Arrêt du Tribunal fédéral 8C\_861/2012 précité consid. 5.3). Le recourant n'a ainsi pas pu choisir définitivement entre son départ de l'intimée et son affectation à un nouveau foyer, ce qui signifie notamment qu'il avait encore les capacités pour exercer son métier à tout le moins dans un autre environnement de travail. Il n'y avait en outre aucune urgence pour que le licenciement soit prononcé avant le 10 décembre 2010, terme de la prolongation de délai sollicitée.

Dans ces circonstances, une indemnité pour refus de réintégration de deux mois apparaît adéquate et équitable.

- 16) En application de l'art. 31 al. 3 LPAC, cette indemnité correspondra à deux mois du dernier traitement brut du recourant, soit deux douzièmes de son traitement annuel brut, à l'exclusion de tout autre élément de rémunération, et l'intimée sera, en tant que de besoin, condamnée à son versement.
- 17) Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'Etat et les administrés sont tenus de payer des intérêts moratoires de 5 %, lorsqu'ils sont en demeure d'exécuter une obligation pécuniaire de droit public. Il s'agit là d'un principe général du droit, non écrit, auquel la loi peut certes déroger, mais qui prévaut lorsque celle-ci ne prévoit rien, comme c'est le cas en l'espèce (ATF 101 Ib 252 consid. 4b p. 259 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C\_546/2008 du 29 janvier 2009 consid. 3.2 ; ATA/161/2013 précité consid. 7 ; ATA/791/2010 du 16 novembre 2010). Cette jurisprudence s'applique à l'intimée en tant qu'établissement public autonome par analogie, comme c'est le cas pour l'Aéroport international de Genève (ATA/161/2013 précité consid. 7 ; ATA/123/2012 du 6 mars 2012).

Même si c'est seulement dans ses observations du 27 septembre 2013 que le recourant a conclu à l'allocation d'intérêts moratoires, le supplément en résultant ne permettrait pas de dépasser la somme réclamée initialement de CHF 56'523,30, de sorte que ce chef de conclusions est recevable.

La créance du recourant portera intérêt à 5 % l'an à compter du 1<sup>er</sup> mai 2011, c'est-à-dire la date à laquelle l'intimée pouvait le réintégrer, réintégration que permettaient notamment ses conclusions en constatation de la nullité de la décision de licenciement lorsqu'il n'avait pas encore retrouvé un emploi.

- 18) La caisse de chômage pouvant être le cas échéant, en application de la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (LACI - RS 837.0), subrogée au recourant quelle que soit l'issue du litige, la situation juridique de celle-là n'est pas directement affectée par cette issue. Dès lors, elle ne saurait être appelée en cause et n'a pas à se déterminer sur le bien-fondé de la décision attaquée (ATA/161/2013 précité consid. 3 ; ATA/92/2013 du 19 février 2013 consid. 6).

Cela étant, la caisse a un intérêt de fait à savoir si un licenciement est confirmé ou déclaré contraire au droit, et si des indemnités sont versées à son assuré. Pour ce motif, le présent arrêt lui sera communiqué pour information (ATA/92/2013 précité consid. 6).

- 19) Vu l'issue du litige, aucun émolument ne sera mis à la charge du recourant (art. 87 al. 1 LPA). Dans la mesure où celui-ci obtient partiellement gain de cause, une indemnité de procédure de CHF 1'000.- lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

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

**à la forme :**

déclare recevable le recours interjeté le 21 décembre 2010 par M. A\_\_\_\_\_ contre la décision de J\_\_\_\_\_ du 24 novembre 2010 ;

**au fond :**

l'admet partiellement ;

constate que la résiliation des rapports de service de M. A\_\_\_\_\_ est contraire au droit ;

constate que J\_\_\_\_\_ a refusé la réintégration de M. A\_\_\_\_\_ ;

fixe l'indemnité pour refus de réintégration due à M. A\_\_\_\_\_ par J\_\_\_\_\_ à deux mois de son dernier traitement brut, à l'exclusion de tout autre élément de rémunération, avec intérêt à 5 % l'an dès le 1<sup>er</sup> mai 2011 ;

condamne en tant que de besoin J\_\_\_\_\_ à verser à M. A\_\_\_\_\_ ladite indemnité, avec intérêt à 5 % l'an dès le 1<sup>er</sup> mai 2011 ;

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

alloue à M. A\_\_\_\_\_ une indemnité de procédure de CHF 1'000.-, à la charge de J\_\_\_\_\_ ;

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 ( la présente décision) peut être porté(e) 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 (la présente décision) et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communiqué le présent arrêt à Me Pascal Rytz, avocat du recourant, ainsi qu'à Me Anne Troillet Maxwell, avocate de la Fondation J\_\_\_\_\_, et, pour information, à la caisse de chômage du Syndicat interprofessionnel des travailleuses et travailleurs.

Siégeants : M. Verniory, président, M. Thélin, Mme Junod, MM. Dumartheray et Pagan, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

le président siégeant :

J.-M. Verniory

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :