RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

**A/1161/2007-DSE** **ATA/544/2007**

# ARRÊT

# DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

## du 30 octobre 2007

dans la cause

**M. X_____**
représenté par Me David Aubert, avocat

contre

**OFFICE CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES**
représenté par Me Olivier Cramer, avocat

**EN FAIT**

1. Dès le 1er juin 2003, M. X_____ a été engagé comme commis administratif au département de l'action sociale et de la santé au sein de la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après : CCGC), avec un taux d'activité de 100 %.

2. Le 17 novembre 2003, l'office cantonal des assurances sociales (ci-après : OCAS) a informé M. X_____ que le 1er août 2003 était entrée en vigueur la loi relative audit office. Il en résultait un changement d'employeur. Les collaborateurs de l'office cantonal de l'assurance invalidité (ci-après : OCAI) et la CCGC deviendraient dès le 1er janvier 2004 salariés de l'OCAS, de sorte que les rapports de service avec l'Etat de Genève prendraient fin au 31 décembre 2003. L'intéressé est resté soumis aux dispositions de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 (LPAC - B 5 05).

3. Par courrier du 26 mai 2006, le directeur de la caisse, M.S_____, a informé M. X_____ que suite à la requête de Mme D_____, supérieure hiérarchique de l'intéressé, le conseil d'administration avait décidé lors de sa séance du 23 mai 2006 le report de sa nomination d'une année et le refus de sa demande de dérogation afin de continuer à exercer l'activité accessoire de concierge. En ne sollicitant pas l'autorisation du conseil d'administration d'exercer une autre activité rémunérée, M. X_____ avait contrevenu aux articles 9 et 22 alinéa 3 du règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics du 24 février 1999 (RLPAC - B 5 05 01). Le conseil d'administration a relevé que l'exercice de cette activité accessoire portait préjudice à l'accomplissement des devoirs de service, étant précisé que les nombreux appels téléphoniques relevés par Mme D_____ se faisaient pendant les heures de travail.

   A partir du 1er juin 2006 et pendant une année, les supérieurs hiérarchiques de l'intéressé devaient effectuer chaque mois une évaluation de l'ensemble de son travail tant du point de vue de la qualité que de la quantité ainsi que de son comportement vis-à-vis des clients et des collaborateurs.

   La direction prenait bonne note du fait que le contrat de conciergerie qui avait débuté le 1er janvier 2006 avait été résilié pour le 31 mai 2006.

4. Divers griefs ont été faits à M. X_____ sur lesquels il n'y a pas lieu de revenir, au vu de la solution du litige.

5. L'évaluation de M. X_____ du 30 janvier 2007 a été effectuée par Mme J_____ et Mme V_____, devenue responsable des ressources humaines

après que Mme D_____ a pris sa retraite au 31 décembre 2006. Mme J_____ était destinée à remplacer Mme W_____ laquelle entendait prendre sa retraite à la fin de l'année 2007, de sorte que celle-là devait se mettre peu à peu au courant de ce travail.

Il résulte de cette évaluation, faite sur le formulaire d'entretien périodique et de développement du personnel, que la qualité des prestations de M. X_____ devait globalement être améliorée. Au 1er janvier 2007, M. X_____ avait 357 dossiers en cours, ce qui correspondait à la moyenne dans le service. L'intéressé avait relevé qu'en raison de l'absence fréquente de ses collègues pour d'autres causes que des maladies ou des vacances, il devait assumer une charge de travail plus lourde.

Quant au rythme du travail et aux délais d'exécution, si les tâches quotidiennes urgentes étaient faites dans les délais, les réponses au courrier avaient lieu dans les deux semaines. Il subsistait un retard dans l'agenda, soit encore environ vingt dossiers de 2005 pour lesquels il y avait eu peu d'évolution depuis l'entretien d'évaluation du 31 octobre 2006. Il n'y avait pas de mesure spéciale prise pour le suivi des plans de paiement. Enfin, M. X_____ ne démontrait pas de motivation ni d'intérêt particulier dans son travail. Il ne semblait pas comprendre les conséquences de ses erreurs. A ce stade de l'évaluation, M. X_____ avait décidé de ne plus s'exprimer, désirant le faire ultérieurement par écrit. Il n'y avait pas d'autre remarque concernant le mois de janvier 2007, si ce n'est que les permanences étaient respectées.

6. Le 1er février 2007, M. X_____ s'est vu accorder un délai au 7 février pour faire part de ses éventuelles observations sur cette évaluation et pour consulter son dossier. C'est ce qu'il a fait en relevant que de petites erreurs individuelles étaient dues à une surcharge de travail. Quant au reproche qui lui était adressé de ne pas considérer suffisamment la notion de service public du service du contentieux, M. X_____ a expliqué qu'il n'était pas d'accord avec ce grief. Il prenait en compte les différentes situations financières des affiliés mais son travail était avant tout de la gestion.

7. Le 26 février 2007, M. X_____ a été convoqué par M. S_____ en présence de Mmes J_____ et V_____ et de MM. P_____ et G_____. Au terme de cette entrevue, M. X_____ a été informé qu'il serait licencié.

Par un courrier du 26 février 2007 qui lui a été remis en mains propres au terme de cet entretien, son contrat de travail a été résilié pour le 31 mai 2007, conformément à l'article 20 alinéa 3 LPAC. Ses compétences ne correspondaient pas au profil de la fonction et son attitude, tant à l'égard des assurés que de ses collègues, rendait impossible toute collaboration future. Les rapports de confiance étaient rompus. M. X_____ était libéré de son obligation de travailler et son

traitement lui serait versé jusqu'au 31 mai 2007. Cette décision était déclarée exécutoire nonobstant recours.

8. Par acte déposé le 22 mars 2007 au greffe du Tribunal administratif, M. X_____ a recouru contre cette décision en concluant, préalablement, à l'audition de plusieurs témoins et, principalement, à ce que le tribunal constate que la décision du 26 février 2007 était contraire au droit. Le tribunal devait proposer à l'intimé la réintégration de M. X_____. En cas de refus, une indemnité correspondant à douze mois de salaire devait lui être payée, soit CHF 73'148,40. Enfin, il devait se voir octroyer une indemnité de procédure.

Il résultait encore du recours que celui-ci n'était pas dirigé contre le report de la nomination du 26 mai 2006 mais bien uniquement contre le licenciement.

9. L'OCAS a conclu au rejet du recours, la procédure ayant été respectée et le congé n'étant en rien arbitraire ni contraire au droit. Il a sollicité également l'audition de témoins.

10. Sur quoi, le tribunal a procédé à une audience de comparution personnelle des parties le 23 mai 2007. A cette occasion, M. X_____ a admis que le licenciement signifié le 26 juillet 2007 pendant la période probatoire, respectait le délai de trois mois institué par l'article 21. Il avait reçu son salaire jusqu'à fin mai 2007.

11. Le juge délégué a procédé à des audiences d'enquêtes les 4 juillet, 23 et 24 août 2007 qui seront reprises ci-dessous dans la mesure utile. A cette occasion, M. S_____ a déclaré qu'il exerçait la fonction de directeur depuis le 1er janvier 2002 et qu'il était préalablement juriste au sein de cette entité depuis 1996.

Suite à la dernière évaluation de M. X_____ faite le 30 janvier 2007 par Mme J_____ et aux observations déposées par l'intéressé le 7 février 1997, il avait convoqué le recourant le 26 février 2007 par téléphone pour un entretien le même jour, auquel assistaient Mmes J_____ et V_____, ainsi que MM. G_____ et P_____. Ce dernier et Mme V_____ étaient membres de la direction. Quant à M. G_____ il était le directeur de la division de la perception. La note relatant cet entretien, que M. S_____ a produite, commençait de la manière suivante : « nous avons tenté de convoquer M. X_____ dès 10h30 ce jour et avons finalement pu l'atteindre après son retour de pause à 10h32 ».

M. S_____ a ensuite rappelé à M. X_____ qu'il faisait l'objet d'un report de nomination et que divers reproches étaient parvenus à la direction par l'intermédiaire de la commission du personnel. Par ailleurs, quelques évaluations avaient été faites dont il ressortait que les prestations et la qualité du travail de l'intéressé n'étaient pas suffisantes et que son comportement vis-à-vis des affiliés et des collègues laissait à désirer. En conséquence, M. S_____ avait informé M.

X_____ que les rapports de confiance étaient rompus et que la caisse était contrainte de résilier son contrat de travail au 31 mai 2007.

M. X_____ s'était alors levé en disant qu'il faudrait en référer à son avocat. Il avait ajouté qu'il déposerait une plainte pour mobbing contre M. S_____, puis il était sorti après avoir pris la lettre de licenciement que le directeur lui avait remise.

Ce procès-verbal d'entretien se terminait ainsi : « Vu la brièveté de l'entretien, je ne suis pas sûr que M. X_____ ait bien compris qu'il devait quitter la CCGC sur-le-champ. Je l'appelle donc quelques minutes plus tard pour lui demander de prendre ses affaires, de rendre sa carte de timbrage et de partir. M. X_____ est sorti de la caisse à 11h18, laissant sa carte de timbrage à la réceptionniste ».

Interrogé le 24 août 2007 au sujet de cet entretien, M. S_____ a expliqué qu'avant celui-ci, il n'avait pas convoqué M. X_____. Au terme de cette entrevue, il lui avait remis la lettre de licenciement dont un exemplaire avait été adressé par pli recommandé à l'intéressé. Au sujet de la manière dont cet entretien du 26 février avait été convoqué, M. S_____ a indiqué qu'il avait procédé de la sorte, car il voulait créer un certain effet de surprise « sachant d'expérience que dans de tels cas, le collaborateur tombe malade pendant 720 jours ».

12. Les parties ont déposé des observations après enquêtes dans le délai qui leur avait été fixé.

13. Sur quoi la cause a été gardée à juger.

## EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 56B alinéa 4 lettre a de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; art. 63 al. 1 litt. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

2. Le 31 mai 2007 est entrée en vigueur la loi n° 9904 du 23 mars 2007 modifiant la LPAC. A teneur de la disposition transitoire contenue à l'article 4 de la novelle, le nouveau droit ne s'applique pas aux procédures litigieuses pendantes au moment de son entrée en vigueur. C'est donc l'ancienne teneur de la LPAC qui s'applique en l'espèce.

3. Selon l'article 31 alinéa 1 LPAC, peut recourir au Tribunal administratif pour violation de la loi tout membre du personnel dont les rapports de service ont été résiliés.

La LPAC distingue les employés des fonctionnaires (art. 4). Sont ainsi des employés, les membres du personnel régulier qui accomplissent une période probatoire au terme de laquelle ils peuvent être nommés fonctionnaires (art. 5 et 6 al. 1 LPAC). La période probatoire, en général de trois ans, peut être prolongée (art. 47 al. 2 du règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux du 24 février 1999 (RLPAC - B 5 05.01).

Pendant la période probatoire, chacune des parties peut mettre fin aux rapports de services en respectant le délai de résiliation ; l'employé est entendu par l'autorité compétente ; il peut demander que le motif de la résiliation lui soit communiqué (art. 21 al. 1 LPAC). Lorsque les rapports de service ont duré plus d'une année, le délai de résiliation est de trois mois pour la fin d'un mois (art. 21 al. 3 LPAC).

La loi ne prévoit pas d'autres conditions pour les licenciements d'employés en particulier, contrairement aux fonctionnaires, elle ne prévoit pas l'existence d'un motif objectivement fondé, dûment constaté, démontrant que la poursuite des rapports de service est rendu difficile en raison de l'insuffisance des prestations, du manquement grave ou répété aux devoirs de service ou de l'inaptitude à remplir les exigences du poste (art. 22 LPAC *a contrario*).

Les rapports de service sont régis par les dispositions statutaires (art. 3 al. 4 LPAC) et la loi fédérale complétant le code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations (CO - RS 220) ne s'applique plus à titre de droit public supplétif à la question de la fin des rapports de service, sous réserve des articles 336c et 336d CO. Le licenciement d'un employé est donc uniquement soumis au droit public qui doit respecter les droits et principes constitutionnels tels que le droit d'être entendu, l'égalité de traitement, l'interdiction de l'arbitraire et la proportionnalité (ATA/447/2007 du 4 septembre 2007 ; ATA/297/2006 du 30 mai 2006 et les références et arrêts cités).

En l'espèce, le licenciement a été prononcé le 26 février 2007 pour le 31 mai 2007 pendant la période probatoire de sorte que le délai de trois mois précité a été observé, ce qui n'est pas contesté.

4. a. Tel qu'il est garanti par l'article 29 alinéa 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend le droit pour les parties de faire valoir leur point de vue avant qu'une décision ne soit prise, de fournir des preuves quant aux faits de nature à influer sur la décision, d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.77/2003 du 9 juillet 2003 consid. 2.1 et les arrêts cités ; ATA/311/2005 du 26 avril 2005).

b. Le droit d'être entendu est une garantie à caractère formel dont la violation doit en principe entraîner l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances du recourant sur le fond (ATF 119 Ia 136 consid. 2b). Cette violation peut être réparée devant l'instance de recours si celle-ci jouit du même pouvoir d'examen des questions litigieuses que l'autorité intimée et si l'examen de ces questions ne relève pas de l'opportunité, car l'autorité de recours ne peut alors substituer son pouvoir d'examen à celui de l'autorité de première instance (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.30/2003 du 2 juin 2003 consid. 2.4 et les arrêts cités ; ATA/703/2002 du 19 novembre 2002). En l'occurrence, les motifs d'une décision de licenciement relèvent de l'opportunité et échappent à l'examen du Tribunal administratif (art. 61 al. 2 LPA). Une éventuelle violation du droit d'être entendu du recourant ne peut dès lors être réparée en procédure de recours (ATA/297/2006 précité ; ATA/196/2006 du 4 avril 2006 ; ATA/73/2005 du 15 février 2005).

c. En l'espèce, le recourant a été convoqué par téléphone le 26 février 2007 pour le même jour à une séance à laquelle participaient plusieurs membres de la direction de la caisse, de sorte qu'une telle séance était prévue, pour eux tout au moins, avant le jour même.

Il résulte de l'audition de M. S_____ et du compte-rendu de l'entretien qui en a été fait par la note produite par celui-ci que M. X_____ ne savait pas qu'il devait être entendu ce jour-ci dans la perspective de son licenciement. M. S_____ a d'ailleurs formellement admis n'avoir pas convoqué préalablement l'intéressé et avoir agi de la sorte, car il savait d'expérience qu'en procédant différemment, le collaborateur tombait malade pendant 720 jours. Au terme de cet entretien, au cours duquel il ne résulte pas du procès-verbal précité que M. X_____ ait eu l'occasion de fournir des explications, la lettre de licenciement datée du 26 février 2007 déjà rédigée et dactylographiée a été remise à l'intéressé ce qui démontre que la décision était prise avant cet entretien. M. X_____ a d'ailleurs dû quitter le même jour et sur-le-champ les locaux et remettre sa carte de timbrage. Certes, l'effet de surprise voulu par M. S_____ a certainement été atteint, mais ce mode de procéder viole le droit d'être entendu de l'intéressé qui n'a pu s'exprimer ni oralement ni par écrit avant que ne soit prise la décision formelle de licenciement.

5. La violation du droit d'être entendu de M. X_____ ne peut être réparée par le biais du présent recours, raison pour laquelle le licenciement est nul, ce que le tribunal de céans doit constater d'office. Il en résulte que M. X_____ fait toujours partie du personnel de l'intimé (ATA/447/2007 précité).

6. Le recours sera ainsi admis. Un émolument de CHF 2'000.- sera mis à la charge de l'office cantonal des assurances sociales et une indemnité de procédure de CHF 2'500.- sera allouée au recourant à charge de l'Etat de Genève (art. 87 LPA).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS**
**LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF**

**à la forme :**

déclare recevable le recours interjeté le 22 mars 2007 par M. X_____ contre la décision de licenciement de l'office cantonal des assurances sociales du 26 février 2007 ;

**au fond :**

l'admet ;

constate la nullité du licenciement signifié à M. X_____ le 26 février 2007 ;

met à la charge de l'intimé un émolument de CHF 2'000.- ;

alloue au recourant une indemnité de procédure de CHF 2'500.- à la charge de l'Etat de Genève ;

dit que, conformément aux articles 82 et suivants 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 articles 113 et suivants 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'article 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me David Aubert, avocat du recourant ainsi qu'à Me Olivier Cramer, avocat de l'office cantonal des assurances sociales.

Siégeants : M. Paychère, président, Mmes Bovy et Hurni, M. Thélin, Mme Junod, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

| la greffière-juriste : | le président : |
| --- | --- |
| C. Del Gaudio-Siegrist | F. Paychère |

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

| Genève, le | la greffière : |
| --- | --- |