

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1357/2016-FPUBL

ATA/471/2016

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 6 juin 2016

sur effet suspensif

dans la cause

Madame A_____

représentée par Me Marco Crisante, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

représenté par Me François Bellanger, avocat

Attendu, en fait, que :

1. Madame A_____ a été engagée à l'office cantonal des assurances sociales (ci-après : OCAS) à partir du 2 février 2004, en qualité de commise administrative, à titre temporaire, puis comme auxiliaire dès le 1^{er} avril 2004 et en qualité d'employée, à 100 %, dès le 1^{er} janvier 2006.
2. Mme A_____ a fait l'objet de différentes évaluations, respectivement le 2 février 2005, 25 avril 2005, 9 juin 2006, 22 mars 2007.
3. Par courrier du 29 mars 2007, l'OCAS a prolongé la période probatoire d'une année.
4. À la suite de l'évaluation du 17 mars 2008, l'intéressée a été nommée fonctionnaire à compter du 1^{er} avril 2008.
5. Un entretien de service s'est tenu le 16 octobre 2008, motivé par « le comportement inadéquat de Mme A_____ en général et plus particulièrement envers son coordinateur de service, Monsieur B_____ ».
6. À la suite dudit entretien, Mme A_____ a été en incapacité de travail pour cause de maladie. Elle a repris son activité à une date non précisée avant de bénéficier d'un congé maternité jusqu'au mois d'avril 2010.
7. Le 19 avril 2010, la fonctionnaire a fait l'objet d'un blâme pour des faits datant du 11 juillet 2008.
8. Le 1^{er} mai 2010, Mme A_____ a été promue « chargée de support administratif ». À compter du 27 mai 2010, elle a réduit son taux d'activité à 80 %.
9. Un incident s'est déroulé le 8 septembre 2010. Les versions des parties divergent quant au déroulement des faits. À la suite de celui-ci, Mme A_____ a été en incapacité de travail.
10. Un entretien s'est tenu le 14 décembre 2010 entre différents responsables des ressources humaines de l'OCAS et l'intéressée. Ont été abordés des griefs émis à l'encontre de Mme A_____, ses absences, sa grossesse et le congé maternité qui suivrait, ainsi que le harcèlement psychologique ressenti par l'intéressée.
11. Mme A_____ a été absente du 14 mars au 31 juillet 2011 en raison de son deuxième congé maternité.
12. À la suite de l'intervention, par courrier du 27 juillet 2011, du syndicat interprofessionnel des travailleuses et des travailleurs (ci-après : SIT), un entretien s'est tenu le 31 août 2011 avec les responsables du service des ressources humaines

de l'OCAS en présence d'une représentante dudit syndicat. À cette occasion, Mme A_____ a sollicité son transfert dans un autre service.

13. Une évaluation a été effectuée le 27 juin 2013, que Mme A_____ a contestée.
14. Le 14 novembre 2013, Mme A_____ a été félicitée pour ses dix ans d'activité et a reçu une gratification de CHF 1'000.-.
15. Un certificat de travail a été établi le 10 avril 2014.
16. Un nouvel entretien s'est tenu le 2 octobre 2014 pour entendre la fonctionnaire à propos d'irrégularités de pointage de l'horaire effectué le 16 septembre 2014.

À la suite de cet entrevue, Mme A_____ a été en incapacité de travail en raison d'un état anxieux ou dépressif aggravé suite à du mobbing de la part de ses chefs depuis 2009, selon ce qu'indique un certificat médical daté du même jour, lequel précise qu'un changement de service est devenu indispensable.
17. À compter du 18 novembre 2014, Mme A_____ a été déplacée du service de la logistique à celui de la facturation.
18. Mme A_____ allègue avoir été victime de harcèlement sexuel de la part de son nouveau supérieur hiérarchique, Monsieur C_____, rapidement après son transfert.
19. Le 7 janvier 2015, un bilan de l'activité de Mme A_____ a été dressé par M. C_____.
20. M. C_____ a été suspendu avec effet immédiat par décision du 27 janvier 2015 et une enquête administrative a été ouverte par l'OCAS à l'encontre de celui-là.
21. Mme A_____ a été incapable de travailler à compter du 5 juin 2015.
22. Le 9 juillet 2015, le SIT a sollicité une clarification du statut de Mme A_____ au sein du service facturation.
23. Le 25 novembre 2015, s'est tenu un entretien de service. Il était reproché à Mme A_____ des insuffisances de prestations répétées et continues depuis plusieurs années, une problématique d'intégration dans ses différents postes et, en dernier lieu, au service de la facturation ainsi que des problèmes relationnels avec ses collègues et sa hiérarchie.
24. Mme A_____ a repris son activité professionnelle à 50 % à compter du 1^{er} décembre 2015, puis à 100 % dès le 6 janvier 2016.
25. Par courrier du 22 mars 2016, Mme A_____ a été licenciée pour le terme du 30 juin 2016.

26. Le 15 avril 2016, le SIT a, notamment, sollicité de la part de l'employeur qu'il revienne sur sa décision de licenciement et réintègre l'intéressée, que les éléments de l'enquête administrative dirigée contre M. C_____ lui soient communiqués ainsi que les mesures de prévention en matière de harcèlement sexuel que l'OCAS comptait mettre en place. La forme du licenciement était contestée pour non-respect de la procédure de licenciement et absence de mesures de reclassement. Sur le fond, le licenciement prenait la tournure d'une mesure de représailles. La loi sur l'égalité imposait qu'une personne victime d'une discrimination et qui s'en plaignait à son employeur soit protégée. L'enquête ayant abouti, le contrat de l'intéressée avait été résilié abusivement, pour des motifs non pertinents.

27. Par constat médical du 21 avril 2016, le médecin traitant de l'intéressée a attesté d'un état anxio-dépressif réactionnel grave, suite aux faits survenus sur son lieu de travail (agression et comportement hiérarchique). La patiente avait perdu dix-huit kilos et nécessitait un suivi psychiatrique.

28. Par acte du 3 mai 2016, Mme A_____ a interjeté recours contre la décision de licenciement auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative). Elle a conclu à l'annulation de la décision contestée et à ce qu'il soit dit qu'elle était infondée. La recourante devait être réintégrée à compter du 1^{er} juillet 2016. Suivaient des conclusions subsidiaires et plus subsidiaires. Toutes étaient prises sous suite de frais et indemnité de procédure.

Préalablement, la chambre administrative devait restituer l'effet suspensif au recours et ordonner à l'OCAS la production de l'intégralité du dossier de Mme A_____. L'OCAS n'avait pas motivé les raisons pour lesquelles la décision de licenciement devait être exécutée immédiatement, nonobstant recours. La procédure intentée devait mener à la réintégration de l'intéressée, ce qui impliquait qu'elle ne serait pas en mesure de chercher un emploi si l'effet suspensif n'était pas restitué et ne pourrait bénéficier du chômage. Elle se retrouverait sans aucune ressource financière et ne pouvait pas subvenir à l'entretien de sa famille.

Il s'agissait par ailleurs d'éviter qu'une longue absence de Mme A_____, liée à la durée de la procédure, empêche une réintégration ultérieure dans de bonnes conditions.

Enfin, l'intérêt privé de Mme A_____ au maintien de son poste était bien supérieur à l'intérêt de pure convenance de l'OCAS de se priver de ses services à compter du 30 juin 2016. Il n'existait aucun intérêt public ou privé prépondérant de l'OCAS qui justifiait le retrait de l'effet suspensif. L'intéressée restait à disposition de son employeur pour poursuivre son activité professionnelle « dans le respect des règles de l'art ».

29. Par observations sur la demande de restitution de l'effet suspensif, datées du 18 mai 2016, l'OCAS a conclu au rejet de celle-ci.

La loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 (LPAC – B 5 05) a été modifiée le 19 décembre 2015 excluait d'imposer une réintégration de membres du personnel dont les rapports de service avaient été résiliés pour motifs fondés. Tel était le cas de Mme A_____. La chambre administrative pourrait, dans le meilleur des cas pour la recourante, octroyer éventuellement une indemnité si elle estimait que le licenciement était intervenu de manière contraire au droit. Pour ce motif déjà, la demande de restitution d'effet suspensif était infondée et devait être rejetée.

De surcroît, les chances du recours étaient inexistantes, la recourante pouvant s'adresser, contrairement à ce qu'elle prétendait, à l'assurance-chômage. Même à considérer qu'une indemnité lui serait éventuellement due ultérieurement, la solvabilité de l'OCAS ne pouvait pas être remise en cause alors que celle de la recourante ne présentait pas les mêmes garanties. Enfin, l'intérêt de l'OCAS résidait précisément à employer des personnes auxquelles il ne pouvait être reproché de trop nombreuses absences, des problèmes comportementaux et une surabondance d'erreurs.

30. Sur ce, les parties ont été informées que la cause était gardée sur effet suspensif.

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. Elle est tenue, préalablement à la résiliation, de proposer des mesures de développement et de réinsertion professionnels et de rechercher si un autre poste au sein de l'administration cantonale correspond aux capacités de l'intéressé. Les modalités sont fixées par règlement (art. 21 al. 3 LPAC).

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 de la Cour de justice(21) pour violation de la loi tout membre du personnel dont les rapports de service ont été résiliés (art. 31 al. 1 LPAC).

c. La LPAC a été modifiée le 19 décembre 2015.

Depuis cette date (ATA/347/2016 du 26 avril 2016 consid. 11), si la chambre administrative de la Cour de justice retient que la résiliation des rapports de service ne repose pas sur un motif fondé, elle ordonne à l'autorité compétente la réintégration (art. 31 al. 2 LPAC). Si la chambre administrative de la Cour de justice retient que la résiliation des rapports de service est contraire au droit, elle peut proposer à l'autorité compétente la réintégration (art. 31 al. 3 LPAC).

9. En l'espèce, la recourante est soumise à la LPAC dans sa teneur modifiée depuis le 19 décembre 2015, à savoir qu'une réintégration est possible aux conditions précitées.

Prima facie, le licenciement faisant suite à la prolongation de la période probatoire, deux entretiens de service, un blâme et des difficultés au sein de deux services, il pourrait apparaître remplir les conditions légales. De nombreux faits semblent toutefois litigieux et, en l'état du dossier, il est vraisemblable que des enquêtes doivent être ordonnées.

Contrairement cependant à ce qu'allègue la recourante, celle-ci devrait pouvoir percevoir des indemnités de l'assurance chômage dès le mois de juillet 2016. Celle-ci n'allègue pas valablement ne pas en remplir les conditions d'octroi (art. 8 de la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 LACI – RS 837.0). Une éventuelle subrogation de la caisse concernée semble envisageable (art. 29 LACI). Il est toutefois exact que dans cette hypothèse les revenus de la recourante diminueront de quelques vingt pourcents (art. 22 LACI).

Ainsi si l'intérêt privé de la recourante à pouvoir conserver son emploi et ses revenus est évident, il doit néanmoins céder le pas à l'intérêt public à la préservation des finances de l'État, conformément à la jurisprudence constante de la chambre de céans (ATA/300/2015 du 24 mars 2015 ; ATA/991/2014 du 15 décembre 2014 ; ATA/525/2014 du 4 juillet 2014 et les références citées). Il y a en effet une incertitude quant à la capacité de Mme A_____ à rembourser les traitements perçus en cas de confirmation de la décision querellée, alors que l'OCAS serait à même de verser les montants dus en cas d'issue favorable du recours, et cela même si la cause ne pouvait être tranchée rapidement en raison des mesures d'instruction ordonnées d'office ou à la demande des parties.

L'arrêt du Tribunal fédéral cité par la recourante (4A_328/2009 du 30 septembre 2009 consid. 1) ne lui est d'aucun secours. Dans cette décision, le Tribunal fédéral déclare le recours de l'employeur sur mesures provisionnelles

irrecevable faute de préjudice irréparable de celui-ci, l'employée continuant à fournir sa contre-prestation. La question juridique se pose différemment dans le présent litige, où il appartient à la chambre de céans d'examiner s'il existe des « justes motifs » au sens de la jurisprudence, à savoir un intérêt privé de l'intéressée prépondérant à l'exécution immédiate de la décision. En l'espèce, comme précédemment mentionné, et quand bien même la situation de la recourante est péjorée d'environ 20 % de son précédent revenu, la pesée des intérêts en présence ne permet pas de pencher en faveur de la fonctionnaire.

Même à suivre l'allégation de la recourante selon lequel une longue absence rendrait plus difficile une réintégration, cet élément ne permettrait pas de modifier le résultat de la pesée des intérêts précitée.

10. La loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (LEg – RS 151.1) invoquée par la recourante en lien avec le harcèlement sexuel dont elle allègue avoir été victime n'est pas de nature à modifier cette conclusion, ce que la recourante ne prétend d'ailleurs pas.
11. La restitution de l'effet suspensif au recours 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 Madame A_____ contre la décision de la l'office cantonal des assurances sociales du 22 mars 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 Marco Crisante, avocat de la recourante, 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 :