

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1923/2019-FPUBL

ATA/1128/2019

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 4 juillet 2019

sur effet suspensif et mesures provisionnelles

dans la cause

M. A_____

représenté par Me François Canonica, avocat

contre

COMMUNE DU B_____

représentée par Me Lorella Bertani, avocat

vu la décision du Conseil administratif de la commune du B_____ (ci-après : la commune) du 17 avril 2019, distribuée au guichet postal le 25 avril suivant, résiliant avec effet immédiat, à compter de sa distribution en recommandé ou dès que le destinataire aurait pu en prendre connaissance à l'office de poste, c'est-à-dire le jour suivant la distribution à domicile, soit le 19 avril 2019, les rapports de service de M. A_____, fonctionnaire communal (responsable concierge), au motif qu'il avait exercé une autre activité rémunérée – gérance de la C_____ depuis 2014, signature en France, le 19 février 2019, des statuts constitutifs de la D_____ et domiciliation à son adresse dans le canton de Vaud, jusqu'au 9 janvier 2019, de l'entreprise individuelle E_____ dont M. F_____, domicilié à Genève était titulaire avec la signature individuelle – sans l'autorisation du Conseil administratif, en violation de l'art. 16 du statut du personnel (adopté le 9 novembre 2015 par le Conseil municipal et accessible au public sur le site internet de la commune ; ci-après : le statut), et qu'il avait signé les statuts constitutifs d'D_____ alors qu'il était absent de son travail à la commune pour cause de maladie, selon certificat médical, sans avoir contacté sa hiérarchie pour l'informer qu'il allait se déplacer dans un autre pays ;

vu le recours, avec requête de restitution de l'effet suspensif, interjeté le 20 mai 2019 par M. A_____ devant la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), concluant préalablement à la restitution de l'effet suspensif et à ce qu'ordre soit donné à la commune de révoquer ladite résiliation, au fond, principalement à l'annulation, subsidiairement à la constatation de la contrariété au droit de la décision querellée et, cela fait, à sa réintégration en qualité de fonctionnaire au sein de la commune et à la condamnation de celle-ci au versement d'une indemnité correspondant à douze mois de son dernier traitement brut, enfin à la condamnation de l'intimée à lui remettre un certificat de travail et une attestation employeur ;

vu les observations sur effet suspensif du 17 juin 2019 de la commune, concluant notamment au rejet de la requête de restitution de l'effet suspensif et à l'irrecevabilité de la demande de révocation de la résiliation ;

vu l'écrit correctif de la commune du 20 juin 2019 ;

vu la réplique du recourant du 27 juin 2019 ;

attendu que M. A_____ allègue n'avoir pris connaissance que le 25 avril 2019 de la lettre recommandée de la commune du 8 avril 2019 énonçant les reproches invoqués à l'appui du licenciement avec effet immédiat et lui octroyant un délai de 48 heures pour formuler des explications à leur sujet, conteste le fondement du licenciement avec effet immédiat (qui ne serait pas prévu par le statut), en particulier l'exercice d'une autre activité lucrative que celle pour la commune, la C_____ servant à la détention d'un bien immobilier en France voisine « pour assurer l'avenir de sa famille » et la société D_____, dont il était administrateur avec son épouse, visant l'achat d'un bien immobilier de modeste valeur en France et la société anciennement domiciliée chez lui ne lui procurant

aucun revenu, cette domiciliation servant seulement à rendre service à un ami, et ajoute que, père de trois enfants, il souffrait d'une dépression au moment du prononcé de la décision attaquée, laquelle avait significativement aggravé cette maladie ;

que la commune rétorque notamment que le recourant a été informé lors d'un entretien du 1^{er} avril 2019 de son inaptitude à remplir les exigences de son poste, de la violation de ses devoirs généraux de membre du personnel et de ce qu'une résiliation des rapports de service était envisagée, qu'il a été convoqué à un entretien de service pour le 4 avril 2019, qu'il a fait part par téléphone du 2 avril 2019 à son employeur de son incapacité de travail depuis le 1^{er} avril 2019, avec présentation d'un certificat médical, que la commune a plusieurs fois, avant le 8 avril 2019, tenté de lui notifier, par Vélopostale, une lettre contenant les reproches invoqués à l'appui de la résiliation avec effet immédiat, que l'intéressé a été avisé le 9 avril 2019 pour retrait de la lettre recommandée du 8 avril 2019 précitée et a requis, via le site Internet de La Poste, le dernier jour du délai de garde, soit le 16 avril 2019, la prolongation dudit délai jusqu'au 7 mai 2019, indiquant ainsi qu'il se trouvait hors de son domicile, alors que le certificat médical ne précisait pas qu'il était autorisé à voyager ;

que l'intimée indique en outre que sa décision est, per se, immédiatement exécutoire s'agissant d'un licenciement avec effet immédiat, que M. A_____ serait pris en charge par l'assurance perte de gain de la commune à partir du 91^{ème} jour après la prise d'effet du licenciement, conformément à l'art. 59 du statut, le recourant pouvant s'inscrire à la caisse de chômage, de sorte qu'il ne serait pas préterité financièrement ;

que, dans sa dernière écriture, M. A_____ conteste intégralement les allégations de l'intimée qui ne seraient pas strictement identiques aux siennes et persiste dans les conclusions de son recours ;

considérant, en droit que, selon l'art. 9 al. 1 du règlement de la chambre administrative du 26 septembre 2017, les décisions sur effet suspensif et sur mesures provisionnelles sont prises par la présidente, respectivement par la vice-président, ou en cas d'empêchement de celles-ci par un juge, qu'aux termes de l'art. 66 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10) ;

que, 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) ; que toutefois, lorsqu'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) ;

qu'en vertu de l'art. 21 LPA, l'autorité peut d'office ou sur requête ordonner des mesures provisionnelles en exigeant au besoin des sûretés (al. 1) ; que ces mesures sont ordonnées par le président s'il s'agit d'une autorité collégiale ou d'une juridiction administrative (al. 2) ;

que, selon la jurisprudence constante de la chambre administrative, des mesures provisionnelles – au nombre desquelles compte la restitution de l'effet suspensif – 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/191/2019 du 26 février 2019 ; ATA/503/2018 du 23 mai 2018 ; ATA/955/2016 du 9 novembre 2016 consid. 4) ; qu'elles ne sauraient, en principe, anticiper le jugement définitif (Isabelle HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess in RDS 1997 II 253-420, spéc. 265) ;

que ce principe exclut d'emblée, sur mesures provisionnelles, une révocation de la résiliation des rapports de service du recourant avec effet immédiat, conclusion qu'il a prise sur effet suspensif ;

que, par ailleurs, 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 ; ATA/191/2019 précité ; ATA/941/2018 du 18 septembre 2018) ;

que 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 (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1161/2013 du 27 février 2014 consid. 5.5.1) ;

que, 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 ; ATA/191/2019 précité ; ATA/812/2018 du 8 août 2018) ;

que la chambre de céans dispose dans l'octroi de mesures provisionnelles d'un large pouvoir d'appréciation (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1161/2013 précité consid. 5.5.1 ; ATA/191/2019 précité ; ATA/941/2018 précité) ;

qu'en l'espèce, tout d'abord, la possibilité d'une résiliation des rapports de service par la commune ne paraît *prima facie* pas être expressément prévue par le statut, de sorte que la licéité de la décision querellée se pose sous cet angle ;

que, dans l'hypothèse – évoquée par l'intimée – où le recourant recevait les trois mois de salaire prévus en cas de résiliation ordinaire (art. 82 du statut), la question d'une éventuelle résiliation en temps inopportun, vu l'incapacité de travail pour maladie attestée par certificats médicaux, se poserait (art. 336c et 336d de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse [CO, Code des obligations - RS 220], par renvoi de l'art. 84 du statut) ;

qu'à cela s'ajoute que la décision querellée n'a pas été déclarée exécutoire nonobstant recours ;

que l'intimée ne s'est pas prévalu d'une révocation, en tant que sanction disciplinaire (art. 34 al. 1 let. c ch. 5 du statut), qui entraînerait la suppression immédiate du traitement (art. 34 al. 5 du statut) ;

que par ailleurs, la question d'une violation du droit d'être entendu du recourant se pose, comme il l'invoque, du fait qu'il n'a pas pu s'exprimer sur les reproches avant le prononcé de la décision attaquée, la question de savoir s'il doit ou non se voir imputer l'échec des tentatives de notification de la lettre de la commune du 8 avril 2019 et des précédentes ne pouvant en l'état pas être tranchée, mais méritant un examen approfondi ;

que l'intimée n'a pour l'instant pas contesté de manière claire et expresse les allégations du recourant relatives à l'absence de revenus résultant de sa titularité de deux sociétés civiles immobilières, apparemment de droit français, et de la domiciliation chez lui d'une entreprise individuelle de limousine ;

que ne paraît en l'état pas être démontrée l'allégation de l'intéressé selon laquelle il se serait vu infliger des pénalités pour avoir été licencié avec effet immédiat, ce qui pourrait selon lui l'empêcher de bénéficier d'indemnités-chômage et conduire à la perte de la place de crèche pour son fils, alors que, sans salaire, il peinerait à subvenir à ses besoins et à ceux de sa famille ;

que, prima facie, la suspension du droit à l'indemnité pour chômage fautif en vertu des art. 30 al. 1 let. a loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (loi sur l'assurance-chômage, LACI - RS 837.0) et 44 al. 1 let. a de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 (ordonnance sur l'assurance-chômage, OACI - RS 837.02) ne présuppose pas une résiliation du contrat de travail avec effet immédiat pour juste motif au sens de l'art. 337 CO (ATAS/276/2012 du 13 mars 2012 consid. 4) ;

qu'une suspension de son droit à l'indemnité pour chômage ne peut en l'état pas être exclue, la résiliation avec effet immédiat pouvant éventuellement constituer un indice d'une faute du recourant au sens des art. 30 al. 1 let. a LACI et 44 al. 1 OACI ;

que, vu les présentes circonstances particulières qui font apparaître les problèmes relevés plus haut quant à la validité de la résiliation querellée, notamment quant à la possibilité qu'avait ou non la commune de prononcer un licenciement avec effet immédiat, et compte tenu de la menace d'un dommage difficile à réparer invoquée par l'intéressé en cas d'absence d'effet suspensif, il se justifie d'octroyer des mesures provisionnelles sous forme du versement du salaire de l'intéressé pour une durée de trois mois pour la fin d'un mois comme dans le cas d'une résiliation ordinaire (art. 82 du statut), soit du 20 avril au 31 juillet 2019 ;

que l'octroi de l'effet suspensif ou de mesures provisionnelles ne pourrait pas aller au-delà de cette dernière date ;

qu'en effet, la commune ne semble pas envisager la possibilité d'une éventuelle réintégration de l'intéressé en son sein ;

que, le statut prévoyant que, si la chambre administrative retient que la résiliation est contraire au droit, elle peut proposer la réintégration de l'intéressé (art. 90 al. 2 du statut) et que, si le Conseil administratif n'entend pas réintégrer l'intéressé, elle fixe une indemnité en tenant compte de toutes les circonstances mais dont le montant ne peut dépasser douze mois du dernier traitement brut à l'exclusion de tout autre élément de rémunération (art. 90 al. 3 du statut), l'intimée ne pourrait en tout état de cause pas être obligée de réintégrer le recourant ;

que dans ces circonstances, s'il était fait droit à la demande de restitution de l'effet suspensif présentée par le recourant en plus du versement sur mesures provisionnelles du salaire jusqu'au 31 juillet 2019, la chambre de céans rendrait une décision allant au-delà des compétences qui sont les siennes sur le fond, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de procéder en l'occurrence à une pesée des intérêts en présence (ATA/1173/2018 du 2 novembre 2018 ; ATA/571/2017 du 22 mai 2017 ; ATA/576/2015 du 3 juin 2015 consid. 4) ;

que par surabondance, l'intérêt public à la préservation des finances de la collectivité publique intimée, au vu de l'incertitude de la capacité du recourant à rembourser les mois de traitement qui lui seraient versés en cas de confirmation de la décision querellée, est important (ATA/1173/2018 précité ; ATA/576/2015 précité consid. 5 ; ATA/206/2013 du 2 avril 2013) et prime sur les difficultés financières qu'il pourrait rencontrer du fait de la cessation du versement de son traitement au-delà du 31 juillet 2019 ;

qu'au demeurant, une telle obligation de remboursement pourrait placer le recourant dans une situation financière plus difficile que si la restitution de l'effet suspensif lui était refusée mais qu'il obtenait gain de cause au fond ;

qu'en définitive, la requête de « restitution de l'effet suspensif » sera admise partiellement, en ce sens que, sur mesures provisionnelles, la commune versera au recourant le salaire qu'il recevait auparavant de celle-ci, du 20 avril au 31 juillet 2019, sans préjuger de la question – de fond – de savoir s'il serait ou non encore fonctionnaire de l'intimée pendant cette période, le sort des frais de la procédure étant réservé jusqu'à droit jugé au fond.

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

dit que, sur mesures provisionnelles, la commune du B_____ versera à M. A_____ son salaire du 20 avril au 31 juillet 2019 ;

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), 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, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, 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 ;

communique la présente décision à Me François Canonica, avocat du recourant, ainsi qu'à Me Lorella Bertani, avocate de la commune du B_____.

La vice-présidente :

F. Krauskopf

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :