

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3428/2018-FPUBL

ATA/1123/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 24 octobre 2018

sur effet suspensif

dans la cause

Monsieur A_____

représenté par Me Thierry Sticher, avocat

contre

INSTITUTION GENEVOISE DE MAINTIEN À DOMICILE (IMAD)

Attendu, en fait, que :

1. Monsieur A_____ a été engagé par l'organisme ayant précédé l'Institution genevoise de maintien, d'aide et de soins à domicile (ci-après : IMAD ou l'institution) avec effet au 15 septembre 1993, au taux de 100 %.
2. Par avenant du 6 août 2003 au contrat d'engagement, M. A_____ a été nommé chef d'équipe à 100 %, en classe 19 annuité 2, à partir du 1^{er} octobre 2003.
3. Dans le cadre de l'entretien périodique d'évaluation et de développement des compétences (ci-après : EEDP) qui a été réalisé le 9 décembre 2016, les prestations de M. A_____ ont été jugées pour la plupart adéquates pour la fonction, certaines étant « à améliorer », un aspect étant « insuffisant » (le respect des délais, abordé dans l'organisation du travail). Il était noté que M. A_____ pouvait, en cas de gestion de conflit, adopter une attitude directive voire autoritaire.

Dans la case « projets professionnels », il était indiqué : « M. A_____ dit qu'il souhaite se diriger vers une reconversion professionnelle ».

4. Le 3 janvier 2017, M. A_____ a demandé à pouvoir exercer une activité accessoire en sus de son travail à 100 % pour l'IMAD. Il venait de réussir une formation d'instructeur de fitness, et il se proposait de travailler dans ce cadre environ six à huit heures hebdomadaires, en dehors de ses heures de travail.
5. Ladite autorisation lui a été accordée, sous certaines conditions, le 22 février 2017, l'IMAD notant à cette occasion qu'à terme, M. A_____ souhaitait « pouvoir développer cette activité d'instructeur de sport et que cela nécessiterait alors de démissionner de [ses] fonctions de responsable d'équipe » à l'IMAD.
6. Le 27 août 2017, dix membres de l'« équipe B_____ » du Grand-Lancy se sont adressés par courrier à Madame C_____, alors responsable du centre de maintien à domicile (ci-après : CMD) de Carouge. Le climat induit par l'absence de « chef d'orchestre » ne leur permettait pas d'être efficaces.
7. Le 14 septembre 2017, le Syndicat des services publics (ci-après : SSP) s'est plaint auprès de la directrice de l'IMAD d'un « comportement inacceptable du responsable de l'équipe B_____ ». La majorité des soignants de cette équipe était en grande souffrance, due au comportement de leur responsable. Ce dernier – qui n'était pas nommé – refusait de noter des heures supplémentaires, n'était pas équitable lors de l'attribution de certains horaires, avait un comportement irrespectueux avec son équipe (faisant notamment taire, au moyen d'un jouet bruyant, les membres de l'équipe qui venaient lui parler), n'avait aucune connaissance des soins, et ne soutenait pas des membres de l'équipe qui devaient faire face à des comportements racistes de la part d'usagers.

8. M. A_____ a été en arrêt de travail du 15 septembre 2017 au 9 septembre 2018.

9. Le 19 février 2018, le psychiatre traitant de M. A_____ s'est adressé à l'assureur perte de gain maladie de l'IMAD.

M. A_____ était en arrêt maladie pour un épisode dépressif sévère caractérisé dans un contexte d'épuisement professionnel. L'évolution clinique était favorable avec amélioration de la symptomatologie, grâce à la mise à distance professionnelle et le maintien d'un traitement médicamenteux. La prise en charge avait permis d'avancer sur la nécessité pour le patient d'une réorientation professionnelle, l'hypothèse d'un retour au poste actuel restant une source d'anxiété majeure et donc à risque de rechute. La capacité de travail était envisageable prochainement sous couvert (recte : sous la forme) d'une reprise à un autre poste dans l'entreprise.

10. Le 24 avril 2018, l'assureur perte de gain maladie de l'IMAD a écrit au psychiatre traitant de M. A_____.

Il ressortait du dossier un contexte d'évolution favorable grâce à la mise à distance professionnelle. La prise en charge avait permis d'avancer sur la nécessité pour le patient d'une réorientation professionnelle pour des raisons médicales. Une capacité de travail serait envisageable prochainement moyennant une reprise dans une autre fonction. En d'autres termes, une reprise du travail dans le cadre de l'activité professionnelle de M. A_____ exercée jusqu'à ce jour auprès de l'IMAD n'était plus envisageable. Les prestations de l'assurance prendraient fin le 31 juillet 2018.

11. Le 9 mai 2018, M. A_____ a été convié par l'IMAD à un entretien visant à faire un point sur sa situation professionnelle, fixé le 23 mai 2018.

Lors de cet entretien, M. A_____ a indiqué être disposé à occuper un poste d'assistant social de liaison à temps partiel, et ne pas envisager de reprendre un poste de cadre. Madame D_____, responsable des ressources humaines du CMD de Carouge, l'a informé de ce que les postes d'assistants sociaux étaient au nombre de quatre au sein de l'institution, et qu'ils étaient tous occupés.

12. Le 17 juillet 2018 s'est tenu un entretien de service – qui a fait l'objet d'un procès-verbal –, en présence de M. A_____, de Monsieur E_____, directeur ad intérim du CMD de Carouge, Madame F_____, assistante sociale auprès du Service santé et sécurité au travail (ci-après : SST), et Mme D_____.

Après l'entretien du 23 mai 2018, M. A_____ avait appelé Mme D_____ par téléphone le 14 juin 2018 et lui avait fait part de son souhait de mettre un terme à son contrat de travail après évaluation de sa situation.

Parallèlement, une demande auprès de l'office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après : l'office AI) avait été déposée en février 2018.

En outre, M. A_____ envisageait depuis un certain temps de se reconverter professionnellement, comme en témoignaient sa formation d'instructeur de sport et les demandes qui y étaient liées.

Dès lors qu'aucun poste d'assistant social n'était disponible à l'IMAD, un reclassement n'était pas envisageable, et l'IMAD entendait résilier les rapports de service au 31 août 2018. M. A_____ recevrait le procès-verbal et aurait la faculté d'y ajouter ses observations. À compter du 13 août 2018, sans faits nouveaux, il recevrait un courrier mettant fin aux rapports de service.

Il est également mentionné dans le procès-verbal que M. A_____ « exprime avoir pris conscience de son inaptitude à occuper sa fonction actuelle de cadre responsable d'équipe, notamment en lien avec le profil requis à l'IMAD. Il a d'ailleurs consulté les annonces publiées récemment et il reconnaît qu'il ne répond pas aux critères attendus (...) ».

13. Le 8 août 2018, M. A_____, représenté par avocat, a fait parvenir ses observations.

Lors de l'entretien du 23 mai 2018, il lui avait été communiqué d'emblée qu'aucune proposition de reclassement ne lui serait faite, et il lui avait été demandé de se déterminer sur trois options, à savoir la démission, la rupture conventionnelle ou le licenciement, sans discussion possible.

Le 14 juin 2018, il avait appelé Mme D_____ non pour dire qu'il démissionnait, mais pour indiquer que l'assurance-chômage ne l'indemniserait pas s'il démissionnait.

Son activité de moniteur sportif n'était conçue que comme un complément à son activité à l'IMAD, et quoi qu'il en fût des raisons de santé l'empêchaient concrètement de l'exercer.

Rien n'avait été entrepris par l'IMAD pour le reclasser, alors qu'il s'agissait d'une obligation légale. En particulier, les limitations médicales permettant de déterminer quelles seraient les activités envisageables au sein de l'IMAD n'avaient pas été établies. Les déclarations selon lesquelles aucun poste ne serait disponible étaient manifestement insuffisantes. Il pouvait parfaitement exercer la profession d'assistant social de liaison ou de gérant social, d'autres postes envisageables pouvant éventuellement être mis au jour après analyse de ses limitations médicales.

14. Par décision du 31 août 2018, déclarée exécutoire nonobstant recours, l'IMAD a résilié les rapports de service de M. A_____ pour motif fondé, à savoir disparition durable d'un motif d'engagement, avec effet au 30 novembre 2018.

La décision reprenait les arguments déjà donnés concernant un éventuel reclassement au sein de l'institution.

15. Le 3 septembre 2018, le psychiatre traitant de M. A_____ a certifié que ce dernier pouvait reprendre son activité professionnelle à taux plein à partir du 10 septembre 2018.

16. Le 5 septembre 2018, la conseillère juridique des ressources humaines de l'IMAD s'est adressée par courriel à l'avocat de M. A_____.

Le certificat médical précité avait été fourni alors que M. A_____ avait, très opportunément, consulté son psychiatre le jour suivant la notification de la décision de licenciement. Cette volonté affichée de reprendre son activité de responsable d'équipe contredisait toutes les déclarations récentes de M. A_____, et il s'agissait à l'évidence d'une manœuvre dilatoire entreprise à des fins purement financières et chicanières. Ladite reprise devait évidemment faire l'objet d'une évaluation par le médecin du travail de l'IMAD.

17. Par courriel du même jour, l'avocat de M. A_____ a confirmé que ce dernier se soumettrait volontiers à un examen médical auprès d'un médecin du travail.

18. Le 8 octobre 2018, le Docteur G_____, médecin du travail auprès du SST, a adressé un rapport à l'IMAD.

Il avait vu M. A_____ les 15 mars 2017, 27 octobre 2017 et 25 septembre 2018. L'arrêt de travail de M. A_____ était d'origine psychique, liée à un stress professionnel chronique. Le 25 septembre 2018, M. A_____ présentait une très nette amélioration de son état de santé. Il déclarait être en mesure d'assumer les postes de responsable d'équipe, de gérant social ou d'assistant social.

On pouvait estimer qu'il était apte médicalement à exercer la profession d'assistant social. Pour toute fonction d'encadrement, telles que les deux autres activités mentionnées, une réserve d'aptitude s'imposait, dans la mesure où ce collaborateur serait exposé à un risque de récurrence et de réactivation d'un stress professionnel chronique. Il existait donc une incapacité avérée dans la fonction actuelle.

19. Par acte posté le 1^{er} octobre 2018, M. A_____ a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision du 31 août 2018, concluant préalablement à la restitution de l'effet suspensif au recours, et principalement à l'annulation de la décision attaquée, à ce que la chambre administrative ordonne sa réintégration, et à l'octroi d'une indemnité de procédure.

Sans effet suspensif, il ne percevrait plus de traitement à partir du 30 novembre 2018, ce qui serait préjudiciable à sa situation personnelle, car il devrait

s'inscrire à l'assurance-chômage en France, lieu de son domicile. Les chances de succès du recours étaient par ailleurs excellentes.

20. Le 11 octobre 2018, l'IMAD a conclu au rejet de la demande de restitution de l'effet suspensif.

Accorder l'effet suspensif au recours reviendrait à prononcer une condamnation provisoire au fond, l'intéressé demandant uniquement à ce que le délai de congé ne coure pas.

Les difficultés financières alléguées n'étaient pas démontrées. Quant au fait que les indemnités de chômage soient moins élevées en France, il ne devait pas être pris en compte sous peine de consacrer une inégalité de traitement avec un employé vivant en Suisse.

M. A_____ n'avait par ailleurs pas démontré être en mesure de rembourser le cas échéant les traitements perçus à tort, au cas où la décision attaquée serait confirmée, tandis que l'IMAD pouvait faire face financièrement à une éventuelle admission du recours. L'intérêt public à la préservation des finances de l'État justifiait donc de refuser la demande de restitution de l'effet suspensif.

21. Sur ce, la cause a été gardée à juger sur la question de l'effet suspensif.

Considérant, en droit, que :

1. Interjeté en temps utile et devant la juridiction compétente, le recours est, *prima facie*, recevable sous ces angles (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2. Les décisions sur effet suspensif et mesures provisionnelles sont prises par le président, respectivement par le vice-président, ou en cas d'empêchement de ceux-ci, par un juge (art. 21 al. 2 LPA ; 9 al. 1 du règlement interne de la chambre administrative du 26 septembre 2017).
3. Aux termes de l'art. 66 LPA, 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).
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. 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).
6. 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).
7. En l'espèce, le recourant conclut à la restitution de l'effet suspensif au vu des difficultés financières auxquelles il sera confronté dès le 1^{er} décembre 2018.

Sans nier l'existence de celles-ci, le recourant devant solliciter des indemnités de l'assurance-chômage française – même s'il n'étaie par aucune pièce les difficultés qu'il allègue, ni même ne donne de budget prévisionnel comparatif chiffré –, la jurisprudence constante de la chambre de céans considère que l'intérêt privé du recourant à conserver son activité professionnelle et les revenus y relatifs doit céder le pas à l'intérêt public à la préservation des finances de l'État (ATA/826/2018 du 15 août 2018 consid. 8 ; ATA/471/2016 du 6 juin 2016 et les références citées). Aucun élément du dossier ne permet de retenir que le recourant aurait la capacité de rembourser les traitements perçus en cas de confirmation de la décision querellée, alors que l'IMAD, établissement de droit public autonome, serait à même de verser les montants qui seraient mis à sa charge en cas d'issue favorable pour celui-là, 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.

8. Le recourant invoque en outre les excellentes chances de succès de son recours. Or dans le cadre de l'examen *prima facie* qui prévaut à ce stade, celles-ci s'avèrent insuffisantes pour pouvoir restituer l'effet suspensif au recours, dans la mesure notamment où le recourant demande sa réintégration dans son ancien poste, alors que tant les constatations médicales figurant au dossier que, semble-t-il, ses propres déclarations excluaient tout retour dans sa fonction de chef d'équipe.

Au surplus, le respect de la procédure de reclassement, notamment par rapport à la disponibilité et à l'adéquation d'autres fonctions professionnelles, devra être examiné par la chambre de céans, mais une violation de ladite procédure n'apparaît en l'état pas manifeste.

9. Il s'ensuit que la demande de restitution de l'effet suspensif au recours sera rejetée, le sort des frais étant réservé jusqu'à droit jugé.

Vu le recours interjeté le 1^{er} octobre 2018 par Monsieur A_____ contre la décision de l'Institution genevoise de maintien et d'aide et de soins à domicile du 31 août 2018 ;

vu les art. 21 et 66 al. 3 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 ;

vu l'art. 9 al. 1 du règlement de la chambre administrative du 26 septembre 2017 ;

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

refuse de restituer l'effet suspensif au recours ;

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, 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 Thierry Sticher, avocat du recourant ainsi qu'à l'Institution genevoise de maintien, d'aide et de soins à domicile (IMAD).

La présidente :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :