

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/44/2017-FPUBL

ATA/437/2017

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre administrative**

**Décision du 18 avril 2017**

**sur effet suspensif**

dans la cause

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

représenté par Me Guillaume Fauconnet, avocat

contre

**COMMUNE DE B\_\_\_\_\_**

représenté par Me Thomas Barth, avocat

---

Attendu, en fait, que :

1. M. A\_\_\_\_\_, né en 1962, a été engagé le 1<sup>er</sup> avril 2004 par la commune de B\_\_\_\_\_ (ci-après : la commune) en qualité d'agent de sécurité municipal (ci-après : APM). Le 1<sup>er</sup> avril 2007, il a été nommé fonctionnaire communal au sens des articles 5 et 16 des statuts du personnel de la Commune de B\_\_\_\_\_ du 8 février 2001 (LC 13 151) (ci-après : le statut).
2. Le 15 février 2016, M. A\_\_\_\_\_ a demandé à la commune de pouvoir changer d'affectation afin de devenir garde auxiliaire communal au sens de la loi sur les agents de la police municipale, les contrôleurs municipaux du stationnement et les gardes auxiliaires des communes (LF 1 07 - LAPM).

La fonction d'agent de police municipal (ci-après : APM) avait été fortement modifiée depuis 1997, date à laquelle il avait intégré une police municipale dans le canton de Genève. Il critiquait cette évolution et l'organisation nouvelle qui en avait découlé, notamment l'augmentation des prérogatives, mais sans dotation des outils pour répondre à celles-ci. Personnellement, il ne se sentait plus capable d'assumer les tâches de l'agent de police moderne. Sa santé psychique et physique s'était altérée au fil des ans. Il ne pensait pas être en mesure de faire face à plus d'horaires irréguliers, notamment de nuit, qui se traduiraient par une augmentation inévitable des situations de conflits, avec recours à des mesures de contraintes. Il considérait qu'avec la fonction qu'il briguait, il pourrait continuer à exécuter la majorité de ses tâches actuelles au bénéfice de la commune, sans être astreint aux obligations nouvelles découlant de l'évolution législative. À ce courrier, il joignait un certificat médical du 4 février 2016 établi par la Dresse C\_\_\_\_\_, psychiatre, attestant qu'il suivait une thérapie et que son état de santé ne lui permettait pas de gérer au mieux les situations de stress, d'agressivité et de violence qu'il pourrait rencontrer avec les nouvelles prérogatives décidées. Sa capacité d'adaptation était limitée.

3. Le 4 mai 2016, la commune a écrit à M. A\_\_\_\_\_. Ce courrier était consécutif à un entretien du 28 avril 2016 de M. A\_\_\_\_\_ avec le Conseil administratif au sujet de sa demande de mutation.

Elle était consciente que les nouvelles prérogatives attribuées aux APM rendraient le travail de ces derniers difficile et qu'il correspondait de moins en moins aux missions d'une police de proximité telle que les autorités communales, comme lui-même, le concevaient. Sa demande, si elle était acceptée, impliquerait cependant une modification fondamentale de la structure de la police municipale, soit la création de deux nouveaux postes, un pour lui-même et un autre pour garantir le travail en binôme qui était imposé par l'autorité cantonale. Le Conseil administratif avait décidé de faire procéder à une expertise externe pour trouver la structure idéale que la police municipale devait avoir en rapport avec ses nouvelles missions.

4. M. A\_\_\_\_\_ s'est trouvé en incapacité de travail totale pour cause de maladie du 13 mai 2016 au 31 août 2016, puis à 50 % du 1<sup>er</sup> septembre 2016 au 30 novembre 2016, les derniers certificats médicaux de la D<sup>resse</sup> C\_\_\_\_\_ mentionnant « soit quatre heures par jour à accomplir « dans des tâches de police de proximité (pas dans la répression) ».
5. Le 17 novembre 2016, le Conseil administratif a présenté les résultats de l'audit du service de la police municipale aux collaborateurs de ce dernier. Il avait pris la décision de créer un poste supplémentaire de policier municipal et deux postes à 50 % de gardes auxiliaires.
6. Le 28 octobre 2016, M. A\_\_\_\_\_ a indiqué au secrétaire général de la commune qu'il était prêt à réduire son taux d'activité à 80 % dans le cadre de la conversion de son poste si la commune l'estimait nécessaire.
7. Le 24 novembre 2016, s'est déroulé un entretien entre M. A\_\_\_\_\_ et le Conseil administratif, à l'occasion duquel son licenciement lui a été annoncé oralement. Il avait été convoqué le 22 novembre par courriel du secrétaire général à cette séance, destinée à « aborder la suite de [ses] activités professionnelles »
8. Cette décision a été confirmée le lendemain par l'envoi d'un pli recommandé du 25 novembre 2016. Le Conseil administratif avait décidé de mettre un terme au contrat de travail avec effet au 28 février 2017 pour inaptitude à remplir les exigences du poste, motif prévu à l'art. 23 al. 1 let. c du statut. Il était dispensé de se présenter à son travail dès le 28 novembre 2016 jusqu'au terme de son contrat.

Dans son courrier du 15 février 2016, M. A\_\_\_\_\_ avait indiqué ne plus se sentir capable d'assumer les tâches d'un APM moderne tel qu'il avait été décidé par l'organe politique du canton de Genève. Cette incapacité était corroborée par l'attestation de son médecin traitant du 4 février 2016 et les certificats médicaux fournis depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2016. La commune n'envisageait pas de lui attribuer un poste de garde auxiliaire, car les missions fixées pour cette fonction impliquaient des actes de répression qu'il ne pourrait manifestement plus assumer. Aucun autre poste disponible au sein de l'administration communale ne pouvant lui être proposé, constat était fait qu'il n'était plus à même d'assurer l'ensemble des missions de son cahier des charges.

Ce courrier ne comportait pas de mention expresse de voie de droit, mais une référence à l'art. 96 al. 1 du statut, à teneur duquel un fonctionnaire licencié peut saisir le « Tribunal administratif » (sic), d'un recours sans préciser dans quel délai.

9. Par acte déposé au guichet du greffe de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative le 6 janvier 2017, M. A\_\_\_\_\_ a formé un recours contre la décision du 25 novembre 2016 en concluant à sa nullité et au constat que les rapports de services étaient maintenus.

La procédure de licenciement n'avait pas été respectée. Son droit d'être entendu avait été violé car il n'avait pas pu s'exprimer par écrit sur les motifs invoqués contre lui et n'avait pas été entendu par le Conseil administratif comme le prévoyait l'art. 23 al. 4 du statut. Il n'avait en outre jamais été prévenu du contenu du rendez-vous du 24 novembre 2016 avant celui-ci, en particulier de l'intention du Conseil administratif de mettre un terme à son engagement. Jusqu'au 24 novembre 2016, jamais la commune n'avait évoqué un quelconque projet de licenciement. La décision de licenciement était nulle, subsidiairement elle devait être annulée. En outre, le licenciement contrevenait au principe de la bonne foi en tant que réponse à sa demande de changement d'affectation. La procédure de licenciement n'avait pas été respectée car aucune démarche n'avait été entreprise par la commune pour chercher à le déplacer dans une autre fonction en son sein. Or, un poste d'auxiliaire était disponible qui lui conviendrait. La commune partait du principe qu'un reclassement était impossible en interprétant ses propos au sujet de ses capacités de travail futures au-delà de leur portée et en extrapolant de manière exagérée ce que son médecin traitant avait résumé dans ses certificats médicaux à propos de sa capacité de tenir un poste dans la police municipale. De son point de vue, il considérait être en mesure d'assurer un tel poste.

Dans ses conclusions préalables, M. A\_\_\_\_\_ a conclu à ce que la chambre administrative constate que son recours déployait un effet suspensif.

10. Le 9 janvier 2017, le juge délégué a écrit à M. A\_\_\_\_\_ avec copie à la partie intimée à laquelle le recours avait été transmis. La chambre administrative n'entendait pas statuer sur sa demande relative à l'effet suspensif, puisque celui-ci découlait de la loi, la décision attaquée n'ayant pas été déclarée exécutoire nonobstant recours.
11. Le 16 janvier 2017, la commune a constitué un avocat, lequel a demandé un délai au 22 février 2017 pour répondre au recours, report que le juge délégué a accepté le 17 janvier 2017.
12. Le 30 janvier 2017, par l'intermédiaire de son conseil, la commune a écrit à la chambre administrative. Elle sollicitait le retrait de l'effet suspensif au recours interjeté par M. A\_\_\_\_\_. Ce licenciement concernait un agent public et le statut ne permettrait pas à la chambre administrative d'imposer sa réintégration en cas d'admission du recours. Il y avait dès lors lieu d'appliquer a contrario la jurisprudence de la chambre administrative, qui refusait de restituer l'effet suspensif au recours d'un agent public lorsque les dispositions applicables à son licenciement ne permettaient pas la réintégration. La commune était solvable, aucun intérêt privé prépondérant ne s'opposait à la mesure sollicitée. Au contraire, si l'intéressé voyait la décision confirmée, la commune aurait des difficultés à recouvrer les montants qu'elle aurait dû continuer à lui payer, dans la mesure où il résidait en France.
13. Elle n'a produit aucune pièce à l'appui de cette requête.

14. Le 10 février M. A \_\_\_\_\_ a conclu au rejet de cette requête. Dans la mesure où la décision de licenciement était nulle, le maintien de l'effet suspensif, comme son retrait, ne constituaient aucunement une décision préjugant le jugement à intervenir sur le fond. En outre, il était depuis le 25 novembre 2016 en incapacité totale de travailler. Lorsqu'une telle situation se produisait, la commune bénéficiait d'une assurance perte de gains couvrant son salaire. Il joignait à sa détermination un certificat médical mentionnant une incapacité de travail à 100 % jusqu'au 28 février 2017, ré-évaluable avant cette date. Contrairement à ce qu'elle affirmait, la commune n'était exposée à aucun dommage.
15. Par décision présidentielle du 22 février 2017, la chambre administrative a refusé de retirer l'effet suspensif au recours. Il ne ressortait pas des pièces versées à la procédure, notamment par l'autorité intimée qui requérait le retrait de l'effet suspensif, que la procédure prévue par l'art. 23 al. 4 du statut ait été respectée, ce qui était susceptible de constituer un vice entraînant la non-conformité au droit du licenciement. Dans ces circonstances, l'intérêt privé du recourant à pouvoir bénéficier, au-delà du 28 février 2017, de son salaire ou des prestations pour perte de gain auxquelles il a droit en cas d'incapacité de travail pour cause de maladie, selon les art. 67 et 69 du statut, prévalait sur l'intérêt de la commune à ne pas subir un préjudice financier dans l'hypothèse où sa décision venait à être confirmée.

Cette décision n'a pas fait l'objet d'un recours.

16. Le 23 février 2017, la commune a conclu, sur le fond, au rejet du recours. La décision de se séparer de son collaborateur était fondée en droit. Lors de la présentation des résultats de l'audit et suite à l'annonce de la création de deux postes d'auxiliaires à 50 %, celui-ci avait fait montre de sa déception car ils ne correspondaient pas à sa demande de changement de statut. Suite à cela, le secrétaire général de la commune l'avait convoqué pour la rencontre du 24 novembre 2016 lors de laquelle il lui avait signifié son congé faute de pouvoir répondre à sa demande de changement d'affectation. L'intéressé avait rendu ses effets professionnels mais pas ses clés. Par la suite, il avait encore transmis deux certificats médicaux confirmant son incapacité de travail jusqu'à la fin du mois de février 2017.

À propos du droit applicable, la commune, qui ne disposait pas d'un service juridique, avait commis une erreur en fondant le licenciement sur l'art. 23 al. 1 let. c du statut. Le licenciement était en réalité fondé sur l'art. 24 dudit statut, soit l'incapacité de travailler pendant une période durable du recourant, soit durant plus de six mois, car, s'il avait repris son activité en septembre 2016, c'était à 50 % et il n'avait pas pu reprendre son poste à son taux d'activité antérieur.

Si d'aventure la chambre considérait que le licenciement devait être examiné au regard des conditions de l'art. 23 du statut, ledit licenciement resterait conforme au droit.

Pour le surplus, toute violation du droit d'être entendu serait susceptible d'être réparée devant la chambre de céans.

17. Le 27 février 2017, la commune a à nouveau requis le retrait de l'effet suspensif en raison des éléments nouveaux qu'elle avait exposés dans ses écritures du 23 février 2017, notamment le fait que le licenciement était en réalité fondé sur l'art. 24 du statut.
18. Le 27 mars 2017, le juge délégué a procédé à l'audition des parties, suite à une convocation du 1<sup>er</sup> mars 2017. Les parties se sont exprimées sur le fond du litige, mais en rapport avec la décision incidente à prendre sur effet suspensif, les éléments utiles suivants en sont ressortis :
  - Selon le recourant, en cas d'échec de sa demande de changement d'affectation du 15 février 2015, il serait resté APM. Son arrêt de travail de juin 2016 décidé par son médecin psychiatre était consécutif à un problème de santé qui avait surgi à cette date dans le cadre de son travail. Suite à son licenciement, il était à nouveau en arrêt complet de travail car « cassé » par cette décision. Il avait reçu le 100 % de son salaire jusqu'en février 2017.
  - Selon le représentant de la commune, si le recourant n'avait pas été invité à se déterminer par écrit sur son licenciement, c'est en raison de l'erreur sur les motifs commis par celle-ci. La commune n'avait pas demandé à son médecin conseil, le Docteur E\_\_\_\_\_ de prendre contact avec le médecin traitant du recourant. Elle avait cependant pris contact avec le Docteur D\_\_\_\_\_ qui était le médecin-conseil de la police cantonale, lequel lui avait dit que le problème du recourant était « personnel » et non pas médical. Dans le cas d'arrêt de travail pour maladie, le personnel de la commune était assuré pendant 720 jours. C'était la commune qui avait payé le recourant depuis qu'il était en arrêt pour maladie et qui se faisait rembourser par l'assurance. Elle excluait de réintégrer ce dernier.
19. Le 30 mars 2013, la commune a transmis un certificat médical de la D<sup>resse</sup> C\_\_\_\_\_ confirmant l'incapacité de travail du recourant jusqu'au 31 mars 2017 ainsi qu'un courriel du 29 septembre 2016, du secrétaire général de la commune au Dr D\_\_\_\_\_, sollicitant son avis médical externe au sujet de la situation du recourant. Sur ce document figurait la transcription manuscrite d'une réponse téléphonique de ce dernier faite à une date non précisée, à teneur de laquelle, il était d'avis qu'il s'agissait d'un « problème RH » et non de type médical. Selon l'auteur de la note, ils avaient « d'un commun accord renoncés à mettre sur pied une visite médicale ».
20. Le 12 février 2017, M. A\_\_\_\_\_ a conclu au rejet de la requête de la commune en retrait de l'effet suspensif. Les conditions d'un tel retrait n'étaient pas réalisées et aucune circonstance nouvelle n'existait qui pouvait permettre de revenir sur la décision présidentielle du 22 février 2017. Si la chambre administrative devait

examiner la validité du licenciement au regard de l'art. 24 du statut, force serait de constater que les conditions de forme et de fond exigées par cette disposition n'étaient aucunement réalisées, y compris en rapport avec les démarches de reclassement qu'elle exigeait.

Considérant, en droit, que :

1. La compétence pour ordonner, d'office ou sur requête, des mesures provisionnelles, au nombre desquelles figure l'octroi ou le retrait de l'effet suspensif, en lien avec un recours appartient au président de la chambre administrative (art. 21 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 ; art. 7 ch. 1 du règlement interne de la chambre administrative du 21 décembre 2010).

2. Sauf disposition légale contraire, le recours a effet suspensif (art. 66 al. 1 LPA).

L'autorité décisionnaire peut toutefois ordonner l'exécution immédiate de sa propre décision, nonobstant recours, tandis que l'autorité judiciaire saisie d'un recours peut, d'office ou sur requête, restituer l'effet suspensif à ce dernier (art. 66 al. 2 LPA).

3. Contrairement à la décision au fond, la décision sur effet suspensif n'est revêtue que d'une autorité de la chose jugée limitée et peut être facilement modifiée. La partie concernée par l'effet suspensif peut en effet demander en tout temps, en cas de changement de circonstances, que l'ordonnance d'effet suspensif soit modifiée par l'autorité dont elle émane ou par l'instance de recours (ATF 139 I 189 consid. 3.5 ; ATA/330/2015 du 2 avril 2015 ; ATA/986/2014 du 10 décembre 2014).

La requête de la commune, consécutive à la décision présidentielle du 22 février 2017 est donc recevable. Il reste à déterminer si la condition du changement de circonstance est réalisée pour revenir sur ladite décision.

4. Dans la commune de B\_\_\_\_\_, un fonctionnaire peut être licencié en raison de causes liées à sa personne, soit pour l'un des motifs énoncés aux lettres a à d de l'art. 23 al. 1 du statut, mais aussi lorsque sont réalisées les conditions de l'art. 24 al. 1 du statut, soit lorsqu'il se révèle « incapable de travailler pendant une période durable pour des motifs de santé », l'art. 24 al. 2 du statut définissant le caractère durable de l'incapacité de travail pour motif de santé comme étant celle « qui s'est prolongée conformément à l'article 336c [de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse (CO, Code des obligations - RS 220)], ou sur 6 mois dans une année civile, lorsqu'une reprise du travail au taux d'activité antérieur n'est pas assurée dans le mois suivant, aux dires concordants du médecin-conseil de la commune et du ou des médecins traitants de l'intéressé. Selon l'art. 24 al. 3 du statut, le licenciement n'est autorisé qu'après échec d'une tentative

de reclassement de l'intéressé dans une fonction existante, le cas échéant avec une diminution du taux d'activité et/ou réajustement du salaire.

5. Au titre de changement de circonstances, l'intimée invoque une erreur dans le motif de licenciement communiqué au recourant, qui serait non plus fondé sur une inaptitude à remplir les exigences de son poste au sens de l'art. 23 al. 1 let. c du statut, mais lié à son incapacité durable de travail au sens de l'art. 24 al. 1 du statut. La question de la recevabilité d'un tel changement de motifs de licenciement en cours de procédure, notamment au regard du principe du droit d'être entendu et de la bonne foi, fera l'objet d'un examen au fond, de même que celle de savoir si le recourant, qui avait repris à temps partiel son travail, se trouvait dans la situation d'incapacité visée par cette disposition statutaire.

À ce stade de la procédure, sur la base des pièces du dossier mais aussi des déclarations faites lors de l'audience du 27 mars 2017, force est de constater que, dans l'hypothèse de l'admissibilité d'un tel changement de motifs de licenciement en cours d'instance, a priori, l'intimée avant de décider de se séparer du recourant n'a pas cherché à obtenir l'opinion du médecin-conseil et du médecin traitant de l'agent communal au sujet de sa possibilité de reprendre son travail au taux d'activité antérieure dans le mois qui suivrait. Sur ce point, la recherche de l'avis du médecin conseil de la police cantonale qui n'a pas examiné le recourant et n'a pas eu de contact avec son médecin traitant, ne remplit pas, prima facie, les exigences du statut pour permettre un licenciement pour incapacité durable de travail. Ainsi, à ce stade de la procédure, la décision attaquée, même fondée sur l'art. 24 du statut reste susceptible de souffrir d'une informalité de même niveau de gravité que celle relevée dans la décision présidentielle du 22 février 2017 qui se fondait sur une décision prise en application de l'art. 23 du statut. La chambre administrative ne voit donc pas de circonstances qui devraient la conduire à revenir sur ladite décision.

Certes, à teneur de l'art. 96 du statut, la chambre administrative ne pourrait contraindre la commune à réintégrer le recourant mais seulement constater la non-conformité au droit du licenciement. C'est cependant sous la réserve du constat de la nullité de cette décision qui peut l'être en tout temps si les exigences rappelées par la jurisprudence sont réalisées (ATF 130 II 249 ; 129 I 261 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C\_817/2015 du 6 juillet 2016, consid. 4.3.2). Ces questions seront examinées dans le cadre de l'arrêt au fond.

Dans l'intervalle, compte tenu du contexte très particulier du prononcé d'un licenciement en rapport avec un problème de santé rencontré par l'intéressé - pour lequel, aux dires de la commune, une assurance perte de gain intervient en substitution au moins partielle des obligations salariales de celle-ci (art. 67 et 69 du statut) - une pesée des intérêts en présence continue à faire prévaloir l'intérêt privé du recourant à la continuation des rapports de fonction pendant la durée de la

procédure sur l'intérêt, notamment financier, de la commune à se séparer de son collaborateur sans attendre l'issue de la procédure.

La requête en retrait de l'effet suspensif sera rejetée.

### **LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

rejette la demande de retrait de l'effet suspensif au recours déposée par la commune de B\_\_\_\_\_ le 27 février 2017 ;

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 Guillaume Fauconnet, avocat du recourant ainsi qu'à Me Thomas Barth, avocat de la commune de B\_\_\_\_\_.

Au nom de la chambre administrative :

Le président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :