RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/480/2005-HG **ATA/703/2005**

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 25 octobre 2005

dans la cause

Madame X._____

contre

HOSPICE GÉNÉRAL

EN FAIT

1. Madame Caroline X._____ a été engagée par l'Hospice général (ci-après : HG) en qualité de secrétaire I « pool » dès le 3 juin 2002, dans le but d'effectuer des missions de remplacement dans les différents secteurs de l'HG. Il s'agissait d'un poste à plein temps. La période d'essai était de trois mois et la période probatoire au terme de laquelle elle atteindrait sa classe de fonction, de trois ans. Le délai de résiliation des rapports de service était de 15 jours pour la fin d'une semaine pendant la période d'essai, un mois pour la fin d'un mois jusqu'à une année et trois mois pour la fin d'un mois au-delà d'une année.

   Il résultait en outre de la lettre d'engagement signée par l'intéressée, qu'elle avait reçu un exemplaire « des lois, du statut, des règlements et directives d'application en vigueur » à l'HG.

2. Dès le 30 juin 2004, Mme X._____ a été en incapacité de travail à 100 % pour une durée indéterminée, selon certificat médical établi par le Dr Nicolas Von der Weid (ci-après : le médecin traitant) pour cause de maladie.

3. Par la suite, le médecin traitant a établi les certificats médicaux suivants, tous pour cause de maladie :

   - 22 juillet 2004 : capacité de travail de l'intéressée de 0 % dès le 1er juillet 2004, de 50 % dès le 16 août 2004, pour une durée indéterminée ;

   - 22 juillet 2004 : l'intéressée est soignée pour plusieurs affections médicales chroniques et doit pouvoir prendre des vacances prévues du 6 au 20 septembre 2004. Elle est autorisée à se rendre à l'étranger ;

   - 1er octobre 2004 : capacité de travail de l'intéressée de 0 % dès le 1er juillet 2004, de 50 % dès le 16 août 2004, de 100 % dès le 6 septembre 2004 ;

   - 1er octobre 2004 : capacité de travail de l'intéressée de 50 % dès le 20 septembre 2004, pour une durée indéterminée ;

   - 8 octobre 2004 : capacité de travail de l'intéressée de 50 % dès le 1er octobre 2004, pour une durée indéterminée ;

   - 3 novembre 2004 : capacité de travail de l'intéressée de 50 % dès le 1er novembre 2004, pour une durée indéterminée ;

   - 13 décembre 2004 : capacité de travail de l'intéressée de 50 % dès le 1er décembre 2004 pour une durée indéterminée ;

- 17 janvier 2005 : capacité de travail de l'intéressée de 0 % dès le 1er janvier 2005, de 50 % dès le 10 janvier 2005, pour une durée indéterminée ;

- 16 février 2005, capacité de travail de l'intéressée de 50 % dès le 1er février 2005, pour une durée indéterminée.

4. Par lettre-signature du 27 octobre 2004, l'HG a mis un terme au contrat de travail le liant à Mme X._____ pour le 31 janvier 2005. L'institution n'avait pas de nouveau poste à lui proposer qui pouvait correspondre à son profil. Ce courrier a été notifié à l'intéressée le 28 octobre 2004.

5. Par courrier du 2 mars 2005, Mme X._____ a recouru auprès du Tribunal administratif contre son licenciement, au motif qu'il avait été donné pendant une période de protection. En effet, elle avait repris son travail à 100 % du 6 au 17 septembre 2004 et un nouveau délai de protection avait commencé à courir dès le 20 septembre 2004. Elle réclamait en conséquence que ses salaires de février à mai 2005 lui soient payés avec intérêts moratoires de 5 % dès le 1er février 2005.

6. Dans sa réponse du 22 mars 2005, l'HG s'en est rapporté à justice quant à la recevabilité du recours et a conclu à son rejet avec suite de dépens.

Il avait été informé le 28 février 2005 par Mme X._____ que « le conseiller du chômage » contestait la date d'échéance des rapports de travail. L'HG avait aussitôt écrit à l'intéressée pour lui indiquer « que si le congé du 27 octobre 2004 devait être considéré comme nul, un nouveau congé lui était signifié pour le 31 mai 2005 ». Elle était invitée « à provoquer rapidement une décision du chômage » sur ce point.

Le congé du 27 octobre 2004 avait été donné alors que la période de protection était échue, et était dès lors valable.

7. Le 29 avril 2005, Mme X._____ a transmis au tribunal de céans un certificat médical établi par son médecin traitant le 4 avril 2005, indiquant que son état de santé avait nécessité un arrêt de travail du 30 juin au 15 août 2004 pour des raisons de dépression. Depuis lors, elle travaillait à 50 %. Elle présentait des problèmes au niveau des yeux depuis 1989, raison pour laquelle elle avait fait une demande à l'assurance invalidité (AI).

8. Les parties ont été entendues en audience de comparution personnelle le 17 mai 2005.

a. Il ressort de la déclaration de Mme X._____ les éléments suivants :

- elle n'avait pas recouru contre le licenciement avant le mois de mars 2005 d'une part, car aucune voie ni aucun délai de recours n'étaient mentionnés et, d'autre part, parce que sur le moment, rien d'anormal ne lui était apparu. C'était la

caisse de chômage qui l'avait informée oralement, mi-février 2005, que la validité du congé était contestée.

- la caisse de chômage, n'ayant pu se mettre d'accord avec l'HG, lui avait dit qu'il fallait recourir contre le licenciement, à défaut de quoi elle ne toucherait pas ses indemnités ;

- elle avait informé l'HG en juin 2004 qu'elle serait en arrêt maladie à 50 % dès le mois d'août 2004, en relation avec son problème de vue pour lequel elle voulait déposer une demande AI à 50 %. Suite à cela, elle avait fait une dépression dès la fin du mois de juin 2004. Elle avait tenu son employeur informé de son état de santé. Il était au courant qu'il y avait une autre cause de maladie que ses yeux avant le mois d'août 2004 ;

- s'agissant de la période de vacances prise du 6 au 20 septembre 2004, son médecin traitant avait d'abord établi le certificat médical du 22 juillet 2004 indiquant qu'elle pouvait se rendre à l'étranger. Toutefois, l'HG avait demandé que soit remis un certificat de reprise de travail à 100 %, d'où les documents transmis ultérieurement par le médecin pour couvrir la période de vacances. Elle ignorait quel collaborateur de l'HG avait contacté son médecin pour cette question ;

- son médecin traitant, spécialiste FMH en médecine interne, la suivait pour un diabète.

b. L'HG a pour sa part déclaré :

- qu'il n'y avait pas eu d'échange de correspondance avec la caisse de chômage au sujet de la contestation de la validité du congé donné à Mme X._____ ;

- qu'il n'avait eu aucune information relative à la maladie dont souffrait l'intéressée. Lors d'un entretien avec cette dernière en juin 2004 au cours duquel avaient été évoquées la question des démarches à entreprendre pour une mise à l'AI ainsi que la mise en arrêt maladie de celle-ci dès le mois d'août 2004 pour cette raison. Les problèmes de vue de Mme X._____ étaient connus mais aucune affection particulière n'avait été évoquée avec elle. La décision de licenciement était fondée sur le certificat médical du 22 juillet 2004 qui faisait état de plusieurs affections médicales chroniques, sans autres détails puisque cela relevait de la sphère privée. Pour l'HG, il n'y avait qu'une seule cause d'arrêt maladie, prise en charge par un seul médecin traitant ;

- qu'en règle générale, l'HG demandait qu'un employé en arrêt maladie souhaitant se rendre à l'étranger soit autorisé à le faire par son médecin. Il ne pouvait être exclu que quelqu'un ait fait une demande relative à une reprise de

travail dans le cas de Mme X._____, bien que cela apparaisse n'avoir pas de raison ;

- un nouveau délai de congé avait été notifié pour le 31 mai 2005 à Mme X._____ dans le seul but de préserver les intérêts de l'HG au cas où le congé du 27 octobre 2004 serait déclaré nul.

9. Par courrier du 22 août 2005, le Tribunal administratif a demandé à l'HG des informations complémentaires relatives à l'organisation de sa direction générale, renseignements qui ont été fournis le 6 septembre 2005.

EN DROIT

1. a. Le Tribunal administratif est l'autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05).

b. Le recours au Tribunal administratif n'est toutefois recevable que dans la mesure où une disposition légale, réglementaire ou statutaire le prévoit contre les décisions concernant le statut et les rapports de service des fonctionnaires et autres membres du personnel de l'Etat, des communes, et des autres corporations et établissements de droit public (art. 56B al. 4 let. a LOJ).

2. a. Selon l'article 60 lettre b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), ont qualité pour recourir toutes les personnes qui sont touchées directement par une décision et ont un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. L'intérêt à obtenir un jugement favorable doit être personnel, direct, immédiat et actuel (ATA/915/2004 du 23 novembre 2004 ; ATA/2/2002 du 8 janvier 2002 et les références citées).

b. La qualité pour recourir nécessite en principe la titularité d'un intérêt actuel (art. 60 LPA). L'existence de cet intérêt s'apprécie non seulement au moment du dépôt du recours, mais aussi lors du prononcé de la décision sur recours ; s'il s'éteint pendant la procédure, le recours sera déclaré sans objet (ATF 123 II 285 consid. 4 p. 286 ss ; 118 Ia 46 consid. 3c p. 53 ; 111 Ib 58 consid. 2 et les références citées; ATA/915/2004 précité ; ATA/270/2001 du 24 avril 2001 ; ATA/731/2000 du 5 décembre 2000 ; ATA/295/1997 du 6 mai 1997 ; ATA/28/1997 du 15 janvier 1997 ; A. GRISEL, Traité de droit administratif, Neuchâtel 1984, p. 900).

3. Selon l'article 31 alinéa 1 de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 (LPAC - B 5 05), applicable par renvoi de l'article 2 alinéa 1 du statut de l'Hospice général du 9 octobre 1995 (ci-après : le statut), tout membre du

personnel dont les rapports de service ont été résiliés peut recourir au Tribunal administratif pour violation de la loi.

En l'espèce, le Tribunal administratif est compétent pour connaître du présent recours.

4. a. En application de l'article 63 alinéa 1 lettre a LPA, le délai de recours est de 30 jours s'il s'agit d'une décision finale.

b. Les délais de réclamation et de recours fixés par la loi sont des dispositions impératives de droit public. Ils ne sont, en principe, pas susceptibles d'être prolongés (art. 16 al. 1 1ère phrase LPA), restitués ou suspendus, si ce n'est par le législateur lui-même (SJ 1989 p. 418). Ainsi, celui qui n'agit pas dans le délai prescrit est forclos et la décision en cause acquiert force obligatoire (SJ 2000 I 22 et références citées).

c. Les cas de force majeure restent réservés (art. 16 al. 1 2ème phrase LPA). A cet égard, il y a lieu de préciser que tombent sous cette notion les événements extraordinaires et imprévisibles qui surviennent en dehors de la sphère d'activité de l'intéressé et qui s'imposent à lui de l'extérieur de façon irrésistible (SJ précitée).

d. Selon l'article 46 alinéa 1 LPA, les décisions doivent indiquer les voies ordinaires et délai de recours.

Tel n'a pas été le cas en l'espèce, de sorte que la décision querellée n'a pas été notifiée régulièrement.

5. La notification irrégulière d'une décision ne doit entraîner aucun préjudice pour les parties (art. 47 LPA). Cependant, la jurisprudence n'attache pas nécessairement la nullité à l'existence de vices dans la notification; la protection des parties est suffisamment garantie lorsque la notification irrégulière atteint son but malgré cette irrégularité. Il y a donc lieu d'examiner, d'après les circonstances du cas concret, si la partie intéressée a réellement été induite en erreur par l'irrégularité de la notification et a, de ce fait, subi un préjudice. Il convient à cet égard de s'en tenir aux règles de la bonne foi qui imposent une limite à l'invocation du vice de forme (ATF 122 I 97 consid. 3a/aa p. 99 ; 111 V 149 consid. 4c p. 150 et réf. cit.; RAMA 1997 no U 288 p. 444 consid. 2b/bb; ZBl 95/1994 p. 530 consid. 2 ; J.-F. EGLI, La protection de la bonne foi dans le procès, in Juridiction constitutionnelle et juridiction administrative, Zurich 1992, p. 231 s. ; U. HAFELIN et G. MULLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2002, 4ème édition, p. 347 s. n° 1645 ss). Cela signifie notamment qu'une décision, fut-elle notifiée de manière irrégulière, peut entrer en force si elle n'est pas déférée au juge dans un délai raisonnable (SJ 2000 I 118 consid. 4). À cet égard, la règle générale veut que le destinataire d'une décision, reconnaissable comme telle, mais

sans indication de voie ni de délai de recours, entreprenne dans un délai raisonnable les démarches voulues pour sauvegarder ses droits, notamment qu'il se renseigne auprès d'un avocat ou de l'autorité qui a statué et, une fois renseigné, qu'il agisse en temps utile (ATF 119 IV 330 consid. 1c p. 332 ; 112 Ib 417 consid. 2d p. 422 ; 111 Ia 280 consid. 2b p. 282; 102 Ib 91 consid. 3 p. 93 ; J.-F. EGLI, op. cit. p. 232 ; P. MOOR, Droit administratif, vol. II, Berne 2002, p. 304).

In casu, il apparaît que le recourante a été informée mi-février 2005 par sa caisse de chômage du fait que la validité du licenciement était contestée, au motif qu'il aurait été notifié pendant une période de protection. En recourant le 2 mars 2005 contre ledit licenciement, elle a agi en temps utile.

Le recours est ainsi recevable.

6. Les articles 336 c et 336 d du Code des obligations du 30 mars 1911 (CO – RS 220) son applicables par analogie à la résiliation en temps inopportun d'un employé de l'HG (art. 44 LPAC ; art. 2 du statut).

7. Selon l'article 336 c alinéa 1 lettre b CO, l'employeur ne peut pas résilier le contrat pendant une incapacité de travail totale ou partielle résultant d'une maladie ou d'un accident non imputables à la faute du travailleur, cela durant 90 jours de la deuxième à la cinquième année de service.

Il ressort des certificats médicaux produits que la recourante était en incapacité de travail à 100 % puis à 50 % entre le 30 juin et le 5 septembre 2004 et dès le 20 septembre 2004, sa capacité de travail étant totale entre le 6 et le 19 septembre 2005, période correspondant à des vacances. Deux certificats médicaux couvrent cette dernière période, établis par le même praticien : le premier, du 22 juillet 2004, autorise l'intéressée à se rendre à l'étranger pour ses vacances prises aux dates précitées ; le second, établi le 1er octobre 2004, atteste qu'elle avait recouvré sa pleine capacité de travail à cette seule occasion. La question de savoir si ce dernier document reflète correctement la situation de santé de la recourante peut toutefois demeurer ouverte. En effet, selon la recourante, il a été établi à la demande de l'HG qui a contacté directement le médecin pour cela, et l'intimé n'a pas exclu qu'une telle demande ait pu être faite. En outre, l'HG n'a pas contesté la validité de ce certificat médical.

Le Tribunal administratif retiendra donc que la capacité de travail de la recourante était totale du 6 au 19 septembre 2004. Il s'ensuit qu'un nouveau délai de protection a commencé à courir dès le 20 septembre 2004, venant à échéance le 20 décembre 2004. La décision de licenciement du 27 octobre 2004 a été notifiée le 28 octobre 2004, soit à l'intérieur du délai de protection. Partant, elle est nulle (art. 336 c al. 2 CO).

La recourante a ainsi continué à être membre du personnel de l'HG dès le 1er février 2005.

7. Les conclusions de la recourante tendant au paiement des salaires de février à mai 2005 ne sont pas recevables dans le cadre du recours fondé sur l'article 31 LPAC.

8. Le recours sera ainsi partiellement admis.

Un émolument de CHF 800.- sera mis à la charge de l'HG qui succombe. Aucune indemnité de procédure ne sera allouée à la recourante, qui a agi en personne et n'a pas exposé avoir assumé des frais (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS

LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 2 mars 2005 par Madame X._____ contre la décision de l'Hospice général du 27 octobre 2004 ;

au fond :

l'admet partiellement ;

constate la nullité du licenciement du 27 octobre 2004 de Mme X._____ ;

met à la charge de l'Hospice général un émolument de CHF 800.- **;**

communique le présent arrêt à Madame X._____, à l'Hospice général, ainsi que le dispositif du présent arrêt, pour information, à la caisse de chômage.

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

Au nom du Tribunal administratif :

la secrétaire-juriste :	le président :
D. Werffeli Bastianelli	F. Paychère

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :