



Chapitre de livre

2021

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

La résiliation sans motif fondé et la réintégration dans la fonction publique

Lempen, Karine

How to cite

LEMPEN, Karine. La résiliation sans motif fondé et la réintégration dans la fonction publique. In: La fin des rapports de travail. Anne-Sylvie Dupont, Pascal Mahon (Ed.). Genève : Schulthess éditions romandes, 2021. p. 75–103.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:150575>

KARINE LEMPEN*

La résiliation sans motif fondé et la réintégration dans la fonction publique

Sommaire	Page
I. Introduction	76
II. Résiliation pour motifs fondés	78
A. Respect des principes constitutionnels	78
B. Motifs fondés	79
1. Listes exemplatives	80
2. Motif abusif : cas particulier de motif non fondé	81
3. Suppression de poste	82
a) Suppression de poste objectivement justifiée	82
b) Choix de l'individu dont le poste va être supprimé	83
c) Impossibilité d'une réaffectation : indemnité spécifique	84
C. Mesures préalables à la résiliation	85
1. Egards à avoir pour certaines catégories du personnel	85
a) Santé	86
b) Handicap	86
c) Age et ancienneté	87
2. Nécessité d'un avertissement et droit d'être entendu	88
D. Résiliation avec effet immédiat	90
1. Justes motifs : cas particulier de motif fondé	90
2. Immédiateté de la réaction	91
III. Réintégration suite à une résiliation sans motif fondé	93
A. Généralités	93
B. Personnel de la Confédération	93
C. Personnel du canton de Genève	96
1. Système consacré par la LPAC-GE depuis 2015	96
2. Licenciement infondé	97
3. Révocation disproportionnée	98
IV. Synthèse	100
Bibliographie	102

* L'auteure remercie Mme Roxane Hutmacher, assistante-doctorante à la Faculté de droit de l'Université de Genève, de son aide. Ses commentaires, ainsi que ceux de Me Rachel Salem lors de la finalisation de l'article, ont été précieux.

I. Introduction

Le phénomène de privatisation de la fonction publique est désormais connu et abondamment étudié¹. On sait que les entités étatiques ont la possibilité de soumettre tout² ou certaines catégories³ de leur personnel au droit privé, pour autant que le recours à ce régime soit prévu dans une base légale claire⁴ et respecte le principe d'égalité de traitement⁵.

Par ailleurs, de nos jours, un grand nombre de lois sur le personnel réservent l'application par analogie du Code des obligations, à titre de droit public supplétif⁶. Malgré ce rapprochement entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique, des différences fondamentales subsistent, notamment en lien avec la résiliation des rapports de travail⁷.

La présente contribution vise à mettre en évidence deux spécificités importantes du droit de la fonction publique, à savoir la nécessité de disposer d'un motif suffisant⁸ pour prononcer un licenciement et la possibilité, prévue par certains statuts, d'annuler une résiliation non fondée et d'ordonner la réintégration sur le lieu de travail.

L'analyse se concentre sur les lois relatives au personnel de la Confédération (LPers) et du canton de Genève (LPAC-GE)⁹ ainsi que sur le statut de la fonction publique du canton de Neuchâtel (LSt-NE). Les trois textes prévoient que la résiliation des rapports de travail

¹ Voir DÉFAGO GAUDIN, pp. 259-260 avec les réf.

² TANQUEREL, Manuel, N 268 mentionne, à titre d'exemple, certaines entités autonomes comme Swisscom et la Poste.

³ Notamment les auxiliaires et les stagiaires au sens de l'art. 6 al. 5 de la Loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 (LPers ; RS 172.220.1). Voir aussi l'art. 7 de la Loi sur le statut de la fonction publique du canton de Neuchâtel du 28 juin 1995 (LSt-NE ; RSN 152.510).

⁴ TF 8C_295/2019 du 5 mai 2020, c. 3.2. Voir aussi, parmi d'autres : TANQUEREL, Droit public, pp. 71-73 ; DÉFAGO GAUDIN, pp. 265-266 ; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, pp. 557-558.

⁵ Au sujet du risque d'inégalité de traitement que comporte le recours au droit privé pour certaines catégories du personnel : TANQUEREL, Droit public, pp. 74-75 ; DÉFAGO GAUDIN, pp. 266-267.

⁶ Voir par exemple l'art. 6 al. 2 LPers, auquel se réfèrent notamment DUBEY/ZUFFEREY, N 1540 ; WYLER/BRIGUET, pp. 51-52 ; CANDRIAN, pp. 87-88.

⁷ Voir PERRENOUD, pp. 463-465 ; ROSELLO, N 552.

⁸ Comme l'explique ROSELLO N 585, alors que le *droit privé* consacre le principe de la liberté de résilier et énumère (art. 336 CO) les *motifs non admissibles* (abusifs), le droit de la *fonction publique* liste les *motifs admissibles* (fondés) sur lesquels un licenciement doit se baser.

⁹ Loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 (LPAC-GE ; RSG B 5 05).

par l'entité employeuse prend la forme d'une décision¹⁰ sujette à recours¹¹. En cas d'admission du recours, la LPers et la LPAC-GE consacrent expressément, à certaines conditions, un droit à la réintégration¹².

Si la réintégration constitue une exception dans le système prévu par la LPers, devenu proche du droit privé, son rôle demeure important dans le canton de Genève, dont la loi sur le personnel, imprégnée du modèle traditionnel¹³, est l'une des rares à avoir conservé le statut de fonctionnaire¹⁴. Au cours des dernières années, la Cour de justice du canton de Genève a ordonné à plusieurs reprises la réintégration de fonctionnaires injustement licenciés, suscitant parfois un fort écho médiatique. L'été dernier, par exemple, on a pu lire dans la presse des articles intitulés « La justice annule le licenciement d'une lanceuse d'alerte »¹⁵ ou « La Chambre administrative de la Cour de justice genevoise ordonne la réintégration d'un inspecteur du travail licencié par le Conseil d'Etat »¹⁶. La première affaire concernait une *résiliation* sans motifs fondés, alors que la seconde avait pour objet une *révocation* disproportionnée. Comme nous le verrons¹⁷, ces deux modes de résiliation des rapports de service coexistent dans le canton de Genève.

La deuxième partie de cet article évoque divers cas de licenciement pour motifs fondés, dont celui lié à une suppression de poste¹⁸ ou signifié pour de « justes motifs »¹⁹. La troisième partie traite du droit à la réintégration en cas de résiliation sans motifs fondés ou de révocation contraire au droit.

En revanche, les lignes qui suivent ne traiteront pas d'autres causes d'extinction²⁰ des rapports de travail, comme l'avènement de l'âge de la retraite, la conclusion d'un accord

¹⁰ Si les titulaires de la fonction publique sont aussi nommés par une *décision* à Neuchâtel (art. 9 LSt-NE) et à Genève (art. 10 LPAC-GE), l'engagement au service de la Confédération s'opère au moyen d'un *contrat de droit administratif* (art. 8 LPers). Dans ce dernier cas, la création et la fin des rapports de travail prennent une forme différente. Sur cette absence de parallélisme : WYLER/BRIGUET, pp. 11, 51 ; ROSELLO, N 546, 657.

¹¹ Voir les art. 34 ss LPers, 31 ou 32 al. 6 LPAC-GE et 82 al. 3 LSt-NE.

¹² Voir les art. 34c LPers et 31 LPAC-GE étudiés *infra* III.B-C.

¹³ TANQUEREL, Manuel, N 267.

¹⁴ Art. 5 LPAC-GE. Sur cette notion : DUBEY/ZUFFEREY, N 1536 ; TANQUEREL, Manuel, N 263.

¹⁵ Voir l'édition du 8 septembre 2020 de www.20min.ch au sujet d'un arrêt ATA/588/2020 du 16 juin 2020, résumé *infra* III.C.2.

¹⁶ Voir Le Courrier du 7 juillet 2020 « Un licenciement à l'OCIRT annulé », au sujet de ATA/137/2020 du 11 février 2020. Un recours contre cet arrêt a été rejeté par le Tribunal fédéral dans un arrêt 8C_203/2020 du 25 août 2020. Voir *infra* III.C.3.

¹⁷ *Infra* III.C.

¹⁸ Art. 10 al. 2 let. e LPers, 23 LPAC-GE, 44 LSt-NE.

¹⁹ Au sens de l'art. 337 CO.

²⁰ Aperçu complet : HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2016 ss. Voir aussi l'art. 37 LSt-NE.

de résiliation²¹ ou la démission. Relevons que la résiliation notifiée par une personne au service de l'Etat n'a pas à être motivée, alors que celle émanant de l'autorité employeuse doit, comme mentionné plus haut, se fonder sur des motifs objectivement suffisants²².

II. Résiliation pour motifs fondés

A. Respect des principes constitutionnels

L'obligation pour l'autorité étatique de fonder sa décision de résiliation sur des motifs objectifs résulte de l'application des normes constitutionnelles qui encadrent, de façon générale, l'activité administrative²³. Ainsi, même lorsqu'il a soumis son personnel au droit privé²⁴, l'Etat est tenu d'agir conformément aux principes de légalité (art. 5 al. 1 Cst.), de l'intérêt public (art. 5 al. 2 Cst.), de la bonne foi (art. 5 al. 3 Cst.) et de la proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst.)²⁵. En vertu de ce dernier principe, dont découle l'exigence de nécessité²⁶, une entité étatique n'est habilitée à mettre un terme à une relation de travail qu'en dernier recours (*ultima ratio*), après avoir pris d'autres mesures moins incisives, comme exposé plus loin²⁷.

En outre, l'Etat employeur doit agir sans arbitraire (art. 9 Cst.) et respecter le principe d'égalité de traitement (art. 8 al. 1 Cst.). Par exemple, si plusieurs fonctionnaires ont violé leur devoir de loyauté, il serait contraire à ce principe de ne sanctionner qu'un seul d'entre eux²⁸. De plus, la décision de résilier les rapports de travail ne saurait se fonder sur un

²¹ Voir TF 8C_470/2019 du 1^{er} octobre 2019 (convention de résiliation valablement conclue entre l'Ecole polytechnique fédérale de Zurich et un directeur de département). Voir aussi WYLER/BRIGUET, pp. 56-57 ; ROSELLO, N 491, 498.

²² Art. 10 al. 3 LPers *a contrario*. A ce sujet : WYLER/BRIGUET, p. 58 ; CANDRIAN, pp. 109-110.

²³ ROSELLO, N 555 ; CANDRIAN, p. 107 ; MÜLLER/PÄRLI/CARONI, p. 882.

²⁴ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, p. 557 ; MÜLLER/PÄRLI/CARONI, pp. 881 ss. Toutefois, selon WYLER/BRIGUET, p. 9, plus le statut de la collectivité publique s'est rapproché du droit privé, plus il sied d'appliquer avec retenue les principes qui régissent habituellement l'activité étatique. Voir aussi MAHON/JEANNERAT, N 12 *ad* art. 342 CO.

²⁵ Voir CANDRIAN, p. 88 ss.

²⁶ Voir p. ex. TF 8C_15/2019 du 3 août 2020, c. 7.2 (qui énonce la règle de l'aptitude, la règle de la nécessité et le principe de proportionnalité au sens étroit).

²⁷ Voir *infra* II.C, en particulier II.C.2 au sujet de la nécessité ou non de prononcer un avertissement avant la résiliation.

²⁸ Voir TF 8C_715/2018 du 11 juillet 2019 (licenciement d'un policier non contraire à l'art. 8 Cst. Sa situation n'était pas comparable à celle des autres fonctionnaires ayant tenu des propos contraires au devoir de loyauté. Seul le policier licencié assumait la fonction de porte-parole de la police cantonale).

motif prohibé (au sens de l'art. 8 al. 2 Cst.)²⁹. Nous verrons ultérieurement que le choix du poste à supprimer dans le cadre d'une restructuration doit reposer sur des critères objectifs³⁰.

Enfin, sur le plan procédural, le droit d'être entendu est garanti (art. 29 al. 2 Cst.). En particulier, la personne entendue doit être placée dans une situation où elle peut réellement faire valoir son point de vue *avant* le prononcé d'une décision de résiliation³¹. Il ne suffit pas de lui laisser la possibilité de s'exprimer lors de la notification du licenciement³². La pratique consistant à rédiger un projet de décision de résiliation avant l'exercice du droit d'être entendu risque de priver ce droit de sa substance³³.

Ainsi, les principes généraux énoncés par la Constitution fédérale confèrent au personnel de l'Etat une protection contre les licenciements plus forte que celle prévalant dans le secteur privé³⁴.

B. Motifs fondés

Après le temps d'essai³⁵, la décision de licenciement doit reposer sur un motif fondé. La preuve de son existence incombe à la partie employeuse et non, comme en droit privé³⁶, à la personne licenciée³⁷.

²⁹ MÜLLER/PÄRLI/CARONI, p. 882.

³⁰ Voir *infra* II.B.3.

³¹ ATF 144 I 11, c. 5.3.

³² TF 8C_541/2017 du 14 mai 2018, c. 2.2.

³³ Plus d'explications : GRODECKI, pp. 137-138, CANDRIAN, pp. 101-102. Voir toutefois WYLER/BRIGUET, p. 26, selon lesquels la pratique est admissible lorsqu'il n'est « pas exclu » que l'entité employeuse change d'avis. Sur le droit d'être entendu et le délai pour formuler des observations, voir *infra* II.C.2.

³⁴ WYLER/BRIGUET, p. 8 ; MÜLLER/PÄRLI/CARONI, p. 882.

³⁵ Durant cette période (susceptible de dépasser le maximum de trois mois fixé à l'art. 335b al. 2 CO, voir p. ex. les art. 12 LSt-NE et 27 al. 2 OPers), l'autorité n'a, en principe, pas besoin de fonder sa décision de renvoi sur un motif particulier : ROSELLO, N 500 ; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, p. 631 ; *contra* WYLER/BRIGUET, pp. 71-73 (au sujet de la LPers. L'autorité d'engagement jouit toutefois d'une grande liberté dans l'appréciation des motifs).

³⁶ Sous réserve des art. 336 al. 2 let. b CO et 10 LEg en vertu desquels la preuve du motif justifié incombe à la partie employeuse.

³⁷ WYLER/BRIGUET, p. 4 ; MÜLLER/PÄRLI/CARONI, p. 883.

1. Listes exemplatives

Les trois lois examinées dans cet article (LPers, LPAC-GE, LSt-NE) dressent une liste exemplative de motifs fondés³⁸.

Ainsi, l'art. 10 al. 3 LPers prévoit comme motifs de renvoi « objectivement suffisants », notamment :

- (a) la *violation d'obligations légales ou contractuelles importantes*. En particulier, il peut s'agir d'une violation du devoir de fidélité (art. 20 LPers), dont découlent des limitations parfois substantielles aux libertés fondamentales, comme la liberté d'expression³⁹ ;
- (b) les *manquements dans les prestations ou dans le comportement*, notamment en cas d'arrivées tardives répétées⁴⁰ ;
- (c) les *aptitudes ou capacités insuffisantes pour effectuer le travail convenu* dues, par exemple, à des problèmes de santé durables⁴¹, ou la *mauvaise volonté* à accomplir ce travail ;
- (d) la *mauvaise volonté à accomplir un autre travail raisonnablement exigible* (eu égard, notamment, à la classe salariale, au lieu de travail et aux objectifs à atteindre)⁴², proposé p. ex. suite à une restructuration⁴³ ou en raison d'une inaptitude à effectuer le travail initialement convenu⁴⁴ ;

³⁸ D'autres lois sur le personnel contiennent des listes exhaustives ou renoncent à énumérer les motifs. Aperçu chez ROSELLO, N 233.

³⁹ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, pp. 556, 600-606 ; MAHON/MATTHEY, pp. 205-240. Voir aussi TF 8C_715/2018 du 11 juillet 2019 (violation du devoir de fidélité et de réserve par le porte-parole de la police cantonale, qui avait tenu des propos irrespectueux à l'encontre d'une juge de district et mis en cause l'intégrité du Ministère public).

⁴⁰ WYLER/BRIGUET, p. 76, relèvent que la distinction entre les manquements au sens de la lettre b) et la violation des obligations au sens de la lettre a) est parfois délicate à opérer et semble dénuée de portée pratique, un avertissement préalable au licenciement étant requis dans les deux cas en principe. Voir *infra* II.C.2.

⁴¹ Voir TF 8C_391/2019 du 11 octobre 2019, c. 3.2, précisant qu'en vertu de l'art. 31a al. 1 OPers, « l'employeur peut, une fois la période d'essai écoulée, résilier les rapports de travail de manière ordinaire au plus tôt pour la fin d'une période d'incapacité de travail d'au moins deux ans ». Voir aussi PÄRLI/HUG/PETRIK, N 86 ; WYLER/BRIGUET, p. 78.

⁴² Voir les art. 104a al. 1 et 104e al. 2 OPers.

⁴³ Illustration : TAF A-4057/2018 du 16 avril 2019 (restructuration, suppression du poste de directeur à Bâle, refus d'occuper un nouveau poste à Berne).

⁴⁴ Voir PÄRLI/HUG/PETRIK, N 85.

- (e) les *impératifs économiques*, susceptibles de mener à des suppressions de poste⁴⁵, « dans la mesure où l’employeur ne peut proposer à l’employé un autre travail pouvant raisonnablement être exigé de lui »⁴⁶ ;
- (f) la *non-satisfaction de l’une des conditions d’engagement*⁴⁷, p. ex. le fait de ne pas parler une langue devenue nécessaire à la fonction suite à une modification de la loi⁴⁸.

Les motifs énumérés à l’art. 10 al. 3 LPers se recoupent avec ceux prévus à l’art. 22 LPAC-GE⁴⁹. Aux termes de cette disposition, « il y a motif fondé lorsque la continuation des rapports de travail n’est plus compatible avec le bon fonctionnement de l’administration ». Une violation fautive des devoirs de fonction n’est pas nécessaire⁵⁰.

Ainsi, la bonne marche du service constitue l’élément objectif déterminant pour admettre l’existence d’un motif fondé. Selon le Tribunal fédéral, « des manquements dans le comportement de l’employé ne peuvent constituer un motif de licenciement que lorsqu’ils sont reconnaissables également pour des tiers. Il faut que le comportement de l’employé perturbe le bon fonctionnement du service ou qu’il soit propre à ébranler le rapport de confiance avec le supérieur »⁵¹.

Une rupture du lien de confiance propre à fonder un licenciement a été admise dans une affaire concernant le concierge d’un collège dans le canton de Neuchâtel. L’individu avait notamment harcelé des collaboratrices, refusé un transfert vers un autre établissement scolaire, menacé de se pendre dans l’aula puis tenté un suicide en ingérant des médicaments. La poursuite des rapports de service était devenue impossible et le renvoi justifié au sens de l’art. 45 al. 1 LSt-NE⁵².

2. Motif abusif : cas particulier de motif non fondé

Si le premier alinéa de l’art. 45 LSt-NE mentionne (à l’instar des art. 10 al. 3 LPers et 22 LPAC-GE) les raisons justifiant que l’autorité mette fin aux rapports de service, le

⁴⁵ Voir *infra* II.B.3.

⁴⁶ Voir l’art. 19 al. 1 LPers et 104 ss OPers. Voir aussi *infra* II.B.3.c.

⁴⁷ Voir WYLER/BRIGUET, pp. 83-85.

⁴⁸ Voir TAF A-5255/2018 du 9 juillet 2019, c. 6.5.2 (préposé au service des trains de voyageurs internationaux).

⁴⁹ A savoir : a) *l’insuffisance des prestations*, b) *l’inaptitude à remplir les exigences du poste* et c) *la disparition durable d’un motif d’engagement*. La résiliation suite à une suppression de poste est traitée à l’art. 23 LPAC-GE.

⁵⁰ TF 8C_392/2019 du 14 août 2020, c. 4.2 (problèmes relationnels, incapacité de travail, motif fondé de résiliation, art. 22 let. b LPAC-GE).

⁵¹ TF 8C_392/2019 du 14 août 2020, c. 4.1 avec les réf. Voir aussi ATA/1060/2020 du 27 octobre 2020, c. 7c.

⁵² TF 8C_640/2018 du 19 mars 2019.

second alinéa précise qu'aucun renvoi ne peut être prononcé de façon abusive au sens de l'art. 336 CO⁵³. Révélatrice de l'influence du droit privé sur le droit de la fonction publique, cette référence paraît avoir une portée surtout symbolique⁵⁴ puisqu'un motif « abusif » au sens de l'art. 336 CO est par définition « non fondé »⁵⁵ et partant inadmissible au regard de l'art. 45 al. 1 LSt-NE. Il se peut toutefois qu'un congé soit sanctionné plus sévèrement lorsqu'il est non seulement infondé mais aussi abusif⁵⁶. Nous verrons que la Confédération⁵⁷ prévoit la possibilité de réintégrer une personne licenciée de façon abusive (au sens de l'art. 336 CO) ou discriminatoire (au sens de l'art. 3 LEg)⁵⁸, alors que cette alternative à l'indemnisation n'existe pas dans d'autres cas de licenciements non fondés.

3. Suppression de poste

La suppression de poste figure parmi les motifs propres à fonder un licenciement⁵⁹. La résiliation des rapports de service peut être contestée dans le cadre d'un recours⁶⁰. En revanche, la décision de supprimer un poste est un acte d'organisation interne qui, sous réserve d'une violation des principes constitutionnels encadrant l'activité étatique⁶¹, est soustraite à l'examen judiciaire⁶². Ainsi, lorsqu'un poste devient inutile (suite à l'évolution technologique ou un processus de rationalisation⁶³, p. ex.) ou trop coûteux (eu égard à la situation économique), l'entité employeuse est en droit de le supprimer⁶⁴.

a) Suppression de poste objectivement justifiée

Selon la jurisprudence, pour qu'une décision de licenciement pour suppression de poste soit valable, il doit s'agir d'une « réelle suppression de fonction », objectivement justifiée,

⁵³ L'art. 12 al. 3 LSt-NE, applicable durant le temps d'essai, renvoie aussi à l'art. 336 CO. « Constitue ainsi un congé abusif la résiliation qui serait prononcée à l'égard d'une employée de l'Etat engagée à titre probatoire parce qu'elle aurait annoncé être enceinte » (ATF 139 I 57, c. 6.2.1). Une telle résiliation des rapports de travail revêt en outre un caractère discriminatoire au sens de l'art. 3 LEg.

⁵⁴ L'art. 45 al. 2 LSt-NE met l'accent sur deux hypothèses visées par l'art. 336 CO, à savoir l'expression d'opinions religieuses, philosophiques ou politiques (art. 336 al. 1 let. b) et l'activité syndicale (art. 336 al. 2 let. a), dans la mesure où ces actes n'entraînent aucune violation des devoirs de service.

⁵⁵ Alors qu'un motif « non fondé » n'est pas nécessairement « abusif ». Voir ROSELLO, N 585-587, 659. ROSELLO, N 588.

⁵⁶ Art. 34c al. 1 let. b et d LPers. Voir *infra* III.B.

⁵⁷ Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (LEg, RS 151.1).

⁵⁸ Pareille hypothèse est couverte par l'art. 10 al. 3 let. e LPers et spécifiquement traitée aux art. 23 LPAC-GE et 44 LSt-NE.

⁵⁹ Voir p. ex. l'art. 82 al. 3 LSt-NE.

⁶⁰ Voir *supra* II.A.

⁶¹ Comme précisé par l'art. 44 al. 1 LSt-NE.

⁶² Voir TF 8C_404/2018 (optimisation, suppression du poste d'un agent des Chemins de fer fédéraux).

⁶³ RÖTHLISBERGER, pp. 50-51 ; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, p. 630.

« et non d'un simple prétexte utilisé dans le but de se séparer sans trop de difficultés d'un collaborateur »⁶⁵. Ainsi, dans un arrêt du 15 septembre 2020, la Cour de justice du canton de Genève a jugé que la nécessité de supprimer un poste en raison de l'évolution technologique n'avait pas été démontrée par la ville de Genève et que la suppression invoquée à l'appui du licenciement d'un employé âgé de 55 ans s'apparentait en réalité à « un simple prétexte »⁶⁶. En conséquence, la résiliation des rapports de service n'était pas fondée⁶⁷.

b) Choix de l'individu dont le poste va être supprimé

Lorsque plusieurs personnes exercent la même activité et que seul un des postes va être supprimé, le choix de l'individu à licencier doit reposer sur des critères objectifs et *a fortiori* non discriminatoires⁶⁸.

Dans un arrêt du 1^{er} mai 2020, le Tribunal fédéral a rejeté le recours intenté par un veilleur de nuit contre un arrêt du Tribunal cantonal neuchâtelois jugeant non arbitraire la décision de supprimer son poste plutôt que celui d'autres veilleurs. En effet, la suppression reposait sur des motifs objectifs, en l'occurrence la fermeture d'un centre d'accueil suite à une diminution du nombre de requérants d'asile. Quant au choix de l'individu devant en supporter les conséquences, il avait été effectué sur la base des critères retenus par la jurisprudence cantonale, « à savoir la situation matérielle et familiale, l'âge, les possibilités de trouver un nouvel emploi, les compétences de chacun et la préférence accordée à un collaborateur soumis à la LSt, plutôt qu'à celui engagé selon le droit privé et aux employés nommés s'ils ont tous un statut de droit public régi par cette loi »⁶⁹. En l'espèce, l'un des postes maintenus était certes occupé par une personne qui, contrairement au recourant, ne pouvait se prévaloir que d'un contrat de droit privé. Il s'agissait toutefois de la seule femme de l'effectif. L'explication du Conseil d'Etat selon laquelle il était nécessaire de compter sur une veilleuse femme pour encadrer les migrantes paraissait défendable. En outre, la collaboratrice était au bénéfice d'une ancienneté plus longue que celle du veilleur licencié

⁶⁵ TF 8C_454/2019 du 20 mai 2020, c. 3.1.2 (au sujet de l'art. 23 LPAC-GE).

⁶⁶ ATA 885/2020 du 20 mai 2020, c. 5-6.

⁶⁷ En outre, les exigences relatives à la procédure de reclassement n'avaient pas été respectées. Le licenciement s'avérant contraire au droit et la réintégration ayant été refusée, la ville est condamnée au versement d'une indemnité de 18 mois du dernier traitement mensuel, montant alloué en sus de l'indemnité pour suppression de poste (ATA 885/2020 du 20 mai 2020, c. 7-8. Cet arrêt fait l'objet d'un recours au Tribunal fédéral).

⁶⁸ MÜLLER/PÄRLI/CARONI, p. 882 ; WYLER/BRIGUET, p. 80.

⁶⁹ TF 8C_236/2019 du 1^{er} mai 2020, c. 3.2 qui renvoie à RJN 2006, p. 195 (décision de supprimer le poste d'un père de famille plutôt que celui d'un autre collaborateur, divorcé et sans enfants. Absence d'arbitraire eu égard à l'ancienneté plus longue du second et au fait que les enfants à charge du premier étaient majeurs ou proches de l'être). Voir aussi RÖTHLISBERGER, p. 51.

et disposait de bonnes connaissances linguistiques. La résiliation des rapports de service du recourant n'était pas arbitraire⁷⁰.

Notons que l'interdiction de discriminer à raison du sexe dans les rapports de travail (art. 3 LEg) n'empêche pas de fonder une décision sur ce critère lorsque, comme dans le cas susmentionné, certaines tâches (p. ex. conseil ou supervision) semblent ne pouvoir être menées à bien que par une personne du même sexe que celle devant être aidée ou surveillée⁷¹.

c) Impossibilité d'une réaffectation : indemnité spécifique

L'entité qui souhaite résilier un rapport de travail suite à une suppression de poste doit démontrer qu'elle n'est pas en mesure d'affecter la personne concernée à une autre fonction correspondant à ses capacités et aptitudes professionnelles⁷². Ainsi, l'unité qui supprime un poste doit rechercher activement⁷³ un nouvel emploi de nature équivalente pour la personne dont le licenciement est envisagé⁷⁴.

Lorsque les démarches demeurent vaines, l'autorité est fondée à résilier les rapports de service mais devra néanmoins verser une indemnité pour suppression de poste⁷⁵. Si elle licencie sans avoir véritablement cherché au préalable un autre poste équivalent, elle pourra être condamnée, en sus de l'indemnité pour suppression de poste⁷⁶, au versement d'une indemnité pour résiliation non fondée⁷⁷. Ainsi, dans les deux hypothèses, l'indemnité pour suppression de poste doit être versée. Elle est également due lorsque la personne dont le poste est supprimé était en droit de refuser le nouvel emploi qui lui a été

⁷⁰ TF 8C_236/2019 du 1^{er} mai 2020, c. 3.2.

⁷¹ Message LEg, FF 1993 1212 (p. ex. le soutien aux femmes confrontées à des violences conjugales).

⁷² TF 8C_454/2019 du 20 mai 2020, c. 3.1.2. Voir les art. 23 al. 2 LPAC-GE, 44 al. 2 LSt-NE et 10 al. 3 let. e LPers. Voir aussi MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, p. 631.

⁷³ P. ex. en contactant directement des entités employeuses ou en appuyant les offres de service de la personne concernée avec une lettre de recommandation. Voir WYLER/BRIGUET, p. 81 ; RÖTHLISBERGER, p. 52.

⁷⁴ Art. 23 al. 2 LPAC-GE ; 44 al. 2 LSt-NE ; 10 al. 3 let. e et 19 al. 1 LPers.

⁷⁵ Art. 23 al. 4 LPAC-GE ; 44 al. 4 LSt-NE (sur l'indemnité pour perte du statut de fonctionnaire au sens de l'art. 44 al. 3 LSt-NE, à laquelle peut s'ajouter celle pour suppression de poste, voir TF 8C_621/2019 du 21 novembre 2019). Voir aussi l'indemnité prévue par l'art. 19 al. 3 LPers. A ce sujet : NÖTZLI, N 4-10 *ad* art. 19 LPers.

⁷⁶ Voir WYLER/BRIGUET, p. 105, au sujet du cumul entre les indemnités fondées sur l'art. 19 al. 3 et 34b LPers.

⁷⁷ Illustrations : ATA 885/2020 du 20 mai 2020 ; ATA 1021/2020 du 18 octobre 2020, c. 8 (la ville de Genève a failli à son obligation de soutien, notamment en raison d'un suivi insuffisant des postulations ayant donné lieu à un entretien, alors que l'intéressé avait activement participé à la procédure de reclassement, indemnité pour licenciement contraire au droit).

proposé⁷⁸. En revanche, si cette dernière refuse un nouveau travail raisonnablement exigible⁷⁹, elle ne pourra prétendre à cette indemnité.

Sans caractère punitif, l'indemnité pour suppression de poste fait partie du salaire déterminant au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS⁸⁰. Son montant est calculé en fonction du traitement mensuel et des années d'ancienneté⁸¹.

C. Mesures préalables à la résiliation

Le devoir de prendre, préalablement à la résiliation ordinaire, des mesures propres à maintenir les rapports de service résulte du principe de proportionnalité⁸² et figure notamment à l'art. 21 al. 3 LPAC-GE⁸³.

L'art. 4 al. 2 LPers prévoit que la Confédération emploie son personnel de façon « responsable sur le plan social ». Selon l'art. 19 al. 1 LPers, « avant de résilier le contrat de travail sans qu'il y ait faute de l'employé, l'employeur prend toutes les mesures qui peuvent raisonnablement être exigées de lui pour garder l'employé à son service »⁸⁴. La résiliation ordinaire (et pas seulement avec effet immédiat comme en droit privé) ne peut donc être prononcée qu'en dernier recours (*ultima ratio*), à condition qu'il soit impossible de remédier à la situation par des mesures moins incisives, comme l'affectation à un autre travail, la réorientation ou le perfectionnement professionnels⁸⁵.

1. Egards à avoir pour certaines catégories du personnel

Lors de l'examen de la proportionnalité d'une décision de résiliation, il convient d'accorder une attention particulière au devoir de l'entité employeuse de protéger la personnalité et la santé de son personnel⁸⁶.

⁷⁸ Voir l'art. 44 al. 4 LSt-NE.

⁷⁹ Voir l'art. 104a OPers et TAF A-4057/2018 du 16 avril 2019 cité *supra* II.B.1 en lien avec l'art. 10 al. 3 let. d LPers.

⁸⁰ RÖTHLISBERGER, pp. 54-55. Voir aussi WYLER/BRIGUET, p. 104 (à propos de l'indemnité fondée sur l'art. 19 al. 3 LPers).

⁸¹ Voir l'art. 23 al. 4 LPAC-GE et 44 al. 4 LSt-NE. Plus d'explications : RÖTHLISBERGER, p. 54.

⁸² Voir *supra* II.A.

⁸³ En cas de suppression de poste, l'obligation de chercher un autre poste équivalent avant de prononcer une résiliation se fonde sur l'art. 23 al. 2 LPAC-GE. Voir aussi *supra* II.B.3.c.

⁸⁴ En principe, il n'y a pas faute dans les cas prévus à l'art. 10 al. 3 let. e (motifs économiques) et let. f (non-satisfaction d'une condition d'engagement), selon l'art. 31 al. 1 let. a OPers *a contrario*.

⁸⁵ Voir l'art. 31 al. 5 LPers et 104 ss OPers. Parmi d'autres : NÖTZLI, N 1-3 *ad* art. 19 LPers ; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, p. 632 ; PÄRLI/HUG/PETRIK, N 82.

⁸⁶ PÄRLI/HUG/PETRIK, N 83 avec un renvoi à l'ATF 132 III 115.

a) Santé

Pour le personnel de la Confédération, le devoir de protection de la santé est prévu par l'art. 4 al. 2 let. g LPers, à mettre en relation avec les art. 6 al. 2 LPers et 328 CO⁸⁷. L'art. 6 al. 2 LTr⁸⁸ précise que « l'employeur doit notamment aménager ses installations et régler la marche du travail de manière à préserver autant que possible les travailleurs des dangers menaçant leur santé et du surmenage »⁸⁹. En cas d'empêchement de travailler pour cause de maladie ou accident, l'art. 11a al. 1 OPers exige la mise en œuvre de « tous les moyens pertinents et raisonnables » afin de réintégrer la personne concernée dans le monde du travail. En temps de pandémie de Covid-19, le devoir de protection de la santé acquiert une importance particulière. L'administration fédérale emploie vraisemblablement un grand nombre de « personnes vulnérables »⁹⁰ à ce virus et il se peut que certaines d'entre elles refusent de travailler depuis leur poste de travail par crainte d'infection.

Dans un arrêt rendu avant que la pratique du télétravail ne se généralise en Suisse (suite aux recommandations des autorités fédérales pour endiguer la pandémie susmentionnée), le Tribunal administratif fédéral a considéré non fondée une résiliation motivée par une inaptitude⁹¹ médicalement attestée à travailler dans un grand bureau ouvert (*open space*). L'office employeur, qui n'avait pas envisagé d'autoriser la collaboratrice concernée à effectuer une partie du travail depuis son domicile, n'avait en effet pas assez examiné les alternatives au licenciement avant d'y procéder. Par conséquent, la résiliation ne reposait pas sur des motifs objectivement suffisants⁹².

b) Handicap

La Confédération a un devoir de protection accru à l'égard des membres de son personnel en situation de handicap. La loi fédérale sur l'égalité pour les handicapés⁹³ prévoit que les

⁸⁷ PÄRLI/HUG/PETRIK, N 644.

⁸⁸ Applicable à l'administration fédérale (art. 3a let. a LTr).

⁸⁹ Voir aussi l'art. 2 de l'Ordonnance 3 relative à la Loi sur le travail du 18 août 1993 (OLT 3 ; RS 822.113).

⁹⁰ Sur cette notion et les mesures préconisées, voir le site de l'Office fédéral de la santé publique OFSP : www.bag.admin.ch/bag/fr/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/krankheit-symptome-behandlung-ursprung/besonders-gefaehrdetemenschen.html (consulté le 16 décembre 2020).

⁹¹ Art. 10 al. 3 let. c LPers.

⁹² TAF A-5819/2016 du 22 novembre 2017, c. 3. Arrêt commenté par CANDRIAN, Analyse, p. 4.

⁹³ Loi fédérale sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées du 13 décembre 2002 (LHand ; RS 151.3).

entités employeuses au sens de l'art. 3 LPers⁹⁴ doivent utiliser tous les moyens dont elles disposent « pour assurer des chances égales aux personnes handicapées » (art. 13 LHand)⁹⁵. Afin de répondre à leurs besoins spécifiques, l'ordonnance⁹⁶ consacre l'obligation de mettre en place divers aménagements⁹⁷ au niveau p. ex. des locaux ou horaires de travail (art. 12 OHand). Dans le contexte de la pandémie de Covid-19, le personnel qui, en raison d'un handicap (p. ex. troubles moteurs ou difficultés respiratoires), n'est pas en mesure de se conformer à l'obligation de porter un masque sur le lieu de travail doit en être dispensé⁹⁸.

Une adaptation des exigences relatives aux prestations et au comportement peut aussi s'avérer nécessaire, comme précisé par le Tribunal administratif fédéral dans un arrêt du 29 avril 2008. En l'espèce, une nettoyeuse atteinte d'un handicap mental avait été congédiée suite à l'introduction d'un nouveau schéma de nettoyage. Selon le Tribunal, avant d'engager une procédure de licenciement, l'Office employeur aurait dû mettre en place d'autres mesures, telles qu'un abaissement des attentes à l'égard de la collaboratrice ou un accompagnement par une personne susceptible de l'aider à accomplir ses nouvelles tâches. Le Tribunal administratif fédéral a jugé disproportionnée la décision de résilier les rapports de travail et ordonné à l'Office d'occuper à nouveau l'employée en prenant les mesures de soutien nécessaires⁹⁹. Notons que la nettoyeuse travaillait depuis vingt ans au service de la Confédération au moment de son licenciement.

c) Age et ancienneté

Le principe de proportionnalité au sens étroit implique de mettre en balance l'intérêt public au bon fonctionnement de l'administration et l'intérêt privé à conserver un emploi. Plus la

⁹⁴ Y compris lorsqu'elles engagent selon le droit privé (art. 6 al. 5-6 LPers). Voir SCHEFER/HESS KLEIN, pp. 92-93.

⁹⁵ Voir aussi les art. 4 al. 2 let. f LPers et 8 OPers.

⁹⁶ Ordonnance sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées du 13 novembre 2003 (OHand ; RS 151.31).

⁹⁷ Voir aussi la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées du 13 décembre 2006 (CDPH ; RS 0.109), en particulier l'art. 27 par. 1 obligeant les Etats à prendre des « mesures appropriées » pour « employer des personnes handicapées dans le secteur public » (let. g) et « faire en sorte que des aménagements raisonnables soient apportés aux lieux de travail en faveur des personnes handicapées » (let. i). Le refus de mettre en place des « aménagements raisonnables » tels que définis à l'art. 2 CDPH est constitutif de discrimination au sens de cette disposition.

⁹⁸ Voir les explications de l'association faitière « Inclusion Handicap » sur : www.inclusion-handicap.ch/fr/actualite/port-du-masque-obligatoire-551.html (consulté le 16 décembre 2020).

⁹⁹ ATAF 2008/25 du 29 avril 2008, c. 6 et 8. Voir aussi SCHEFER/HESS KLEIN, p. 97 ; LEMPEN, pp. 81-82.

durée des rapports de travail est longue et l'âge de l'individu avancé, plus le licenciement risque d'avoir des conséquences graves pour la personne congédiée¹⁰⁰.

Inspirée par ce principe général de droit public, la jurisprudence civile – à laquelle se réfère à son tour la jurisprudence administrative¹⁰¹ – consacre un devoir de diligence accru à l'égard du personnel âgé au bénéfice d'une grande ancienneté¹⁰². Lorsqu'il est impossible de remédier aux manquements constatés par des mesures telles qu'une aide à la réorientation ou au perfectionnement professionnels¹⁰³, la résiliation doit s'effectuer en ménageant autant que possible la personne concernée¹⁰⁴. Le caractère brutal de l'annonce d'une suppression de poste à un membre du personnel âgé au bénéfice d'une longue ancienneté constitue un élément aggravant à prendre en considération au niveau de l'indemnisation¹⁰⁵.

2. Nécessité d'un avertissement et droit d'être entendu

Dans la fonction publique, en vertu du principe de proportionnalité, la résiliation ordinaire des rapports de travail doit être précédée d'un avertissement¹⁰⁶, sous réserve des cas où la relation de confiance nécessaire à la poursuite des rapports de service est définitivement rompue et où un licenciement avec effet immédiat aurait dès lors été justifié¹⁰⁷. A titre exceptionnel, il est aussi possible de renoncer à l'avertissement lorsque cette mesure s'avère d'emblée inutile, notamment parce que la décision de licencier est indépendante du comportement de la personne employée¹⁰⁸.

¹⁰⁰ MÜLLER/PARLI/CARONI, p. 883.

¹⁰¹ Voir TAF A-5255/2018 du 9 juillet 2019, c. 5.3 avec les références à la doctrine et à la jurisprudence civile. En l'espèce, il ne s'agissait pas d'une résiliation discriminatoire en raison de l'âge au sens de l'art. 336 al. 1 let. a CO.

¹⁰² En particulier : ATF 132 III 115 ; TF 4A_384/2014 du 12 novembre 2014. Pour un résumé de ces arrêts et une analyse du devoir de diligence accru envers le personnel âgé sous l'angle du droit privé, voir LEMPEN, pp. 83-85 avec les réf.

¹⁰³ Voir l'art. 31 al. 5 LPers.

¹⁰⁴ TF 4A_384/2014 du 12 novembre 2014, c. 5.2.

¹⁰⁵ Illustrations (ville de Genève) : ATA 885/2020 du 20 mai 2020 (55 ans, 36 ans d'ancienneté) ; ATA 1021/2020 du 18 octobre 2020 (57 ans, 15 ans d'ancienneté). Voir aussi *supra* II.B.3.

¹⁰⁶ Voir TF 8C_189/2020 du 14 avril 2020, c. 5.3 (irrégularités dans l'enregistrement du temps de travail, avertissements, proportionnalité au sens de l'art. 5 al. 2 Cst., licenciement objectivement fondé au sens de l'art. 10 al. 3 let. a et b. LPers). Voir en revanche TAF A-5641/2019 du 9 mars 2020, c. 3.4 (faute d'avertissement clairement formulé, résiliation disproportionnée).

¹⁰⁷ WYLER/BRIGUET, p. 66 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMAN, N 2018 ; CANDRIAN, pp. 110-111 (à propos de la LPers). Au sujet du licenciement avec effet immédiat, voir *infra* II.D.

¹⁰⁸ Voir WYLER/BRIGUET, pp. 66-69 ; CANDRIAN, p. 111. En cas de suppression de poste, la mention « moyennant un avertissement écrit donné six mois à l'avance » (art. 44 al. 1^{bis} LSt-NE) prête à

Ainsi, le statut du canton de Neuchâtel prévoit que « lorsque les faits reprochés au titulaire de la fonction publique dépendent de sa volonté ou lorsque les exigences de la fonction ne sont pas remplies à satisfaction, le chef de service doit en avvertir par écrit l'intéressé après l'avoir entendu et lui fixer un délai raisonnable pour s'améliorer. Il lui en suggère autant que possible certains moyens. Faute d'amélioration constatée dans le délai imparti, le chef de service transmet le dossier à l'autorité de nomination avec ses observations » (art. 46 al. 1 et 2 LSt-NE).

Le droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) est garanti tout au long de la procédure susceptible de mener à une décision de résiliation¹⁰⁹. En particulier, la personne employée doit être informée¹¹⁰ des reproches qui lui sont adressés et disposer d'un délai suffisant pour présenter ses objections. Une période de huit à dix jours ouvrables, susceptible d'être prolongée en cas de besoin (notamment s'il faut chercher un ou une mandataire et/ou obtenir l'accès au dossier), est considérée comme appropriée¹¹¹. Le Tribunal fédéral a récemment rappelé que le droit d'être entendu est susceptible d'être exercé durant une période d'incapacité de travailler¹¹².

Les rapports de service prennent fin, en principe, à l'échéance des délais de résiliation ordinaires¹¹³. Dans la fonction publique, ces délais sont souvent plus longs que ceux prévus par le droit privé¹¹⁴, même si la tendance est au rapprochement¹¹⁵.

Lorsque l'entité employeuse constate une grave violation des devoirs de service, elle peut procéder à un renvoi avec effet immédiat, le cas échéant sans avertissement préalable¹¹⁶. En toutes hypothèses, le droit d'être entendu doit être respecté. Le délai accordé à la personne employée pour prendre position peut toutefois être plus court que les huit à dix jours susmentionnés¹¹⁷.

confusion. Cette formule vise uniquement à imposer un préavis de résiliation plus long que le délai ordinaire prévu à l'art. 48 al. 2 LSt-NE.

¹⁰⁹ Voir ATF 144 I 11, c. 5.3 cité *supra* II.A.

¹¹⁰ Voir l'art. 46 al. 3 LSt-NE.

¹¹¹ WYLER/BRIGUET, pp. 24-25 ; GRODECKI, pp. 138-139 avec les réf.

¹¹² TF 8C_109/2020 du 27 avril 2020, c. 5 (travailleuse en congé maternité invitée à s'exprimer juste après les huit semaines d'interdiction de travailler prévues par l'art. 35a al. 3 LTr, possibilité de se déterminer par écrit via les mandataires, l'instance cantonale n'a pas fait preuve d'arbitraire en niant une violation du droit d'être entendu). Voir WYLER/BRIGUET, pp. 35-36 ; GRODECKI, p. 139.

¹¹³ Pour la période qui suit le temps d'essai, voir les art. 20 al. 2-3 LPAC-GE, 48 al. 3 LSt-NE. Des délais plus longs sont prévus en cas de suppression de poste : art. 20 al. 4 LPAC-GE et 44 al. 1^{bis} LSt-NE.

¹¹⁴ Art. 335b-335c CO.

¹¹⁵ Comme le déplore CANDRIAN, pp. 107-108 (à propos du droit du personnel de la Confédération).

¹¹⁶ Art. 48 al. 3 LSt-NE. Au sujet de l'immédiateté de la réaction, voir *infra* II.D.2.

¹¹⁷ GRODECKI, pp. 138-139 (en cas d'urgence, le droit d'être entendu peut s'exercer par courriels).

D. Résiliation avec effet immédiat

1. Justes motifs : cas particulier de motif fondé

La résiliation pour justes motifs constitue un cas particulier de résiliation fondée, le « juste motif » se distinguant du simple « motif fondé » par sa gravité, propre à entraîner une résiliation avec effet immédiat¹¹⁸.

La possibilité de résilier les rapports de service avec effet immédiat est prévue aux art. 20 al. 5 LPAC-GE, 48 al. 3 LSt-NE et 10 al. 4 LPers. Seule cette dernière disposition se réfère à la notion de « justes motifs »¹¹⁹. Même sans renvoi explicite aux art. 337ss CO, le Tribunal fédéral considère que la jurisprudence civile développée en application de ces dispositions s'applique aux résiliations fondées sur l'art. 10 al. 4 LPers¹²⁰.

De façon générale, la première Cour de droit social du Tribunal fédéral (compétente pour la fonction publique) interprète la notion de justes motifs à l'aune des principes dégagés par la première Cour de droit civil. Ainsi, une grave atteinte aux droits de la personnalité des collègues, notamment un harcèlement sexuel¹²¹ ou psychologique¹²², peut justifier un licenciement avec effet immédiat. Le fait que le comportement répréhensible soit dû en partie à l'inaction de l'entité employeuse ayant laissé une situation s'envenimer, en violation de son devoir de protection, doit être pris en considération lors de l'examen de la justification d'un renvoi avec effet immédiat, comme requis par la jurisprudence rendue sur la base de l'art. 328 CO¹²³.

Un manquement de gravité moyenne ou légère, p. ex. un coup de poing décoché suite à une provocation¹²⁴ ou la désobéissance aux instructions relatives à l'hygiène au travail, ne permet de justifier un licenciement avec effet immédiat que lorsqu'il est répété malgré un ou plusieurs avertissements¹²⁵. Ainsi, le refus persistant d'une ou un membre du personnel enseignant de porter un masque hygiénique en classe, conformément au plan de protection

¹¹⁸ Dans ce sens : ROSELLO, N 652.

¹¹⁹ Le terme « justes motifs » figure aussi à l'art. 45 LSt-NE mais revêt une autre signification qu'en droit privé puisque de tels motifs peuvent donner lieu à une résiliation ordinaire, comme l'illustre l'arrêt du TF 8C_640/2018 du 19 mars 2019. Voir aussi WYLER/BRIGUET, p. 45.

¹²⁰ TF 8C_468/2019 du 28 février 2020, c. 4.1 (qui se réfère au renvoi général prévu à l'art. 6 al. 2 LPers).

¹²¹ TF 8C_371/2019 du 14 août 2019 (constitue un juste motif de renvoi le fait, pour un enseignement, de placer son téléphone sur un mur de séparation dans les toilettes pour femmes alors que des élèves s'y trouvent).

¹²² TF 8C_465/2018 du 6 mai 2019.

¹²³ TF 8C_879/2018 du 6 mars 2020, c. 3.2 (qui se réfère notamment à l'ATF 125 III 70).

¹²⁴ TAF A-656/2016 du 14 septembre 2016, c. 6.5 (coup de poing isolé suivi d'excuses, aucun risque de récurrence, avertissement préalable nécessaire).

¹²⁵ TF 8C_879/2018 du 6 mars 2020, c. 3.2 (qui se réfère notamment à l'ATF 130 III 213).

contre les épidémies en vigueur dans l'établissement scolaire, est propre à justifier un renvoi immédiat eu égard au risque que cette attitude entraîne pour la santé de tiers¹²⁶. Il faut réserver le cas où l'insoumission serait due à une incapacité médicalement attestée de porter le masque¹²⁷.

2. Immédiateté de la réaction

Alors que la notion de « justes motifs » est interprétée de façon similaire en droit privé du travail et dans la fonction publique¹²⁸, la jurisprudence civile relative au délai dans lequel le licenciement pour justes motifs doit être signifié (à savoir en principe deux à cinq jours ouvrables dès la connaissance certaine des faits) n'est pas transposable en droit public eu égard aux spécificités de la procédure administrative, qui requiert notamment le prononcé d'une décision écrite et motivée¹²⁹. Comme relevé plus haut, le droit d'être entendu doit être respecté même en cas de licenciement avec effet immédiat¹³⁰.

Toutefois, s'il se justifie d'accorder un délai de réflexion plus long que dans le secteur privé à l'Etat employeur, celui-ci doit mener la procédure avec diligence et ne saurait « laisser la procédure durablement en suspens »¹³¹, sous peine de déchéance du droit de licencier avec effet immédiat¹³². Bien que le temps de réaction admissible doive être jugé au cas par cas, la jurisprudence tend à considérer, dans les situations n'entraînant pas d'enquête administrative, qu'un « délai de deux mois entre la découverte des faits et la signification de la résiliation immédiate est admissible, pour autant que l'employeur ne reste pas inactif sans motif »¹³³.

Dans un arrêt concernant un employé qui avait utilisé le matériel informatique de la Confédération pour consulter huit mille images pornographiques sur une période de six mois au cours de laquelle il aurait été en proie à un profond ennui, le Tribunal administratif fédéral a jugé que l'entité employeuse avait tardé à résilier avec effet immédiat. En l'espèce, quatre mois s'étaient écoulés entre la découverte des faits et la notification de la décision. Selon le Tribunal, s'il n'est pas exclu qu'un tel délai puisse se justifier dans une situation concrète, tel n'était pas le cas en l'espèce. En effet, aucune enquête administrative

¹²⁶ A titre d'illustration, deux articles de presse : « Thurgauer Lehrern ohne Maske droht die fristlose Kündigung », *Die Ostschweiz*, 30.10.2020 ; « Lehrerin ohne Maske fristlos entlassen », *Neue Zürcher Zeitung*, 12.11.2020 (refus de porter le masque dans une école à Zurich pour des motifs pédagogiques).

¹²⁷ Voir *supra* C.I.1.b en lien avec le handicap.

¹²⁸ Voir chiffre précédent.

¹²⁹ ATF 138 I 113, JdT 2012 I 321, c. 6.3.4 et 6.4. Parmi d'autres : ROSELLO, N 653.

¹³⁰ Voir *supra* II.C.2.

¹³¹ ATF 138 I 113, JdT 2012 I 321, c. 6.5.

¹³² Voir aussi CANDRIAN, pp. 111-112 ; WYLER/BRIGUET, pp. 46, 92-93.

¹³³ Voir TAF A_3861/2016 du 17 juillet 2017, c. 4.2.2 avec les références.

n'avait été nécessaire et l'entité employeuse avait procédé d'une façon qui laissait penser qu'elle « n'était pas consciente de l'urgence de la situation ou, à tout le moins, que la continuation des rapports de travail lui était encore supportable ». En particulier, elle n'aurait pas dû laisser passer cinq semaines entre le moment où elle avait reçu les dernières déterminations de l'employé puis préparé la décision et transmis le texte au service de traduction, et le moment de la notification de la décision, étant précisé que le texte à traduire ne comportait que six pages¹³⁴.

La résiliation avec effet immédiat signifiée à un sergent major, référent dans le cadre de la formation des agents de la police municipale genevoise, a également été considérée tardive et donc injustifiée, puisque survenue seize mois après les faits¹³⁵. En l'occurrence, le policier avait gravement violé son devoir de loyauté en participant à un groupe *WhatsApp* sur lequel étaient échangés des propos vulgaires, racistes et sexistes. Toutefois, il n'avait envoyé que deux messages inadmissibles, à la suite desquels il s'était comporté de façon irréprochable. Selon le Tribunal fédéral, la Cour cantonale n'a pas fait preuve d'arbitraire en annulant la résiliation avec effet immédiat et en évoquant d'autres mesures, moins incisives. A ce propos, le Tribunal rappelle que l'annulation judiciaire d'une décision de licenciement immédiat ne s'oppose pas à ce que l'entité employeuse procède ensuite à une résiliation ordinaire sur la base des mêmes faits¹³⁶.

Alors que la notification d'une résiliation avec effet immédiat a pour effet, en droit privé, de mettre tout de suite fin au contrat, qu'elle repose ou non sur de justes motifs, l'affaire susmentionnée montre que la décision de résilier avec effet immédiat les rapports de travail soumis au droit public peut, en l'absence de justes motifs, être annulée et donner lieu à la réintégration lorsque cette conséquence est prévue par le droit applicable¹³⁷.

¹³⁴ TAF A_3861/2016 du 17 juillet 2017, c. 4.5 (du fait de sa tardiveté, la résiliation s'avère injustifiée).

¹³⁵ TF 8C_336/2019 du 9 juillet 2020, c. 5.3.

¹³⁶ TF 8C_336/2019 du 9 juillet 2020, c. 5.4 (se référant à l'ATF 144 I 11, résumé au JdT 2018 I 187). Voir HÄFELIN/MÜLLER/UHLMAN, N 2021, qui évoquent en outre la possibilité – inexistante en droit privé – qu'une instance de recours transforme une résiliation immédiate en congé ordinaire (ATF 137 I 58, c. 4.3). Voir aussi : ROSELLO, N 654.

¹³⁷ ATF 138 I 113, JdT 2012 I 231, c. 6.4.3. Voir l'art. 106 du Statut du personnel de la ville de Genève du 29 juin 2010 (objet de l'arrêt susmentionné TF 8C_336/2019 du 9 juillet 2020).

III. Réintégration suite à une résiliation sans motif fondé

A. Généralités

Une décision de résiliation non fondée peut en principe être attaquée par la voie d'un recours de droit administratif¹³⁸. Sauf exception, le recours n'a pas d'effet suspensif¹³⁹. Son admission est susceptible d'entraîner l'annulation de la décision et la réintégration sur le lieu de travail ou uniquement le versement d'une indemnité¹⁴⁰.

En droit de la fonction publique, sauf mécanisme « divergent prévu par la loi, l'annulation judiciaire d'un licenciement a pour conséquence le maintien du rapport de travail ou, en pratique, la réintégration si l'intéressé a été suspendu, libéré de son obligation de travailler durant la procédure ou encore si le recours contre la décision de licenciement n'avait pas d'effet suspensif »¹⁴¹. Toutefois, « pour qu'une réintégration puisse être prononcée, il convient par sécurité qu'une conclusion expresse soit prise en ce sens dans le recours »¹⁴².

Les lignes qui suivent exposent le droit du personnel de la Confédération et celui du canton de Genève. Alors que la première a abandonné le principe selon lequel le maintien des rapports de travail est préférable à une indemnisation¹⁴³, le second y reste attaché¹⁴⁴, comme exposé en introduction.

B. Personnel de la Confédération

Depuis 2013, la LPers prévoit que la résiliation non fondée sur un motif objectivement suffisant (art. 10 al. 3 LPers)¹⁴⁵ ou de justes motifs (art. 10 al. 4 LPers)¹⁴⁶, ou qui a été

¹³⁸ Sur les voies de recours, voir l'art. 36 LPers, 82 LSt-NE et 31 LPAC-GE. Explications détaillées : HÄFELIN/MÜLLER/UHLMAN, N 2020, 2076-2078.

¹³⁹ Voir l'art. 34a LPers et WYLER/BRIGUET, pp. 13-17.

¹⁴⁰ Voir MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, pp. 633, 635. « Certains cantons ont opté pour le principe de la réintégration, l'indemnisation constituant une exception. D'autres ont choisi de laisser à l'employeur public le choix de la réintégration ou de l'indemnisation. D'autres encore ont opté pour l'indemnisation du collaborateur concerné », ATA/287/2018 du 27 mars 2018, c. 7c. Le statut du canton de Neuchâtel ne spécifie pas les conséquences d'un congé infondé. Pour un aperçu : ROSELLO, N 630.

¹⁴¹ TANQUEREL, Idées reçues, pp. 313-314.

¹⁴² WYLER/BRIGUET, p. 99, auxquels se réfère l'arrêt ATA/287/2018 du 27 mars 2018, c. 7a.

¹⁴³ Sous réserve des cas énumérés à l'art. 34c al. 1 LPers. Voir *infra* III.B.

¹⁴⁴ Voir l'art. 31 al. 2 LPAC-GE et *infra* III.C.

¹⁴⁵ Voir *supra* II.B.1.

¹⁴⁶ Voir à ce sujet, *supra* II.D.

prononcée en violation des règles de procédure, p. ex. du droit d'être entendu¹⁴⁷, donne lieu en principe à une indemnité située entre six et douze mois de salaire (art. 34b LPers)¹⁴⁸. Le droit à la réintégration dans l'emploi précédemment occupé ou – si cela s'avère impossible – l'affectation à un autre travail raisonnablement exigible est toutefois prévue dans quatre cas particulièrement graves (art. 34c al. 1 let. a-d LPers).

Tout d'abord, il s'agit de l'hypothèse où une personne est licenciée en raison du fait qu'elle a, de bonne foi, dénoncé une infraction, signalé une irrégularité ou déposé comme témoin conformément à l'art. 22a LPers. En effet, contrairement au Code des obligations¹⁴⁹, la LPers consacre une protection spécifique des *whistleblowers*. Nous n'avons toutefois trouvé aucun arrêt ordonnant la réintégration d'une personne lanceuse d'alerte sur la base de l'art. 34c al. 1 let. a LPers. Dans un arrêt récent, le Tribunal administratif fédéral a refusé une telle réintégration au motif, notamment, que l'existence d'un lien de causalité entre le signalement et la résiliation des rapports de travail n'avait pas pu être établie¹⁵⁰.

Le deuxième cas de figure est celui du licenciement abusif au sens de l'art. 336 CO¹⁵¹. Ainsi, le personnel de la Confédération qui reçoit son congé en raison d'une activité syndicale exercée conformément au droit (art. 336 al. 2 let. a CO) peut se prévaloir de l'art. 34c al. 1 let. b LPers afin d'obtenir sa réintégration. Là encore, la LPers demeure plus protectrice que le droit privé qui ne sanctionne les licenciements antisyndicaux que par une indemnité (art. 336a CO)¹⁵². Un licenciement discriminatoire (art. 336 al. 1 let. a CO) basé sur un handicap ou l'âge peut également donner lieu à une réintégration en vertu de l'art. 34c al. 1 let. b LPers¹⁵³.

Troisièmement, une réintégration peut être ordonnée sur la base de l'art. 34c al. 1 let. c LPers lorsque le licenciement a été prononcé en temps inopportun au sens de l'art. 336c

¹⁴⁷ Voir *supra* II.C.2.

¹⁴⁸ Au sujet de cette indemnité et des circonstances à prendre en compte lors de sa fixation, voir WYLER/BRIGUET, pp. 94-96. En cas de résiliation immédiate injustifiée, l'art. 34b al. 2 LPers prévoit en outre une créance en dommages-intérêts similaire à celle prévue par l'art. 337c al. 1 CO. Voir WYLER/BRIGUET, pp. 100-101.

¹⁴⁹ Le projet de modification du CO visant à renforcer la protection en cas de signalement d'irrégularités a été définitivement refusé par le Conseil national le 5 mars 2020 (Objet du Conseil fédéral n°13.094).

¹⁵⁰ TAF A-5159/2019 du 18 février 2019, c. 3.1.4.

¹⁵¹ Voir *supra* II.B.2. Voir aussi WYLER/BRIGUET, pp. 97-98, notant que le caractère abusif de la résiliation est rarement admis par le Tribunal administratif fédéral.

¹⁵² Sur l'amélioration de la protection contre les licenciements antisyndicaux en droit privé suisse du travail à la lumière du droit de l'Organisation internationale du travail (OIT), voir notamment DUNAND, pp. 125 ss et MAHON, pp. 371 ss.

¹⁵³ Illustrations : ATAF 2008/25 du 29 avril 2008, c. 8 cité *supra* II.C.1.b (handicap) ; TAF A-5665/2014 du 29 septembre 2015, c. 5.6 (âge et ancienneté). L'existence d'une discrimination en raison de l'âge a en revanche été niée dans l'arrêt TAF A-5255 du 9 juillet 2019, c. 5.

CO¹⁵⁴. La décision de résilier notifiée *pendant* l'une des éventualités énoncées à l'art. 336c al. 1 CO n'est pas nulle, comme le prévoit l'art. 336c al. 2 CO, mais annulable¹⁵⁵. En revanche, lorsque le congé est signifié *après* l'expiration d'une des périodes visées à l'art. 336c al. 1 CO, il n'est plus susceptible d'être annulé pour avoir été donné en temps inopportun (art. 34c al. 1 let. c LPers). Un tel congé peut néanmoins donner lieu au versement d'une indemnité s'il s'avère dénué de fondement objectivement suffisant (art. 10 al. 3 et 34b al. 1 let. a LPers), notamment parce qu'il a été signifié à une personne incapable de travailler pour cause de maladie, après le temps d'essai, alors que le délai de protection de deux ans prévu par l'art. 31a al. 1 OPers n'était pas encore échu¹⁵⁶.

Enfin, l'art. 34c al. 1 let. d LPers consacre un droit à la réintégration en cas de licenciement discriminatoire au sens de la Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (LEg)¹⁵⁷. Un tel droit résulte aussi de l'art. 5 al. 1 let. b LEg sur la base duquel la résiliation de rapports de travail soumis au droit public peut être annulée dans le cadre d'une action en cessation de l'atteinte¹⁵⁸. Ces normes fondent un droit à la réintégration dans tous les cas de résiliation discriminatoire liée au sexe et non pas seulement en présence d'un congé de rétorsion au sens des art. 336 al 1 let. d CO et 10 LEg¹⁵⁹.

Lorsqu'une résiliation infondée est signifiée *avec effet immédiat* dans une des quatre hypothèses prévues à l'art. 34c al. 1 let. a-d LPers (p. ex. résiliation immédiate injustifiée et abusive), il convient d'admettre que la personne licenciée peut choisir entre le maintien des rapports de travail ou une indemnisation au sens de l'art. 34b LPers¹⁶⁰.

¹⁵⁴ Introduit suite à un ATF 139 I 57, l'art. 12a LSt-NE (temps d'essai) renvoie aussi à l'art. 336c CO.

¹⁵⁵ Illustration : TAF A-3317/2018 du 29 mai 2019, c. 6.4. Voir WYLER/BRIGUET, p. 99.

¹⁵⁶ Voir PARLI/HUG/PETRIK, N 517-526 ; ROSELLO, N 603-605, 660. Voir aussi l'art. 56 OPers (salaire).

¹⁵⁷ RS 151.1.

¹⁵⁸ Ainsi, un licenciement discriminatoire au sens de l'art. 3 LEg peut être annulé et donner lieu à une réintégration même lorsque le droit du personnel ne le prévoit pas explicitement. Du même avis : ARIOLI/FURRER ISELI, N 179 ; LEMPEN/SALEM, p. 109 (avec les références aux avis contraires).

¹⁵⁹ Régissant en principe uniquement les rapports de travail régis par le CO, ces dispositions s'appliquent aussi au personnel de la Confédération en raison du renvoi prévu par l'art. 34c al. 1 let. b LPers : TF 8C_134/2018 du 17 septembre 2018, c. 3.2 et 4 non publiés *in* : ATF 144 II 345. Sur le droit à une occupation effective fondé sur l'art. 10 LEg : LEMPEN/SALEM, pp. 105-106.

¹⁶⁰ Selon un ATAF 2015/21 du 25 mars 2015, c. 5, le droit à la réintégration existe en cas de résiliation *infondée* avec effet immédiat durant les périodes visées à l'art. 336c CO. En revanche, une résiliation immédiate *fondée* sur de justes motifs peut être valablement prononcée en tout temps. WYLER/BRIGUET, pp. 103-104, relèvent à juste titre qu'il convient d'effectuer un raisonnement analogue pour toutes les hypothèses mentionnées à l'art. 34c al. 1 LPers.

De façon générale, lorsque le droit à la réintégration est reconnu, la personne licenciée à tort peut demander le versement d'une indemnité en lieu et place de la réintégration (art. 34c al. 2 LPers).

C. Personnel du canton de Genève

1. Système consacré par la LPAC-GE depuis 2015

Depuis 2015¹⁶¹, l'art. 31 LPAC-GE prévoit que lorsque la résiliation des rapports de travail « ne repose pas sur un motif fondé » (au sens de l'art. 22 LPAC-GE)¹⁶², la Chambre administrative de la Cour de justice *ordonne* à l'autorité compétente la réintégration (al. 2). Lorsque la résiliation est « contraire au droit », la Chambre peut uniquement *proposer* la réintégration (al. 3). L'expression « contraire au droit » vise notamment une violation du principe de proportionnalité ou du droit d'être entendu¹⁶³.

L'élaboration de cette disposition a donné lieu à de vifs débats. Comme le rappelle la Chambre administrative dans son premier arrêt en application du nouveau droit, le Conseil d'Etat du canton de Genève et l'Office du personnel de l'Etat jugèrent problématique, sous l'angle de la séparation des pouvoirs, qu'un tribunal puisse contraindre l'administration à reprendre à son service une ou un fonctionnaire licencié. Le spectre d'une « république des juges » fût brandi¹⁶⁴. Une majorité au Grand Conseil considéra cependant qu'il revient « à l'Etat de respecter la loi et à l'administration de l'appliquer correctement. Le fonctionnaire injustement licencié doit pouvoir continuer à œuvrer pour l'Etat. La réintégration est le seul moyen de garantir le sentiment de justice », même si elle peut être à l'origine de tensions avec les collègues¹⁶⁵.

La question se pose de savoir si un licenciement qui est à la fois « non fondé » et « contraire au droit » (car prononcé en violation des règles de procédure) tombe sous le coup de l'alinéa 2 (ordre de réintégration) ou de l'alinéa 3 (proposition de réintégration). Il ressort des débats parlementaires que la réintégration doit être ordonnée sur la base de l'alinéa 2 dans toutes les situations où le licenciement ne repose pas sur un motif fondé, indépendamment d'un éventuel vice de procédure¹⁶⁶. Si tel n'était pas le cas, en effet, il

¹⁶¹ Loi modifiant la Loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux (LPAC) (L 7526) du 15 octobre 2015 (B 5 05), entrée en vigueur le 19 décembre 2015.

¹⁶² Voir *supra* II.B.1.

¹⁶³ Rapport PL 7526-F, p. 7.

¹⁶⁴ ATA 287/2018 du 17 mars 2018, c. 7b avec les références aux débats relatifs au projet de loi.

¹⁶⁵ ATA 287/2018 du 17 mars 2018, c. 7b avec les références.

¹⁶⁶ Rapport PL 7526-F, p. 11.

suffirait à l'Etat de violer le droit d'être entendu au cours de la procédure de résiliation pour entraîner l'application de l'art. 31 al. 3 LPAC-GE et éviter ainsi le risque d'être contraint à la réintégration¹⁶⁷. En outre, il serait absurde qu'un licenciement non fondé mais prononcé dans le respect des garanties procédurales soit sanctionné plus sévèrement qu'un licenciement à la fois non fondé et contraire au droit¹⁶⁸.

Il sied de distinguer l'hypothèse du licenciement non fondé ou contraire au droit, susceptible d'être attaqué dans le cadre d'un recours basé sur l'art. 31 LPAC-GE, de celle de la révocation disciplinaire, pouvant faire l'objet d'un recours fondé sur l'art. 30 LPAC-GE. En effet, cette loi prévoit deux modes de résiliation des rapports de travail, dont le fondement diffère. Alors que la révocation (art. 16 al. 1 let. c LPAC-GE) présuppose un comportement gravement fautif et présente un caractère infamant, le licenciement (au sens de l'art. 21 LPAC-GE) doit uniquement reposer sur un motif fondé, à savoir un élément rendant la continuation des rapports de service incompatible avec le bon fonctionnement de l'administration (art. 22 LPAC-GE), sans être nécessairement lié à un comportement fautif¹⁶⁹.

En définitive, la LPAC-GE distingue « trois situations : le licenciement prononcé en l'absence de motif fondé ; le licenciement prononcé en violation des règles de procédure¹⁷⁰ ; la révocation disproportionnée. Les conséquences attachées à chacun de ces manquements varient. Seuls le licenciement infondé et la révocation disproportionnée [donnent] lieu à une réintégration obligatoire »¹⁷¹. Les lignes qui suivent examinent ces deux cas de figure.

2. Licenciement infondé

Au cours des deux dernières années, la Chambre administrative de la Cour de justice a annulé plusieurs licenciements non fondés. Sur la base de l'art. 31 al. 2 LPAC-GE, la

¹⁶⁷ Comme relevé par GRODECKI, p. 143, qui doute cependant qu'un tribunal puisse se prononcer sur le fond lorsque la violation des règles procédurales consiste p. ex. en la fourniture d'un dossier incomplet. L'auteur conclut (p. 144) à l'impossibilité de construire une interprétation conforme au droit supérieur de l'art. 31 al. 2-4 LPAC-GE, inapplicable. En vertu de l'art. 69 LPA, un licenciement mal fondé ou violant les règles de procédure doit être annulé, la personne concernée demeurant en poste.

¹⁶⁸ GRODECKI, p. 143, souligne l'inégalité de traitement entre la personne licenciée sans motif fondé, mais dont le droit d'être entendu a été violé, et celle licenciée pour le même motif, mais dont les droits procéduraux ont été respectés. La seconde se trouve paradoxalement mieux placée que la première eu égard au maintien des rapports de travail.

¹⁶⁹ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, p. 636. TF 8C_203/2020 du 15 août 2020, c. 3.3.1.

¹⁷⁰ Voir ATA/1069/2020 du 27 octobre 2020 (résiliation pour motif fondé, non-respect de la procédure de reclassement au sens de l'art. 23 al. 3 LPAC-GE, réintégration proposée en vertu de l'art. 31 al. 3 LPAC-GE, suite au refus, fixation d'une indemnité selon l'art. 31 al. 4 LPAC-GE).

¹⁷¹ Rapport PL 7526-F, p. 20, auquel se réfère TF 8C_203/2020 du 15 août 2020, c. 3.3.2.

Chambre a ordonné la réintégration dans la fonction précédente ou à un poste équivalent au sein de l'administration cantonale¹⁷².

Par exemple, un arrêt du 16 juin 2020 juge infondé le licenciement signifié à une fonctionnaire chargée du contrôle interne au Département des finances. En l'espèce, il n'était pas nécessaire de déterminer si la collaboratrice – qui avait signalé lors d'un audit des dysfonctionnements au sein de l'Office employeur – avait joué le rôle d'une « lanceuse d'alerte »¹⁷³. En effet, contrairement à l'art. 34c al. 1 LPers selon lequel le droit à la réintégration n'existe que dans les cas les plus graves (notamment lorsqu'une personne est licenciée pour avoir, de bonne foi, dénoncé une irrégularité¹⁷⁴), l'art. 31 al. 2 LPAC-GE n'opère aucune distinction selon les types de résiliations infondées. La réintégration revêt un caractère obligatoire et « ne dépend pas de la bonne disposition de l'employeur ». La Chambre administrative réserve toutefois le cas « d'une impossibilité, objective ou subjective, de réintégration, dont la preuve incombe à l'employeur et qui ne peut pas être admise à la légère »¹⁷⁵. En l'occurrence, une impossibilité de réintégrer la recourante au sein de l'administration n'avait pas été invoquée et aurait d'ailleurs été jugée « peu vraisemblable au vu de l'étendue de la ladite structure et du domaine de compétence de l'intéressée ». En outre, cette dernière n'avait « pas eu à l'égard de sa hiérarchie un comportement susceptible de rompre le rapport de confiance »¹⁷⁶. Dès lors, la Chambre annule la décision du département et ordonne la réintégration de l'employée « au sein de l'administration cantonale dans sa fonction de responsable chargée du contrôle interne ou dans une fonction équivalente »¹⁷⁷.

A l'instar de l'art. 34c al. 2 LPers¹⁷⁸, l'art. 31 al. 4 LPers laisse à la personne en droit d'être réintégrée la possibilité de préférer une indemnité¹⁷⁹ au maintien des rapports de travail.

3. Révocation disproportionnée

La révocation constitue la sanction disciplinaire la plus lourde prévue par l'art. 16 al. 1 LPAC-GE. Une telle sanction présuppose une violation grave ou continue des rapports de

¹⁷² Illustrations : ATA/287/2018 du 27 mars 2018 (ingénieur en génie civil âgé de 53 ans) ; ATA/1087/2018 du 16 octobre 2018 (employée de prison, relation affective avec un détenu non établie) ; ATA/915/2019 du 21 mai 2019 (huissier-chef dont le poste n'est en réalité pas supprimé).

¹⁷³ ATA/588/2020 du 16 juin 2020, c. 7-8.

¹⁷⁴ Voir l'art. 34c al. 1 let. a LPers et *supra* III.B.

¹⁷⁵ ATA/588/2020 du 16 juin 2020, c. 8a, qui se réfère à ATA/287/2018 du 27 mars 2018, c. 7e. Sur les assouplissements au principe de la réintégration issus de la jurisprudence, voir LEMPEN/SALEM, p. 108.

¹⁷⁶ ATA/588/2020 du 16 juin 2020, c. 8b.

¹⁷⁷ ATA/588/2020 du 16 juin 2020, dispositif.

¹⁷⁸ *Supra* III.B.

¹⁷⁹ Plafonnée à 24 mois du dernier traitement brut pour les fonctionnaires.

service¹⁸⁰. La révocation entraîne la fin des rapports de service à l'issue du délai de résiliation ordinaire. Si l'intérêt public le commande, la révocation peut déployer des effets immédiats (art. 16 al. 2 LPAC-GE).

Le canton de Genève est l'un des rares à connaître encore un régime disciplinaire¹⁸¹. Un tel système n'est pas nécessairement adapté à une gestion du personnel axée sur la prévention des conflits au niveau de l'institution plutôt que sur la démonstration de la faute commise par un individu¹⁸². En outre, le choix entre résiliation et révocation peut s'avérer difficile en pratique¹⁸³. La révocation présuppose une enquête administrative (art. 27 al. 2 LPAC-GE)¹⁸⁴. Une personne révoquée peut recourir contre cette mesure à la Chambre administrative de la Cour de justice (art. 30 al. 2 LPAC-GE).

A titre d'illustration, on peut citer un arrêt du 11 février 2020¹⁸⁵, qui a donné lieu à un arrêt du Tribunal fédéral du 25 août 2020¹⁸⁶ et aux articles de presse évoqués en introduction. L'affaire concernait un inspecteur du travail auquel étaient reprochés divers manquements, notamment le fait d'avoir adressé des propos homophobes à une collègue, plusieurs violations du secret de fonction et des comportements inadéquats à l'égard de la direction de l'Office cantonal. Suite à l'enquête administrative, le collaborateur avait été révoqué de ces fonctions, malgré l'absence d'antécédents disciplinaires¹⁸⁷. Estimant que le Conseil d'Etat avait abusé de son pouvoir d'appréciation en prononçant l'ultime sanction du catalogue prévu par l'art. 16 LPAC-GE, la Cour de justice a annulé la décision de révocation¹⁸⁸. En l'absence de système similaire à celui prévu par l'art. 31 LPAC-GE en cas de résiliation¹⁸⁹, les règles générales de la procédure administrative s'appliquent¹⁹⁰. Lorsque l'admission du recours entraîne, comme dans le cas d'espèce, l'annulation de la décision de révocation, celle-ci ne déploie plus d'effets. Ainsi, le fonctionnaire demeure

¹⁸⁰ Révocations justifiées : TF 8C_161/2019 du 26 juin 2020 (violations répétées du secret de fonction par un policier, caractère hautement sensible des informations transmises) ; TF 8C_448/2019 du 20 novembre 2019 (liaison intime entre un assistant social et une mère en détresse logée dans un foyer avec ses enfants, atteinte à la crédibilité du service de protection des mineurs).

¹⁸¹ ROSELLO, N 655.

¹⁸² Voir TANQUEREL, Manuel, N 286.

¹⁸³ A ce sujet : MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, pp. 635-636 ; WYLER/BRIGUET, p. 47.

¹⁸⁴ TANQUEREL, Manuel, N 278.

¹⁸⁵ ATA/137/2020.

¹⁸⁶ TF 8C_203/2020 du 25 août 2020.

¹⁸⁷ TF 8C_203/2020 du 25 août 2020, let. A.

¹⁸⁸ ATA/137/2020 du 11 février 2020, c. 17.

¹⁸⁹ Les dispositions consacrant un tel système, à savoir la réintégration obligatoire en cas de révocation sans violation des rapports de service, et la réintégration facultative en cas de révocation disproportionnée, ont été abrogées en 2015 lors de la révision susmentionnée (*supra* III.C.1). Voir ATA/137/2020 du 11 février 2020, c. 18, auquel se réfère TF 8C_203/2020 du 25 août 2020, c. 3.1.

¹⁹⁰ Voir l'art. 69 al. 3 LPA, auquel renvoie l'art. 32 al. 7 LPAC-GE.

membre de l'administration cantonale et il convient de le réintégrer dans sa fonction ou, à défaut, dans un autre poste¹⁹¹. Le Tribunal fédéral a confirmé la validité de cette analyse. Selon notre Haute Cour, en effet, « il n'apparaît nullement insoutenable de considérer, comme l'a fait la Cour cantonale, que l'annulation de la révocation d'un fonctionnaire au motif qu'une telle sanction est disproportionnée entraîne *ex lege* la réintégration de l'intéressé »¹⁹².

IV. Synthèse

Bien que le droit de la fonction publique se soit rapproché du droit privé au cours des dernières années, des différences significatives subsistent entre les deux régimes, notamment en cas de résiliation des rapports de travail. Ainsi, il incombe à l'Etat employeur de prouver que sa décision de mettre fin aux rapports de travail repose sur un motif fondé¹⁹³. Une suppression de poste liée à des impératifs économiques peut constituer un tel motif. Toutefois, le choix de l'individu dont le poste va être supprimé doit se fonder sur des critères objectifs. En outre, conformément au principe de proportionnalité, l'entité employeuse doit démontrer avoir activement recherché pour la personne concernée un autre travail raisonnablement exigible avant de se résoudre au licenciement¹⁹⁴. En effet, dans la fonction publique, la résiliation des rapports de travail ne peut être prononcée qu'en dernier recours, lorsqu'il est impossible de remédier à la situation par des mesures moins incisives¹⁹⁵.

La responsabilité sociale de l'entité employeuse figure parmi les principes encadrant la politique du personnel de la Confédération. Dans le contexte pandémique actuel, il convient de souligner les égards particuliers dont l'entité employeuse doit faire preuve envers les membres du personnel atteints dans leur santé, en situation de handicap ou au bénéfice d'une longue ancienneté, en vertu de son obligation de protection de la personnalité¹⁹⁶. En principe, la résiliation des rapports de service doit être précédée d'un avertissement. Le droit d'être entendu doit être respecté tout au long de la procédure susceptible d'aboutir à un renvoi, y compris lorsqu'un licenciement avec effet immédiat

¹⁹¹ ATA/137/2020 du 11 février 2020, c. 18.

¹⁹² TF 8C_203/2020 du 25 août 2020, c. 3.3.3, auquel se réfère ATA/1086/2020 du 3 novembre 2020, c. 6c (annulant la révocation d'un enseignant et ordonnant sa réintégration).

¹⁹³ Voir *supra* II.B.2.

¹⁹⁴ Voir *supra* II.B.3.

¹⁹⁵ Voir *supra* II.C.

¹⁹⁶ Voir *supra* II.C.1.

est envisagé¹⁹⁷. Alors qu'une résiliation avec effet immédiat a pour conséquence, en droit privé, de mettre tout de suite fin au contrat, qu'elle soit ou non justifiée, un licenciement immédiat injustifié peut être annulé et donner lieu à une réintégration¹⁹⁸.

Le droit du personnel de la Confédération prévoit un droit à la réintégration dans les cas les plus graves de résiliation injustifiée, notamment dans le contexte d'un signalement d'irrégularité (*whistleblowing*), suite à un licenciement antisyndical ou en cas de résiliation fondée sur le sexe¹⁹⁹. La loi sur le personnel du canton de Genève consacre le principe de la réintégration obligatoire pour tous les types de résiliations sans motif fondé. Lorsque le droit à la réintégration est reconnu, la personne concernée demeure libre de préférer une indemnité monétaire²⁰⁰.

Durant ces dernières années, la Chambre administrative de la Cour de justice du canton de Genève a annulé plusieurs licenciements et ordonné la réintégration du ou de la fonctionnaire dans sa fonction précédente ou à un poste équivalent au sein de l'administration cantonale²⁰¹. A l'heure où nous nous apprêtons à conclure cet article, la presse locale annonce que cette juridiction est à nouveau saisie d'un recours visant à obtenir la réintégration de deux « lanceuses d'alerte »²⁰². Ainsi, il semble que la jurisprudence relative à l'art. 31 LPAC-GE continuera à s'enrichir dans un proche avenir.

En définitive, la protection contre les licenciements demeure sensiblement plus forte dans la fonction publique que sous l'angle du droit privé. En période de crise économique, cette différence acquiert une signification particulière.

¹⁹⁷ Voir *supra* II.C.2.

¹⁹⁸ Voir *supra* II.D.2.

¹⁹⁹ Voir *supra* III.B.

²⁰⁰ Voir *supra* III.C.

²⁰¹ Voir *supra* III.C.

²⁰² Voir dans la Tribune de Genève du 15 décembre 2020 un article intitulé : « Les lanceuses d'alerte du service des votations ont été licenciées. Les deux auxiliaires demandent à être réintégrées dans leur fonction. Un recours est déposé ».

Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de famille.

- ARIOLI KATHRIN/FURRER ISELI FELICITAS, L'application de la loi sur l'égalité aux rapports de travail de droit public, Bâle/Genève 2000.
- CANDRIAN JÉRÔME, L'incidence des garanties du droit public matériel et procédural sur les rapports de travail du personnel de la Confédération, *in* : Bohnet/Dunand/Mahon (édit.), Les procédures en droit du travail, Genève 2020, pp. 85-117.
- CANDRIAN JÉRÔME, Analyse de l'arrêt TAF A-5819/2016 du 22 novembre 2017 (Résiliation ordinaire pour aptitude insuffisante à travailler en open space), *in* : Newsletter DroitDuTravail.ch avril 2018 (cité : CANDRIAN, Analyse).
- DÉFAGO GAUDIN VALÉRIE, Les obstacles à la privatisation de la fonction publique, *in* : Dunand/Mahon/Perrenoud (édit.), Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins : Convergences et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique, Genève 2016, pp. 259-278.
- DUBEY JACQUES/ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, Droit administratif général, Bâle 2014.
- DUNAND JEAN-PHILIPPE, La Suisse et la « liste noire » de l'Organisation internationale du travail (OIT), *in* : Müller/Rudolph/Schnyder/von Kaenel/Waas (édit.), Festschrift für Wolfgang Portmann, Zurich 2020, pp. 125-145.
- GRODECKI STÉPHANE, Le droit d'être entendu avant la fin des rapports de service en droit public, *in* : Hottelier/Hertig Randall/Flückiger (édit.), Etudes en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel : entre droit constitutionnel et droit administratif : questions autour du droit de l'action publique, Genève 2019, pp. 135-144.
- HÄFELIN ULRICH/ MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8^e éd., Zurich 2020.
- LEMPEN KARINE, L'évolution de la protection contre les licenciements abusifs : avancées en faveur des seniors et des mères, *in* : AJP/PJA, 1/2019, pp. 78-89.
- LEMPEN KARINE/SALEM RACHEL, Le droit à la réintégration suite à un congé de rétorsion : défis liés à la mise en œuvre dans le secteur privé et public, *in* : ARV/DTA, 2/2020, pp. 97-110.
- MOOR PIERRE/BELLANGER FRANÇOIS/TANQUEREL THIERRY, Droit administratif, Volume III : L'organisation des activités de l'Etat. Les biens de l'Etat, 2^e éd., Berne 2018.
- MAHON PASCAL, La protection contre les licenciements antisyndicaux abusifs selon l'OIT et la CEDH : vers un changement de paradigme en droit suisse ?, *in* : AJP/PJA, 3/2019, pp. 371-383.
- MAHON PASCAL/JEANNERAT ELOI, Art. 342 CO, *in* : Dunand/Mahon (édit.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013.
- MÜLLER ROLAND/PÄRLI KURT/CARONI ANDREA, Kündigung privatrechtlicher Arbeitsverhältnisse in öffentlichen Unternehmen, *in* : AJP/PJA 7/2020, pp. 875-886.
- PÄRLI KURT/HUG JULIA/PETRIK ANDREAS, Arbeit, Krankheit, Invalidität : arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Aspekte, Berne 2015.

- PERRENOUD STÉPHANIE, En guise de synthèse – Quelques considérations au sujet de l’opportunité et des possibilités de soumettre l’ensemble des relations de travail à un droit uniforme, *in* : Dunand/Mahon/Perrenoud (édit.), *Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins : Convergences et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique*, Genève 2016, pp. 456-482.
- ROSELLO HÉLOÏSE, *Les influences du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique*, thèse, Genève 2016.
- RÖTHLISBERGER JEAN-MARIE, *La fin des rapports de service selon la loi sur le statut de la fonction publique du 28 juin 1995*, *in* : RJN 2019, pp. 31-86.
- SCHEFER MARKUS/HESS KLEIN CAROLINE, *Droit de l’égalité des personnes handicapées*, Berne 2013.
- TANQUEREL THIERRY, *Manuel de droit administratif*, Genève 2018 (cité : TANQUEREL, Manuel).
- TANQUEREL THIERRY, *De quelques idées reçues en droit de la fonction publique*, *in* : Wyler/Meier/Marchand (édit.), *Regards croisés sur le droit du travail « liber amicorum » pour Gabriel Aubert*, Genève 2015, pp. 311-330 (cité : TANQUEREL, *Idées reçues*).
- TANQUEREL THIERRY, *Droit public et droit privé : unité et diversité du statut de la fonction publique*, *in* : Tanquerel/Bellanger (édit.), *Les réformes de la fonction publique*, Genève 2012 (cité : TANQUEREL, *Droit public*).
- WYLER RÉMY/BRIGUET MATTHIEU, *La fin des rapports de travail dans la fonction publique : principes généraux*, LPers-CH, LPers-VD, Berne 2017.