



Chapitre d'actes

2019

Published version

Public access

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

Le droit d'être entendu avant la fin des rapports de service en droit public

Grodecki, Stéphane

How to cite

GRODECKI, Stéphane. Le droit d'être entendu avant la fin des rapports de service en droit public. In: Etudes en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel. Entre droit constitutionnel et droit administratif : questions autour du droit de l'action publique. Michel Hottelier, Maya Hertig Randall, Alexandre Flückiger (Ed.). Genève : Schulthess, 2019. p. 135–144.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:123471>

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Last deposit update in Archive ouverte UNIGE on 15.03.2023 19:03

Recueils
de textes

Études en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel

Entre droit constitutionnel et droit
administratif : questions autour du
droit de l'action publique

Édité par
Michel Hottelier
Maya Hertig Randall
Alexandre Flückiger



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess §
ÉDITIONS ROMANDES

CG
Collection
Genevoise

Études en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel

Entre droit constitutionnel et droit
administratif: questions autour du
droit de l'action publique

Édité par
Michel Hottelier
Maya Hertig Randall
Alexandre Flückiger



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES



2019

Citation suggérée de l'ouvrage : MICHEL HOTTELIER/MAYA HERTIG RANDALL/ALEXANDRE FLÜCKIGER (éds), *Études en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel*, Genève / Zurich 2019, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8713-1

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2019
www.schulthess.com

Diffusion en France : Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué,
92131 Issy-les-Moulineaux Cedex
www.lextenso-editions.com

Diffusion en Belgique et au Luxembourg Patrimoine, 119, avenue Milcamps, 1030 Bruxelles

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek: la Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Sommaire

Avant-propos	VII
MURAT JULIAN ALDER Avocat, Député au Grand Conseil de la République et canton de Genève	
Les droits politiques dans la Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012	1
FRANÇOIS BELLANGER Professeur à l'Université de Genève, Avocat	
Enjeux et risques du nouveau contenu des plans localisés de quartier (PLQ)	9
FREDERIC BERNARD Chargé de cours à l'Université de Genève, Avocat	
Du contrôle de l'administration par le juge	25
ARUN BOLKENSTEYN Docteur en droit	
Les opinions séparées en droit genevois	35
BENOIT BOVAY Professeur à l'Université de Lausanne, Avocat	
Bien bâtir. Les clauses d'esthétique en droit public des constructions	43
CHRISTIAN BOVET Professeur à l'Université de Genève	
L'autorégulation financière à l'épreuve de l'efficacité	53
URSULA CASSANI Professeure à l'Université de Genève	
Bien commun, avantages privés : la corruption d'agents publics suisses	61
MICHELLE COTTIER Professeure à l'Université de Genève	
Activité législative en droit civil et droit comparé : vers une approche socio-juridique	79
VALERIE DEFAGO GAUDIN Professeure à l'Université de Neuchâtel	
DAVID RENDERS Professeur à l'Université catholique de Louvain, Avocat au Barreau de Bruxelles	
Disputatio en droit comparé ou peut-on siéger en référé et au fond dans une même affaire ?	87
ANNE-CHRISTINE FAVRE Professeure à l'Université de Lausanne	
La participation de la population en droit de l'environnement : un droit ?	97
ALEXANDRE FLÜCKIGER Professeur à l'Université de Genève	
Le droit souple intercantonal : quand les conférences intercantionales recommandent, les réglementations s'harmonisent	109

AURELIE GAVILLET

Docteur en droit, Titulaire du brevet d'avocat

Le retrait de la « carte d'identification aéroportuaire » par l'Aéroport international de Genève : brèves réflexions à la lumière de la jurisprudence récente 127

STEPHANE GRODECKI

Chargé de cours à l'Université de Genève, Premier procureur à Genève

Le droit d'être entendu avant la fin des rapports de service en droit public..... 135

MAYA HERTIG RANDALL

Professeure à l'Université de Genève

Comment déterminer le minimum pour une vie décente ? Inspirations de la jurisprudence allemande..... 145

MICHEL HOTTELIER

Professeur à l'Université de Genève

Le recours pour violation des opérations électorales en droit genevois 159

FLORIAN IRMINGER

Ancien membre de l'Assemblée constituante de la République et canton de Genève et président de la Commission de rédaction, Directeur exécutif de Penal Reform International, Londres

De la protection des lanceurs d'alerte à la collaboration avec la délation anonyme 171

JEAN-FRANÇOIS JOYE

Professeur à l'Université Savoie Mont Blanc

L'urbanisme français et le référendum. Enquête sur un blocage juridico-psychologique..... 183

REGINA KIENER

Professeure à l'Université de Zurich

DAVID HENSELER

MLaw, Avocat

Anforderungen des Europarats und der OSZE an die Spruchkörperbildung in Gerichten 193

NICOLAS LEVRAT

Professeur à l'Université de Genève

Searching for international administrative law in Cross-border Co-operation..... 201

PASCAL MAHON

Professeur à l'Université de Neuchâtel

Le Parlement écossais, la *devolution* et le *Brexit*..... 207

VINCENT MARTENET

Professeur à l'Université de Lausanne

L'Etat en tant que destinataire des droits fondamentaux..... 221

CYRIL MIZRAHI

Avocat au Barreau de Genève

Introduction au droit de l'égalité des personnes handicapées..... 229

FRANÇOIS PAYCHERE

Docteur en droit, Président de la Cour des comptes de la République et canton de Genève

Lettre à un jurisconsulte ou quelques propos libres destinés à un ami..... 243

ETIENNE POLTIER Professeur à l'Université de Lausanne	
L'évolution du droit administratif suisse.....	251
MARIA RODRIGUEZ ELLWANGER Docteure en droit	
La place de la population dans la planification territoriale transfrontalière du bassin de vie franco-valdo-genevois	259
MARCO SASSÒLI Professeur à l'Université de Genève	
L'administration d'un territoire par un groupe armé peut-elle être régie par le droit ?	267
BENJAMIN SCHINDLER Professeur à l'Université de Saint-Gall	
Kontinuität und Wandel im Verwaltungsrecht. Miscelle zum Energierecht der Barockzeit	277
RAINER J. SCHWEIZER Professeur honoraire de l'Université de Saint-Gall	
La genèse de la responsabilité publique en droit constitutionnel de Genève	287
FELIX UHLMANN Professeur à l'Université de Zurich	
EVA SCHEIFELE Assistante à l'Université de Zurich	
Les tribunaux sont-ils des roseaux ? Quelques réflexions sur la relation entre le législateur et les tribunaux dans la procédure administrative	297
FREDERIC VARONE Professeur à l'Université de Genève	
KARIN BYLAND Responsable de projets à la Chambre de commerce, d'industrie et des services de Genève	
Evolution du contentieux administratif judiciaire au Tribunal fédéral (1990-2017)	309
NICOLAS WISARD Docteur en droit, Avocat	
La participation en aménagement du territoire après la Convention d'Aarhus. Quelques observations conceptuelles et d'expérience	317
ROBERT ZIMMERMANN Docteur en droit, Conseil	
De la nature administrative de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale.....	329
JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY Professeur à l'Université de Fribourg	
Travaux de construction : le privé ne tient pas le public.....	337
Liste des publications de Thierry Tanquerel.....	343

Le droit d'être entendu avant la fin des rapports de service en droit public

STÉPHANE GRODECKI

Chargé de cours à l'Université de Genève, Premier procureur à Genève

Introduction

Notion cardinale en droit public, le droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.¹) joue un rôle central dans le domaine de la fonction publique. Absent en droit privé² où la résiliation des rapports de travail ne doit par exemple être motivée qu'à la demande de l'employé (art. 335 al. 2 CO³), le respect du droit d'être entendu est primordial en matière de fonction publique⁴.

En pratique, il n'est guère une procédure de fin des rapports de service dans le domaine de la fonction publique où la question n'est pas soulevée. Il nous est dès lors paru intéressant de faire le point des exigences en la matière, en tentant de synthétiser une jurisprudence très fournie, laquelle a encore récemment fait l'objet d'un arrêt de principe du Tribunal fédéral⁵. Cet examen se justifie d'autant plus que le Tribunal fédéral, le Tribunal administratif fédéral et la chambre administrative de la Cour de justice du canton de Genève considèrent, de plus en plus fréquemment, qu'une éventuelle violation pourrait être réparée par l'autorité de recours. Cette évolution est à notre sens critiquable.

I. La portée du droit d'être entendu

A. Définition générale

Selon la formulation bien éprouvée dans la jurisprudence, il ressort de l'art. 29 al. 2 Cst, qui consacre constitutionnellement le droit d'être entendu, que les parties à une procédure doivent être informées et pouvoir s'exprimer sur les éléments pertinents du litige avant qu'une décision touchant leur situation juridique ne soit prise, de pouvoir accéder au dossier, d'obtenir l'administration des preuves pertinentes et valablement offertes, de participer à

¹ Constitution fédérale ; RS 101.

² Rémy WYLER/Boris HEINZER, *Droit du travail*, Berne 2014, p. 501 ss.

³ Code des obligations ; RS 220.

⁴ Cf. aussi Peter HÄNNI/Thomas MEIER, *Der Rechtsschutz im öffentlichen Personalrecht*, in Isabelle HÄNER/Bernhard WALDMANN (éd.), *Brennpunkt im Verwaltungsprozess*, Zurich 2013, p. 153–158, p. 156.

⁵ Cf. ATF 144 I 11.

l'administration des preuves essentielles et de pouvoir se déterminer sur son résultat lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre⁶.

Le droit d'être entendu est à la fois une institution servant à l'instruction de la cause et une faculté de la partie, en rapport avec sa personne, de participer au prononcé de décisions qui lèsent sa situation juridique⁷. Le droit de s'exprimer sur tous les points importants avant qu'une décision ne soit prise s'applique sans restriction pour les questions de fait. Pour ce qui est de la qualification juridique des faits, ce droit ne vaut que lorsqu'une partie change inopinément son point de vue juridique ou lorsque l'autorité a l'intention de s'appuyer sur des arguments juridiques inconnus des parties et dont celles-ci ne pouvaient prévoir l'adoption⁸.

A noter encore que pour l'examen de la portée du droit d'être entendu en matière de résiliation des rapports de service, seuls l'art. 29 al. 2 Cst. et les normes de procédures – générales ou spéciales – applicables sont pertinents, à l'exclusion des art. 6 par. 1 CEDH⁹ et 14 Pacte ONU II¹⁰, lesquelles consacrent le droit à un procès équitable devant un tribunal indépendant et impartial. Ces garanties ne sont dès lors pas applicables au stade de la procédure devant les organes de l'administration¹¹.

B. Quelques éléments statistiques

Avant d'examiner l'application concrète de ces principes en matière de fin des rapports de service, nous avons commencé par examiner l'application, devant la juridiction genevoise de dernière instance, la chambre administrative de la Cour de justice, les cas d'application principaux de la loi générale genevoise relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux (LPAC-GE¹²) pour les années 2013 à 2017. Pour ce faire, nous avons ressorti uniquement les arrêts signalés comme importants par la juridiction dans sa jurisprudence rendue accessible en ligne¹³ :

⁶ TF 1C_188/2018 du 13 février 2019 [destiné à publication aux ATF], c. 7.2.2.1; ATF 144 I 11 c. 5.3; ATF 133 I 270 c. 3.1; ATF 132 II 485 c. 3.2; ATF 127 I 54 c. 2b.

⁷ ATF 144 I 11 c. 5.3; ATF 126 I 15 c. 2a/aa; ATF 124 I 49 c. 3a.

⁸ ATF 126 I 19 c. 2c/aa et c. 2d/bb; ATF 124 I 49 c. 3c. Pour un exemple en matière de contentieux de la fonction publique : TF 8C_484/2017 du 19 juin 2018.

⁹ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales; RS 0.101.

¹⁰ Pacte international relatif aux droits civils et politiques; RS 0.103.2.

¹¹ Explicitement en matière de contentieux de la fonction publique : TF 8C_301/2017 du 1^{er} mars 2018, c. 3.3.

¹² RS/GE B 5 05.

¹³ Cf. <http://justice.geneve.ch/tdb/Decis/TA/ata.tdb> ; seuls les arrêts mentionnant la LPAC dans les "métadonnées" ont été pris en compte. Il ne s'agit donc nullement d'un examen exhaustif.

Années	Dossiers "LPAC"	Recours admis	Recours admis pour une violation du droit d'être entendu	Recours admis sur le fond	Réparation de la violation du droit d'être entendu devant l'autorité judiciaire	Recours rejetés
2017	14	4	0	4	1 ¹⁴	9 ¹⁵
2016	25	9	1	8	0	14 ¹⁶
2015	13	4	1	3	0	9
2014	29	8	4	4	0	21 ¹⁷
2013	5	0	0	0	0	4 ¹⁸
Total	86	25	6	19	1	57

Ce bref examen permet, premièrement, de constater que 24% des recours admis dans les dossiers principaux durant les 5 années étudiées l'ont été pour une violation du droit d'être entendu. En d'autres termes, la décision a été annulée pour de purs motifs de forme, démontrant par-là l'aspect essentiel de ce droit, que cela soit pour l'administration lors de la procédure de licenciement ou pour le plaideur dans les griefs à invoquer, étant précisé qu'il s'agit d'un élément qui peut être relevé d'office par le juge.

Deuxièmement, force est de constater que l'année 2017 semble marquer un tournant : l'autorité judiciaire a commencé à réparer une violation du droit d'être entendu. Cela démontre qu'outre le contenu du droit d'être entendu, la seconde question qui se pose est la conséquence d'une éventuelle violation du droit d'être entendu.

C. Application en matière de fin des rapports de service

Le Tribunal fédéral a rendu une jurisprudence fournie en matière de droit d'être entendu avant la notification d'une décision de fin des rapports de service, et tout récemment un arrêt de principe en la matière, l'ATF 144 I 11. S'il admet sur le principe une absence de formalisme en la matière, il exige néanmoins que l'employé soit placé dans une situation où il peut réellement faire valoir son point de vue avant que la décision ne soit prise¹⁹.

Ainsi, selon le Tribunal fédéral, des occasions relativement informelles de s'exprimer avant le licenciement peuvent remplir les exigences du droit constitutionnel d'être entendu, pour autant que la personne concernée ait compris qu'une telle mesure pouvait entrer en ligne de compte à son encontre²⁰. La personne concernée ne doit pas seulement connaître les faits qui

¹⁴ Dans un cas supplémentaire, il a en outre été jugé que la procédure d'opposition qui existait en sein d'un établissement public avait permis la réparation de la violation initiale du droit d'être entendu.

¹⁵ Un recours a été déclaré irrecevable.

¹⁶ Un recours a été déclaré irrecevable.

¹⁷ Un recours a été déclaré irrecevable.

¹⁸ Un recours a été déclaré irrecevable.

¹⁹ Cf. aussi Gabrielle STEFFEN, Le droit d'être entendu du collaborateur de la fonction publique : juste une question de procédure ?, RJN 2005 49.

²⁰ ATF 144 I 11, c. 5.3 ; TF 8C_541/2017 du 14 mai 2018, c. 2.2 ; TF 8C_301/2017 du 1^{er} mars 2018, c. 3.2 ; TF 8C_817/2015 du 6 juillet 2016, c. 4.3.1 ; 8C_243/2015 du 17 mars 2016, c. 5.5.

lui sont reprochés ou plus généralement les faits qui justifient un congé, mais doit également savoir qu'une décision allant dans une certaine direction est envisagée à son égard²¹.

Le droit d'être entendu doit par principe s'exercer avant le prononcé de la décision²². Ainsi, selon le Tribunal fédéral, il n'est pas admissible, sous l'angle du droit d'être entendu, de remettre à l'employé une décision de résiliation des rapports de service en se contentant de lui demander de s'exprimer s'il le désire²³.

Sur ce point le Tribunal administratif fédéral a une approche différente. Il estime qu'il est usuel qu'un projet de décision contenant les motifs de licenciement et mettant ainsi la résiliation en perspective soit remis à l'employé. Il serait en effet dans la nature des choses qu'à ce moment, l'employeur ait en principe déjà l'intention de dissoudre les rapports de travail. Dans le cas contraire, il n'y aurait en effet aucun motif d'entendre l'employé. Il ne pourrait pas non plus être évité que l'employeur maintienne le plus souvent son avis initial, qui résulte lui-même des éléments qu'il a pu rassembler pour établir son projet de décision. Il serait néanmoins essentiel que la décision de résiliation des rapports de travail ne soit pas déjà définitive au moment de donner la possibilité à l'employé d'exercer son droit d'être entendu et, partant, qu'il ne soit pas exclu que l'employeur revienne sur son projet²⁴.

Cette approche du Tribunal administratif fédéral s'écarte clairement de la jurisprudence précitée du Tribunal fédéral²⁵. A notre sens, elle ne saurait se poursuivre. Elle vide en effet le droit d'être entendu de sa substance, le limitant à un aspect purement formel, ce qu'il n'est pas²⁶. Il doit en effet s'exercer avant la prise de la décision²⁷. Il faut que les griefs soient exposés au collaborateur, le laisser se déterminer, avant qu'une décision ne soit prise²⁸. La préparation d'un projet de décision préalablement à l'exercice du droit d'être entendu implique en effet qu'il est, *de facto*, impossible que le sort de la décision ne soit modifié de manière conséquente par les arguments de l'employé. Dans ce sens, la jurisprudence cantonale estime d'ailleurs que la formulation même des griefs et l'interpellation sur la fin des rapports de service doit être suffisamment ouverte pour ne pas rendre la procédure relative au droit d'être entendu purement formelle²⁹, voire qu'il ne doit pas ressortir des circonstances que la décision est d'ores et déjà prise³⁰.

Sauf cas d'urgence, le collaborateur doit pouvoir disposer de suffisamment de temps pour préparer ses objections. Il est admis par le Tribunal fédéral qu'en l'absence de délai uniformisé, un délai de 8 à 10 jours est raisonnable³¹, ce délai pouvant toutefois être plus court en cas de résiliation immédiate des rapports de service³². Le droit d'être entendu doit néanmoins être

²¹ ATF 144 I 11 c. 5.3 ; TF 8C_541/2017 du 14 mai 2018, c. 2.2.

²² ATF 142 II 218 c. 2.3. Minh Son NGUYEN, Sanctions et licenciements : conditions matérielles et exigences procédurales, in TANQUEREL/BELLANGER (éd.), Les réformes de la fonction publique, Genève 2012, p. 169–216, p. 209.

²³ TF 8C_541/2017 du 14 mai 2018, c. 2.2 ; TF 8C_301/2017 du 1^{er} mars 2018, c. 3.2 ; TF 8C_615/2016 du 15 juillet 2017 *in* RDAF 2018 I 43, c. 3.2.1. Cf. aussi TA/NE du 12 novembre 2013 *in* Droit public de l'organisation – responsabilité des collectivités publiques – fonction publique, Berne 2014, p. 228-229.

²⁴ TAF A-224/2016 du 6 avril 2017, c. 3.1.4 ; TAF A-6277/2014 du 16 juin 2015, c. 7.2.1.

²⁵ Cf. TF 8C_541/2017 du 14 mai 2018, c. 2.2 ; TF 8C_301/2017 du 1^{er} mars 2018, c. 3.2 ; TF 8C_615/2016 du 15 juillet 2017 *in* RDAF 2018 I 43, c. 3.2.1.

²⁶ Cf. ATF 144 I 11, c. 5.3 ; ATF 126 I 15, c. 2a/aa ; ATF 124 I 49, c. 3a.

²⁷ Pierre TSCHANNEN/Ulrich ZIMMERLI/Markus MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4^e éd., Berne 2014, p. 290.

²⁸ Explicitement TF 8C_187/2011 du 14 septembre 2011, c. 6. Cf. aussi Peter HELBIG, *in* Wolfgang PORTMANN/Felix UHLMANN (éd.), Bundespersonalgesetz, Berne 2013, ad art. 34 N. 86.

²⁹ TC/BL du 27 juin 2016 *in* Droit public de l'organisation – responsabilité des collectivités publiques – fonction publique, Berne 2017, p. 357-358. Cf. aussi Personalrekursgericht/AG du 14 juin 2011 *in* AGVE 2011 393.

³⁰ TC/SG du 23 septembre 2015, *in* Droit public de l'organisation – responsabilité des collectivités publiques – fonction publique, Berne 2017, p. 357–358.

³¹ TF 8C_541/2017 du 14 mai 2018, c. 2.2 ; TF 8C_301/2017 du 1^{er} mars 2018, c. 3.2 ; TF 8C_615/2016 du 15 juillet 2017 *in* RDAF 2018 I 43, c. 3.2.1.

³² TAF A-224/2016 du 6 avril 2017, c. 3.3.

respecté même en cas de résiliation immédiate des rapports de service³³. En cas d'urgence, le droit d'être entendu peut aussi se dérouler par courriel³⁴, à condition que les délais restent raisonnables.

Ce délai de 8 à 10 jours vaut tout au moins en présence d'une partie qui est déjà représentée ou qui agit seule. Le délai peut en revanche s'avérer trop court si elle doit choisir un mandataire pendant ce délai ou si celui-ci demande à consulter le dossier durant le délai octroyé³⁵. Le délai doit en outre être plus long – ou alors au moins prolongé sur simple requête – en fonction des circonstances, en particulier lorsque l'employé doit prendre position sur de nombreux griefs³⁶.

Par ailleurs, lorsque l'employé est convoqué pour un entretien en vue d'un licenciement et qu'il est empêché pour cause de maladie, l'employeur ne peut pas estimer qu'il renonce à son droit. Un délai pour se déterminer par écrit doit lui être accordé³⁷, lequel n'a toutefois pas à être reporté à la fin de l'empêchement de travailler³⁸.

En application de ces principes, le Tribunal fédéral a :

- relevé une violation du droit d'être entendu d'un employé qui se voit fixer un délai de 8 jours pour se déterminer avant une résiliation des rapports de service, qui constitue un mandataire lequel précise qu'il déposera des observations lorsqu'il aura pu consulter le dossier auquel l'administration ne répond jamais, sauf par la notification de la fin des rapports de service³⁹ ;
- nié une violation du droit d'être entendu lorsqu'un employé a 7 jours pour réagir à une convention de fin des rapports de service, car il connaissait les griefs à son encounter depuis plus de 13 jours⁴⁰ ;
- nié une violation du droit d'être entendu lorsque suite à une procédure de licenciement avec effet immédiat contestée – durant laquelle il a toujours été indiqué à l'employé qu'en cas d'admission de son recours une procédure ordinaire de résiliation des rapports de service serait engagée – une nouvelle décision de licenciement a été prise, au vu de l'intensité des échanges entre l'avocat de l'employé et l'administration⁴¹ ;
- relevé une violation du droit d'être entendu lorsqu'un employé, convoqué à un entretien de service dont il ignore l'objet, est informé oralement qu'une fin des rapports de service était envisagée et qui a disposé de 30 minutes pour prendre connaissance de son dossier et fournir des observations, nonobstant l'existence préalable de reproches⁴² ;
- relevé une violation du droit d'être entendu lorsque l'employeur a fait part à l'employé de son mécontentement et a évoqué devant lui des mesures de restructuration en relation avec son poste d'animatrice, sans que ce dernier ne puisse comprendre que ses rapports de travail pourraient être résiliés⁴³ ;

³³ ATF 138 I 113, c. 6.4.

³⁴ TA/ZG du 25 octobre 2011 *in* ZGGVP 2011 140.

³⁵ TF 8C_541/2017 du 14 mai 2018, c. 2.2.

³⁶ TF 8C_176/2015 du 9 février 2016, c. 2.3.

³⁷ TF 8C_339/2013 du 24 avril 2014, c. 6.3.

³⁸ TF 8C_111/2014 du 29 octobre 2014, c. 4.4.

³⁹ TF 8C_541/2017 du 14 mai 2018.

⁴⁰ TF 8C_301/2017 du 1^{er} mars 2018.

⁴¹ ATF 144 I 11.

⁴² TF 8C_615/2016 du 15 juillet 2017 *in* RDAF 2018 I 43.

⁴³ TF 8C_817/2015 du 6 juillet 2016.

- relevé une violation du droit d'être entendu lorsque l'employé ne se présente pas à un entretien relatif à son licenciement, en raison de sa maladie, sans qu'un délai pour fournir ses observations par écrit ne lui soit accordé⁴⁴ ;
- relevé une violation du droit d'être entendu lorsque l'employeur, durant les différents entretiens ou courriers préalables au licenciement, n'a jamais indiqué que cette possibilité pouvait entrer en ligne de compte⁴⁵ ;
- nié une violation du droit d'être entendu lorsque l'administration utilise improprement le terme de révocation au lieu de celui de résiliation dans le courrier adressé au conseil de l'employé par lequel il fixe un délai relatif à la fin des rapports de service⁴⁶.

On constate ainsi que le respect du droit d'être entendu doit être examiné de manière particulière dans chaque cas, sans qu'il ne soit possible d'être schématique à cet égard. Les critères principaux sont, d'une part, le temps suffisant à disposition de l'employé et, d'autre part, les éléments qu'il pouvait objectivement comprendre des communications préalables – même informelles – qui ont été portées à sa connaissance.

II. Les conséquences d'une violation du droit d'être entendu

Il ressort des arrêts récents qui ont été exposés ci-avant qu'il arrive régulièrement qu'une décision de fin des rapports de service soit prise en violation du droit d'être entendu. Il convient dès lors d'examiner les conséquences de ce vice sur la suite de la procédure, pour déterminer si la jurisprudence est intransigeante sur la question⁴⁷ : réparation par l'autorité de recours, annulation de la décision ou autre solution ?

A. Principes généraux

Selon le Tribunal fédéral, la violation du droit d'être entendu peut être réparée lorsque la partie lésée a la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours jouissant d'un plein pouvoir d'examen. La réparation de la violation du droit d'être entendu doit toutefois rester l'exception et n'est admissible que dans l'hypothèse d'une atteinte aux droits procéduraux de la partie lésée qui n'est pas particulièrement grave. En revanche, si l'atteinte est importante, il n'est en règle générale pas possible de remédier à la violation⁴⁸. La violation du droit d'être entendu – même grave – n'entraîne en outre pas, sauf rare exception comme l'ignorance totale d'une procédure⁴⁹, la nullité de la décision⁵⁰. Par ailleurs, en droit de fonction publique, la

⁴⁴ TF 8C_339/2013 du 24 avril 2014.

⁴⁵ TF 8C_269/2013 du 25 février 2014.

⁴⁶ TF 8C_631/2011 du 19 septembre 2012.

⁴⁷ Cf. Thierry TANQUEREL, *De quelques idées reçues en droit de la fonction publique*, in Remy WYLER/Anne MEIER/Sylvain MARCHAND (éd.), *Regards croisés sur le droit du travail : Liber Amicorum pour Gabriel Aubert*, 2015, p. 311–320, p. 314.

⁴⁸ ATF 142 II 128 c. 2.8.1 ; ATF 137 I 195 c. 2.3.2 ; ATF 135 I 279 c. 2.6.1.

⁴⁹ ATF 129 I 361 c. 2.1.

⁵⁰ TF 8C_681/2016 du 17 août 2017, c. 5 in RDAF 2018 I 605 ; TF 8C_861/2012 du 20 août 2013, c. 6. La pratique genevoise sur ce point a d'ailleurs trop tendance à reconnaître – à tort – la nullité des décisions dans ces cas : Stéphane GRODECKI/Romain JORDAN, *Code annoté de procédure administrative genevoise*, Berne 2017, p. 137-138.

jurisprudence semble admettre qu'une violation du droit d'être entendu puisse être liquidée par une indemnisation⁵¹.

B. Application en matière de fin des rapports de service

L'examen de la jurisprudence récente sur la violation du droit d'être entendu en cas de fin des rapports de service montre deux tendances.

Premièrement, en cas de violation grave, les tribunaux excluent toute réparation du droit d'être entendu. Ainsi lorsque l'employé n'a pas du tout pu exercer son droit d'être entendu⁵² ou n'a disposé que de 30 minutes pour consulter son dossier et s'exprimer⁵³, la violation est si grave que toute réparation durant la procédure de recours est exclue.

Deuxièmement, les tribunaux tendent de plus en plus à juger que dans les autres cas une réparation du droit d'être entendu est possible. Le Tribunal fédéral le rappelle ainsi régulièrement dans ses arrêts récents⁵⁴, alors qu'il était plus nuancé il y a encore peu⁵⁵. Le Tribunal administratif fédéral suit la même voie⁵⁶. A Genève, durant plusieurs années, la chambre administrative de la Cour de justice a jugé de manière constante qu'elle ne pouvait pas réparer une violation du droit d'être entendu en matière de fin des rapports de service, car elle ne disposait pas du même pouvoir de cognition que l'autorité administrative⁵⁷. Puis, sans indication de changement de jurisprudence, elle a jugé en 2017 qu'une telle réparation était possible car la procédure de recours avait un effet dévolutif complet⁵⁸.

A notre sens, cette deuxième tendance doit être abandonnée. En effet, lorsque l'autorité inférieure dispose d'un pouvoir d'appréciation considérable, une réparation d'une violation du droit d'être entendu est exclue sur recours⁵⁹. Une réparation n'est en outre possible que lorsque l'autorité de recours dispose d'un pouvoir de cognition équivalent⁶⁰.

Or, il est incontestable que l'examen de la fin des rapports de service n'est pas une simple question d'examen des faits ou du droit, mais aussi – et surtout – une question d'opportunité. Cela exclut dès lors toute réparation d'une violation du droit d'être entendu devant une autorité de recours qui ne peut pas revoir l'opportunité, comme par exemple à Genève (art. 61 al. 2 LPA-GE⁶¹) ou dans le canton du Jura (art. 122 let. c ch. 2 CPA/JU⁶²)⁶³.

Lorsque l'autorité de recours peut, à teneur de la loi, revoir non seulement les faits et le droit, mais aussi l'opportunité, encore faut-il qu'elle exerce concrètement ce contrôle. Ainsi, le

⁵¹ TF 8C_681/2016 du 17 août 2017, c. 5.2 in RDAF 2018 I 605; TF 8C_615/2016 du 15 juillet 2017 c. 5.2; TF 8C_12/2015 du 14 janvier 2016, c. 6.2; TF 8C_158/2009 du 2 septembre 2009, c. 6.6.

⁵² TF 8C_541/2017 du 14 mai 2018.

⁵³ TF 8C_615/2016 du 15 juillet 2017 in RDAF 2018 I 43.

⁵⁴ TF 8C_541/2017 du 14 mai 2018, c. 2.5; TF, 8C_615/2016 du 15 juillet 2017, c. 4 in RDAF 2018 I 43; TF 8C_47/2013 du 28 octobre 2013, c. 4.2.

⁵⁵ TF 8C_449/2011 du 6 juin 2012, c. 2.4.1.

⁵⁶ TAF A-5813/2016 du 12 avril 2018, c. 3.2.2.

⁵⁷ ATA/153/2016 du 23 février 2016, c. 11; ATA/757/2015 du 28 juillet 2015, c. 7.a; ATA/871/2014 du 11 novembre 2014, c. 3.d; ATA/525/2011 du 30 août 2011, c. 11.

⁵⁸ ATA/679/2017 du 20 juin 2017, c. 4.d. Cf. également ATA/262/2017 du 7 mars 2017, c. 18, où la violation du droit d'être entendu est considérée comme réparée, mais dans le cadre d'une procédure d'opposition, ce qui n'est donc nullement problématique, à condition qu'il s'agisse d'une véritable procédure de ce type (cf. TF 8C_53/2012 du 6 juin 2012).

⁵⁹ ATF 135 I 279 c. 2.6.4; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, Genève 2018, N. 1554.

⁶⁰ Jacques DUBEY, Droits fondamentaux, vol. II : Libertés, garanties de l'Etat de droit, droits sociaux et politiques, Bâle 2017, N. 4106.

⁶¹ Loi genevoise sur la procédure administrative; RS/GE E 5 10.

⁶² Loi jurassienne de procédure et de juridiction administrative et constitutionnelle; RS/JU 175.1.

⁶³ Cf. TF 8C_449/2011 du 6 juin 2012, c. 2.4.1.

Tribunal administratif fédéral, qui peut revoir l'opportunité des décisions qui sont portées devant lui (art. 49 let. c PA⁶⁴ et art. 37 LTAF⁶⁵), pourrait théoriquement réparer une violation du droit d'être entendu en matière de fin des rapports de service. Toutefois, dans cette matière, cette juridiction limite elle-même son examen : "*le Tribunal examine avec retenue les questions ayant trait à l'appréciation des prestations des employés, à l'organisation administrative ou de problèmes liés à la collaboration au sein du service et des relations de confiance. Il ne substitue pas son propre pouvoir d'appréciation à celui de l'autorité administrative. Cette réserve n'empêche pas le Tribunal d'intervenir lorsque la décision attaquée semble objectivement inopportune*"⁶⁶. En limitant lui-même son pouvoir d'examen en matière de fonction publique, le Tribunal administratif n'exerce pas un contrôle complet sur les faits, le droit et l'opportunité⁶⁷. Une réparation du droit d'être entendu doit dès lors en être exclue devant cette juridiction aussi⁶⁸.

Contrairement à ce que la jurisprudence laisse entendre, une réparation du droit d'être entendu devant l'autorité judiciaire dans les procédures sur les fins de rapport de service n'est donc en général pas possible. Cela se justifie d'autant plus qu'une réparation de la violation du droit d'être entendu ne remplacera jamais complètement le respect de ce principe fondamental en droit public⁶⁹, une partie de la doctrine soutenant au demeurant qu'elle ne devrait intervenir que si elle est dans l'intérêt de l'administré (employé)⁷⁰. C'est donc bien l'annulation de la décision entreprise qui doit être prononcée dans une telle hypothèse.

Il faut encore examiner la réparation de la violation du droit d'être entendu par une indemnisation⁷¹. A Genève, l'art. 31 LPAC-GE prévoit par exemple un tel mécanisme. En cas de violation du droit d'être entendu, l'autorité de recours peut proposer à l'autorité la réintégration de l'employé (art. 31 al. 3 LPAC-GE), puis fixer une indemnité en cas de refus de réintégration (art. 31 al. 4 LPAC-GE). Cette disposition prévoit donc un système d'indemnisation en cas de violation du droit d'être entendu⁷².

Le 19 décembre 2015, une nouvelle teneur de l'art. 31 LPAC-GE est toutefois entrée en vigueur⁷³. Depuis lors, les alinéas 2 et 3 de cette disposition ont la teneur suivante :

2 Si la chambre administrative de la Cour de justice retient que la résiliation des rapports de service ne repose pas sur un motif fondé, elle ordonne à l'autorité compétente la réintégration.

3 Si la chambre administrative de la Cour de justice retient que la résiliation des rapports de service est contraire au droit, elle peut proposer à l'autorité compétente la réintégration.

L'application de l'alinéa 2, relatif au droit à la réintégration en cas de résiliation des rapports de service sur un motif non fondé est – bien que nouvelle et âprement débattue sur le plan politique – une simple application de la LPAC-GE. En revanche, la question brûlante qui n'a pas encore été abordée par la jurisprudence est toute autre : comment concilier l'alinéa 2, qui prévoit un droit à la réintégration en cas de résiliation sur un motif non fondé, et l'alinéa 3, qui ne garantit plus ce droit lorsque la résiliation est seulement contraire au droit, notamment

⁶⁴ Loi fédérale sur la procédure administrative ; RS 172.021.

⁶⁵ Loi fédérale sur le Tribunal administratif fédéral ; RS 173.32.

⁶⁶ ATAF 2007/34 c. 5.

⁶⁷ TANQUEREL (note 59), N. 522.

⁶⁸ TF 8C_449/2011 du 6 juin 2012, c. 2.4.1 ; Thierry TANQUEREL, Le contrôle de l'opportunité, in François BELLANGER/Thierry TANQUEREL (éd.), *Le contentieux administratif*, Genève 2013, p. 209–241, 237 ; Benoît BOVAY, *Procédure administrative*, 2^e éd., Berne 2015, p. 313.

⁶⁹ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (note 27), p. 291 ; Ulrich HÄFELIN/Georg MÜLLER/Felix UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7^e éd., Zurich 2016, N. 1178 ; TANQUEREL (note 59), N. 1558. *Contra*, Jacques DUBEY/Jean-Baptiste ZUFFREY, *Droit administratif général*, Bâle 2014, N. 1990.

⁷⁰ Lorenz KNEUBÜHLER, *Gehörverletzung und Heilung*, ZBI 1997 97, p. 116.

⁷¹ TF 8C_681/2016 du 17 août 2017, c. 5.2 in RDAF 2018 I 605 ; TF 8C_615/2016 du 15 juillet 2017, c. 5.2 ; TF 8C_12/2015 du 14 janvier 2016, c. 6.2 ; TF 8C_158/2009 du 2 septembre 2009, c. 6.6.

⁷² Cf. à cet égard, Olivier BINDSCHIEDLER TORNARE, *L'indemnisation pour licenciement contraire au droit : évolution de la jurisprudence de 2005 à 2015 dans le cadre de la fonction publique genevoise*, in *Regard de marathoniens sur le droit suisse – Mélanges publiés à l'occasion du 20^e "Marathon du droit"*, Genève 2015, p. 323–331.

⁷³ ROLG 2015 811.

lorsque le droit d'être entendu a été violé. Exprimé de manière cynique, l'art. 31 LPAC-GE pourrait signifier qu'il suffit à l'autorité de violer le droit d'être entendu pour ne pas devoir réintégrer un fonctionnaire. Une telle interprétation serait assurément choquante. L'art. 31 al. 2 à 4 LPAC-GE opère une distinction entre les cas de licenciements fondés mais donnés en violation des règles sur la procédure administrative, et les cas de licenciements non fondés⁷⁴. Dans le premier cas, la réintégration ne peut qu'être proposée par le juge (al. 3 et 4), tandis que dans le second elle est imposée à l'autorité d'engagement (al. 2). Le but du législateur, à travers l'adoption de ce système, était le suivant : « *La réintégration serait possible uniquement si une personne est licenciée pour un motif qui ne serait pas fondé. Si le motif est fondé mais qu'il y a une violation d'autres règles, notamment de procédure, c'est le système actuel qui prévaut [soit la proposition de réintégration, avec indemnité en cas de refus]* »⁷⁵.

Dans l'examen de l'art. 31 LPAC-GE, il faut commencer par rappeler, comme nous venons de l'examiner, qu'une éventuelle violation du droit d'être entendu par l'autorité ne peut pas être réparée par le juge lors de la procédure de recours. L'une des possibilités serait alors d'interpréter l'art. 31 LPAC-GE de la manière suivante :

- a) si le licenciement est prononcé pour un motif non fondé, la réintégration est ordonnée (art. 31 al. 2 LPAC-GE) ;
- b) si en plus il y a une autre violation du droit, notamment une violation (même grave) du droit d'être entendu, l'art. 31 al. 2 LPAC-GE s'applique toujours car le fond a été examiné par le juge et la réintégration est ordonnée ;
- c) s'il n'y a qu'une « autre » violation du droit, en particulier une violation du droit d'être entendu, mais que le motif de licenciement est fondé ce que le juge doit examiner, alors la réintégration ne peut être que proposée (art. 31 al. 3 LPAC-GE).

Cette interprétation ne nous convainc toutefois pas. Comment, par exemple en présence d'une violation du droit d'être entendu en cas de fourniture d'un dossier incomplet⁷⁶, le juge pourrait-il examiner le fond du dossier ? Reste donc la lettre de l'art. 31 LPAC-GE : si le fond est abordé, la réintégration doit être ordonnée, mais tel n'est pas le cas s'il n'y a qu'un problème de forme. A notre sens, il est absurde que l'Etat puisse se voir imposer une réintégration lorsqu'il a respecté toutes les normes de procédure (art. 31 al. 2 LPAC-GE), notamment le droit d'être entendu du fonctionnaire, tandis qu'un licenciement prononcé en violation des règles formelles de procédure sera annulé mais uniquement avec une proposition de réintégration, laquelle peut être refusée pour l'Etat moyennant indemnité (art. 31 al. 3 et 4 LPAC-GE). En d'autres termes, il pourrait suffire à l'Etat de violer le droit d'être entendu du fonctionnaire pour éviter tout risque de réintégration. Or, il ne saurait être admis que l'autorité parvienne, par le biais d'une violation du droit d'être entendu, à un résultat qu'elle n'aurait jamais obtenu en procédant de manière correcte⁷⁷. Un tel mécanisme nous semble insoutenable, tant dans son raisonnement que dans son résultat. Or, selon le Tribunal fédéral, un arrêté de portée générale viole le principe de l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.) s'il ne repose pas sur des motifs objectifs sérieux ou s'il est dépourvu de sens et de but⁷⁸. L'art. 31 al. 2 à 4 LPAC-GE dans sa teneur actuelle est précisément dépourvu de sens, l'Etat étant dans une meilleure position s'il viole le droit d'être entendu du fonctionnaire qu'il veut licencier que s'il respecte la procédure. Pareille situation pose également un sérieux problème en terme d'égalité de traitement (art. 8 Cst), le fonctionnaire licencié sans motif fondé, mais dont le droit d'être entendu a été violé, se retrouvant dans une moins bonne situation que celui, pourtant licencié pour le même motif, dont les droits procéduraux ont été respectés. Un

⁷⁴ PL 7526, p. 10-11.

⁷⁵ Intervention du 16 octobre 2015 du rapporteur de majorité DANDRÉS au deuxième débat du PL 7526-F.

⁷⁶ Cf. par exemple TF 8C_706/2010 du 12 juillet 2011, où l'autorité intimée refuse de fournir au juge les documents utilisés pour prendre une décision en matière de fonction publique.

⁷⁷ ATF 135 I 279, c. 2.6.1 ; TF 2C_780/2016 du 6 février 2017, c. 3.1.

⁷⁸ TF 2P_269/2006 du 17 avril 2007, c. 4.1 ; ATF 124 I 297 c. 3b ; cf. aussi TF du 23 mars 1995 in SJ 1995 681, c. 5a.

tel résultat, dénué de tout sens, est à notre avis absolument indéfendable, ce qui semble avoir échappé au législateur, dont la volonté était avant tout, à travers la nouvelle, de rétablir l'obligation de réintégrer le fonctionnaire injustement licencié. L'art. 31 al. 2 à 4 LPAC-GE doit dès lors être qualifié d'arbitraire (art. 9 Cst.) et ne saurait être appliqué, au vu de l'impossibilité de construire une interprétation conforme au droit supérieur de ces normes. Cette norme ne pouvant être appliquée par le juge, ce dernier dispose de son pouvoir de décision ordinaire consacré par l'art. 69 LPA-GE : un licenciement mal fondé ou violent les règles de procédure doit ainsi être simplement annulé, le fonctionnaire étant alors toujours en poste⁷⁹.

La liquidation de la violation du droit d'être entendu par une indemnisation suppose dès lors une réglementation claire, ce qui n'est aujourd'hui plus le cas de l'art. 31 LPAC-GE. Il en découle qu'aujourd'hui, tant sur les plans fédéral que genevois, que la violation du droit d'être entendu dans une procédure relative à la fin des rapports de service ne saurait être réparée devant l'autorité de recours ou liquidée par une indemnisation.

Conclusion

La jurisprudence a tracé des contours assez clairs quant au contenu du droit d'être entendu en cas de fin des rapports de service. Celui-ci doit permettre au collaborateur de disposer d'un délai suffisant pour se déterminer et une simple audition suivie d'une notification d'une décision n'est pas admissible.

Depuis quelques années, on constate toutefois une tendance à admettre toujours plus largement la réparation d'une éventuelle violation du droit d'être entendu⁸⁰. A notre sens, cette approche doit être abandonnée car les tribunaux – même lorsqu'ils disposent d'un contrôle complet, y compris de l'opportunité – reconnaissent une large marge de manœuvre à l'employeur public, ce qui exclut une réparation d'une éventuelle violation du droit d'être entendu durant la procédure de recours. Il n'est à notre avis pas critiquable d'exiger un respect strict de ce principe fondamental en matière de fin des rapports de service au vu des conséquences graves de la décision sur le sort de l'employé.

⁷⁹ Cf. GRODECKI/JORDAN (note 50), p. 327 ss.

⁸⁰ Ce qui concerne tous les domaines du droit, Pierre MOOR/Etienne POLTIER, Droit administratif, volume II : Les actes administratifs et leur contrôle, 2^e éd., Berne 2011, p. 324.